. . . .

[المنتقى]

إجْمَاعُ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْ زَمَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلَى يَوْمِنَا هَذَا وَلَا أَعْلَمُ أَنَّهُ أُشْرِكَ بَيْنَ قَاضِيَيْنِ فِي زَمَنٍ مِنْ الْأَزْمَانِ وَلَا بَلَدٍ مِنْ الْبُلْدَانِ وَقَدْ قَامَ فِي الْبَلَدِ الْوَاحِدِ عَدَدٌ مِنْ الْحُكَّامِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَنْفَرِدُ بِحُكْمِهِ الَّذِي يُرْفَعُ إلَيْهِ لَا يُشْرِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ وَدَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ الْمَذَاهِبَ مُخْتَلِفَةٌ وَالْأَغْرَاضَ مُتَبَايِنَةٌ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَتَّفِقَ رَجُلَانِ فِي كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى لَا يَرَى أَحَدُهُمَا خِلَافَ مَا يَرَاهُ الْآخَرُ، وَإِذَا أُشْرِكَ بَيْنَ الْحَاكِمَيْنِ دَعَا ذَلِكَ إلَى اخْتِلَافِهِمَا فِي الْمَسَائِلِ وَيُوقَفُ نُفُوذُهُمَا كَالْإِمَامَةِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْحَكَمَانِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَالْحَكَمَانِ فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّهُمَا يَحْكُمَانِ فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ وَلَيْسَ بِوِلَايَةٍ، وَإِنْ اتَّفَقَا نَفَذَ حُكْمُهُمَا، وَإِنْ اخْتَلَفَا لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُمَا وَحُكْمُ غَيْرِهِمَا فَلَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ مَضَرَّةٌ وَهَذَا يُنَافِي الْوِلَايَةَ؛ لِأَنَّ مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ لَا يُمْكِنُ الِاسْتِبْدَالُ بِهِ عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إلَى تَوَقُّفِ الْأَحْكَامِ وَامْتِنَاعِ نُفُوذِهَا.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ بَصِيرًا فَلَا خِلَافَ نَعْلَمُهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْمَنْعِ مِنْ كَوْنِ الْأَعْمَى حَاكِمًا وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَقَدْ بَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ فِي تَقْدِيمِهِ لِلْقَضَاءِ تَضْيِيقًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي طُرُقِ الْقَضَاءِ وَإِنْفَاذِ الْأَحْكَامِ، وَالْحَاكِمُ مُضْطَرٌّ إلَى أَنْ يَنْظُرَ لِكُلِّ مَنْ يَطْلُبُ عِنْدَهُ مَطْلَبًا مِنْ مَطَالِبِ الْحَقِّ، وَالْأَعْمَى وَإِنْ كَانَ يُمَيِّزُ الْأَصْوَاتَ فَلَا يُمَيِّزُ إلَّا صَوْتَ مَنْ تَكَرَّرَ عَلَيْهِ صَوْتُهُ وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يَشْهَدُ عِنْدَهُ بِشَهَادَةٍ مِمَّنْ يَتَكَرَّرُ عَلَيْهِ فَقَدْ يَشْهَدُ عِنْدَهُ بِهَا مَنْ لَمْ يَسْمَعْ كَلَامَهُ قَبْلَ هَذَا وَيُزَكَّى عِنْدَهُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَجْلِسِ فَلَا يُعْلَمُ هَلْ هَذَا الْمُزَكَّى عِنْدَهُ هُوَ الَّذِي زُكِّيَ بِالْأَمْسِ أَوْ غَيْرُهُ، وَقَدْ يُجْرَحُ عِنْدَهُ بَعْدَ التَّزْكِيَةِ فَلَا يَدْرِي هَلْ هُوَ ذَلِكَ الْأَوَّلُ أَوْ غَيْرُهُ، وَقَدْ يَبْقَى عَلَى عَدَالَتِهِ فَيَتَكَرَّرُ عَلَيْهِ مَرَّةً ثَانِيَةً مِنْ الْغَدِ فِي شَهَادَةٍ أُخْرَى وَقَدْ غَابَ مُعَدِّلُوهُ فَلَا يَدْرِي هَلْ هُوَ ذَلِكَ الْأَوَّلُ، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَوْلِيَةِ الْقَضَاءِ الْأُمِّيَّ وَهُوَ يُبْصِرُ وَيُمَيِّزُ فَكَيْفَ بِالْأَعْمَى وَأَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ لَا يُجِيزُ شَهَادَتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا اعْتِبَارُ إسْلَامِهِ فَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ، وَأَمَّا اعْتِبَارُ حُرِّيَّتِهِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَا

خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنَافِعَ الْعَبْدِ مُسْتَحَقَّةٌ لِسَيِّدِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصْرِفَهَا لِلنَّظَرِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَلِأَنَّهُ نَاقِصُ الْحُرْمَةِ نَقْصًا يُؤَثِّرُ فِي الْإِمَامَةِ كَالْمَرْأَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا اعْتِبَارُ كَوْنِهِ عَالِمًا فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ مَعَ وُجُودِ الْعَالِمِ الْعَدْلِ وَالَّذِي يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ الْعِلْمِ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ، وَقَدْ بَيَّنَّا صِفَةَ الْمُجْتَهِدِ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُسْتَقْضَى مَنْ لَيْسَ بِفَقِيهٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَا فِقْهَ لَهُ أَوْ فِقْهٍ لَا حَدِيثَ عِنْدَهُ وَلَا يُفْتِي إلَّا مَنْ كَانَتْ هَذِهِ صِفَتُهُ إلَّا أَنْ يُخْبِرَ بِشَيْءٍ سَمِعَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ قَدْ جَمَعَ صِفَاتِ الْمُجْتَهِدِينَ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ} [النحل: 44] فَأَعْلَمَ تَعَالَى أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إذَا بَيَّنَ لِلنَّاسِ مَا أُنْزِلَ إلَيْهِمْ يَتَفَكَّرُوا وَيَعْتَبِرُوا فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ تَبْيِينُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ الْكِتَابِ لَمْ يَتَمَكَّنْ لَهُمْ التَّفَكُّرُ فِي أَحْكَامِهِ.

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ} [النساء: 105] وَمَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَإِنَّهُ لَا يَرَى شَيْئًا، وَبِذَلِكَ قَالَ الْفُقَهَاءُ الْمُتَقَدِّمُونَ إنَّهُ لَا يُفْتِي مَنْ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يُخْبِرَ بِمَا سَمِعَ فَلَمْ يُجْعَلْ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْفَتْوَى وَإِنَّمَا هُوَ إخْبَارٌ عَنْ فَتْوَى صَاحِبِ الْمَقَالَةِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ لِعَدَمِ الْمُجْتَهِدِ الَّذِي تَجُوزُ لَهُ الْفَتْوَى.

(فَرْعٌ) فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ إلَّا عَالِمٌ لَيْسَ بِمَرْضِيٍّ أَوْ رَجُلٌ مَرْضِيُّ الْحَالِ غَيْرُ عَالِمٍ فَقَدْ رَوَى أَصْبَغُ يُسْتَقْضَى الْعَدْلُ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَشِيرُ أَهْلَ الْعِلْمِ وَيَجْتَهِدُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلرَّجُلِ عِلْمٌ وَوَرَعٌ فَعَقْلٌ وَوَرَعٌ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْلِ يَسْأَلُ وَبِالْوَرَعِ يَعِفُّ فَإِذَا طَلَبَ الْعِلْمَ وَجَدَهُ، وَإِذَا طَلَبَ الْعَقْلَ لَمْ يَجِدْهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا اعْتِبَارُ الْعَدَالَةِ فَالظَّاهِرُ مِنْ أَقْوَالِ الْمُسْلِمِينَ

. . . .

[المنتقى]

أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْقَضَاءِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ لَا تَنْعَقِدُ الْوِلَايَةُ لِلْحَاكِمِ الْفَاسِقِ، وَإِنْ طَرَأَ الْفِسْقُ بَعْدَ انْعِقَادِهَا انْفَسَخَتْ وِلَايَتُهُ وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ أَصْبَغَ أَنَّهُ يَجُوزُ حُكْمُ الْمَسْخُوطِ مَا لَمْ يَجُرْ، وَإِنْ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ مَا يَطْرَأُ مِنْ الْفِسْقِ لَا يَفْسَخُ وِلَايَتَهُ حَتَّى يَفْسَخَهَا الْإِمَامُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ سَمِيعًا لَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا لِأَصْحَابِنَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعِنْدِي أَنَّهُ مَمْنُوعٌ لِمَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ سَمَاعِهِ مِنْ دَعْوَى الْخُصُومِ وَسَمَاعِهِ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ شَاهِدٍ يُمْكِنُهُ أَنْ يَكْتُبَ شَهَادَتَهُ فَيَعْرِضُهَا عَلَيْهِ فَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَكْتُبُ مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَضْيِيقِ الْحَالِ عَلَى النَّاسِ وَتَعَذُّرِ سَبِيلِ الْحُكْمِ وَذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأُمِّيُّ الَّذِي لَا يَكْتُبُ حَاكِمًا، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا عَدْلًا؟ لَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا لِأَصْحَابِنَا، وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِيهِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا الْجَوَازُ وَالْآخَرُ الْمَنْعُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي الْجَوَازُ؛ لِأَنَّ إمَامَ الْمُرْسَلِينَ وَأَفْضَلَ الْحُكَّامِ كَانَ لَا يَكْتُبُ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إلَى قِرَاءَةِ الْعُقُودِ وَيَنُوبُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ أَهْلُ الْعَدْلِ وَهَذِهِ حَالُ مَنْ لَا يَكْتُبُ مِنْ الْحُكَّامِ يُقْرَأُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فِي الْأَغْلَبِ وَيُقَيَّدُ عَنْهُ الْمَقَالَاتِ وَلَا يُبَاشِرُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّ لِلْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ وَجْهًا لِمَا فِيهِ مِنْ تَضْيِيقِ طُرُقِ الْحُكُومَةِ وَالنَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَعْصُومٌ وَلَيْسَ غَيْرُهُ كَذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يُسْتَقْضَى وَلَدُ الزِّنَا؟ قَالَ سَحْنُونٌ لَا بَأْسَ أَنْ يُسْتَقْضَى وَلَا يَحْكُمُ فِي حَدِّ زِنًا قَالَ كَمَا لَا يَحْكُمُ الْقَاضِي قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّ ذَلِكَ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَوْضِعُ رِفْعَةٍ وَطَهَارَةِ أَحْوَالٍ فَلَا يَلِيهَا وَلَدُ الزِّنَا كَالْإِمَامَةِ فِي الصَّلَاةِ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ يُسْتَقْضَى الْفَقِيرُ إذَا كَانَ أَعْلَمَ مَنْ بِالْبَلَدِ وَأَرْضَاهُمْ وَلَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَجْلِسَ حَتَّى يَغْنَى وَيُقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَهَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِي صِحَّتِهِ؛

لِأَنَّ الْفَقْرَ لَيْسَ بِمُؤَثِّرٍ فِي دِينِهِ وَلَا عِلْمِهِ وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ أَنْ تُزَالَ حَاجَتُهُ لِيَتَفَرَّغَ لِلْقَضَاءِ وَلِيَكُونَ أَسْلَمَ لَهُ مِنْ مُقَارَفَةِ مَا يُخِلُّ بِحَالِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُسْتَقْضَى الْمَحْدُودُ فِي الزِّنَا وَالْقَذْفِ وَالْمَقْطُوعُ فِي السَّرِقَةِ إذَا كَانَ الْيَوْمَ مَرْضِيًّا مِنْ كِتَابِ أَصْبَغَ وَوَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ عَلَيْهِ مِمَّا يَمْنَعُ وِلَايَتَهُ قَدْ ظَهَرَ إقْلَاعُهُ عَنْهُ كَمَا لَوْ كَانَ كَافِرًا ثُمَّ حَسُنَ إسْلَامُهُ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَحْكُمُ فِيمَا حُدَّ فِيهِ جَوَّزَ ذَلِكَ أَصْبَغُ وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّهَادَةِ وَمَنَعَ ذَلِكَ سَحْنُونٌ اعْتِبَارًا بِالشَّهَادَةِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي مَجْلِسِهِ وَأَدَبِهِ] 1

ِ أَمَّا مَجْلِسُ الْقَاضِي فَإِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْجِدِ وَكَرِهَ الشَّافِعِيُّ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْجِدِ وَرُوِيَ نَحْوُهُ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ مَالِكٌ الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ الْحَقِّ وَالْأَمْرِ الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّهُ يَرْضَى بِالدُّونِ مِنْ الْمَجْلِسِ وَيَصِلُ إلَيْهِ الضَّعِيفُ وَالْمَرْأَةُ وَلَا يُحْجَبُ عَنْهُ أَحَدٌ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَاحْتَجَّ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِي ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ} [ص: 21] إلَى قَوْلِهِ {فَاحْكُمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ} [ص: 22] وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَنَّهُ قَضَى فِي الْمَسْجِدِ» .

(فَرْعٌ) وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْلِسَ مِنْ الْمَسْجِدِ فِي رِحَابِهِ الْخَارِجَةِ قَالَ مَالِكٌ لِيَصِلَ إلَيْهِ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ وَالْحَائِضُ قَالَ وَحَيْثُمَا جَلَسَ الْقَاضِي الْمَأْمُورُ أَجْزَأَهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَنْزِلِهِ وَحَيْثُ أَحَبَّ، وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَقْضِيَ حَيْثُ جَمَاعَةُ النَّاسِ وَفِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ قَالَ سَحْنُونٌ قَالَ غَيْرُهُ إلَّا أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ لِكَثْرَةِ النَّاسِ حَتَّى يَشْغَلَهُ ذَلِكَ عَنْ النَّظَرِ وَالْفَهْمِ فَلْيَكُنْ لَهُ مَوْضِعٌ فِي الْمَسْجِدِ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يَشْغَلُهُ وَاتَّخَذَ سَحْنُونٌ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ فَكَانَ يَقْعُدُ فِيهِ لِلنَّاسِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْضِيَ فِي الطَّرِيقِ فِي مَمَرِّهِ إلَى الْمَسْجِدِ أَوْ إلَى غَيْرِ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ أَمْرٌ عَرَضَ وَاسْتُغِيثَ إلَيْهِ فِيهِ فَلَا

. . . .

[المنتقى]

بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِيهِ وَيَنْهَى فَأَمَّا الْحُكْمُ الْفَاصِلُ فَلَا قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ يَمْشِي، وَقَالَ أَيْضًا لَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ وَهُوَ يَمْشِي إذَا لَمْ يَشْغَلْهُ ذَلِكَ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ وَهُوَ مُتَّكِئٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسْجِدِ وَلَا الضَّرْبُ الْكَثِيرُ إلَّا الْيَسِيرُ كَالْخَمْسَةِ أَسْوَاطٍ وَالْعَشَرَةِ وَنَحْوِهَا قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحُدُودَ تُبَاشِرُ سَيَلَانَ الدَّمِ وَالتَّأْثِيرَ فِي الْأَجْسَامِ، وَالْمَسَاجِدُ مَوْضُوعَةٌ لِلتَّأْمِينِ وَالرَّحْمَةِ فَيَجِبُ أَنْ تُنَزَّهَ عَنْ مِثْلِ هَذَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَيَتَّخِذُ الْقَاضِي أَوْقَاتًا يَجْلِسُ فِيهَا لِلنَّاسِ عَلَى مَا هُوَ أَرْفَقُ بِهِ وَبِالنَّاسِ وَلَيْسَ بِالضَّيِّقِ عَلَيْهِ حَتَّى يَصِيرَ كَالْأَجْنَبِيِّ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَجْلِسَ بَيْنَ الْعِشَاءَيْنِ وَلَا فِي الْأَسْحَارِ إلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي تِلْكَ الْأَوْقَاتِ وَيُرْفَعَ إلَيْهِ أَمْرٌ لَا بُدَّ مِنْهُ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِي تِلْكَ السَّاعَةِ وَيَنْهَى وَيَسْجُنَ فَأَمَّا عَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ مِمَّا شَخَّصَ فِيهِ الْخُصُومَ فَلَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فَمَعْنَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٍ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ الْجُلُوسُ ذَلِكَ الْوَقْتَ وَلَا إشْخَاصُ الْخُصُومِ إلَيْهِ فِي الْأُمُورِ الَّتِي فِيهَا إحْضَارُ الْخُصُومِ وَتَقْيِيدُ الْمَقَالَاتِ وَإِحْضَارُ الْبَيِّنَاتِ؛ لِأَنَّهَا أُمُورٌ لَا تَفُوتُ وَيَلْحَقُ الْمَطْلُوبَ بِذَلِكَ الْمَشَقَّةُ فِي الْخُرُوجِ عَنْ الْعَادَةِ، وَأَمَّا الْأُمُورُ الَّتِي يُخَافُ فَوَاتُهَا وَيَطْرَأُ مِنْهَا ذَلِكَ الْوَقْتَ مَا تَدْعُو الضَّرُورَةُ إلَى النَّظَرِ فِيهِ فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ وَمَعْنَى قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ أَبَاحَ لَهُ النَّظَرَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ؛ لِأَنَّ تَرْكَ ذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِهِ فَإِذَا أَرَادَ النَّظَرَ ذَلِكَ الْوَقْتَ فَذَلِكَ مُبَاحٌ لَهُ وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ أَظْهَرُ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الضَّرَرِ بِمَا يُدَّعَى فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ إلَى مَا لَا يُخَافُ فَوَاتُهُ، وَقَدْ شُرِّعَتْ الْآجَالُ فِي الْقَضَاءِ بِالْحُقُوقِ وَالْإِمْهَالِ وَاسْتِقْصَاءِ الْحُجَجِ وَذَلِكَ يُنَافِي الْقَضَاءَ بِاللَّيْلِ وَفِي وَقْتٍ يَشُقُّ نَقْلُ الْبَيِّنَاتِ وَالتَّفَرُّغُ لِلْإِدْلَاءِ بِالْحُجَجِ مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْخُرُوجِ عَنْ الْعَادَةِ فِي عَمَلِ الْقُضَاةِ وَلَا يَكَادُ يَفْعَلُ ذَلِكَ إلَّا عَلَى وَجْهِ التَّضْيِيقِ عَلَى الْمَطْلُوبِ وَالْمُسَارَعَةِ إلَى الْحُكْمِ لِلطَّالِبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُتْعِبَ نَفْسَهُ فَيَقْضِيَ النَّهَارَ كُلَّهُ قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلْيَقْعُدْ لِلنَّاسِ فِي سَاعَاتٍ مِنْ النَّهَارِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنِّي أَخَافُ أَنْ يُكْثِرَ فَيُخْطِئَ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُكْرَهُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ إذَا دَخَلَهُ هَمٌّ أَوْ نُعَاسٌ أَوْ ضَجَرٌ شَدِيدٌ وَفِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ أَوْ جُوعٌ يُخَافُ عَلَى فَهْمِهِ مِنْهُ الْإِبْطَاءُ أَوْ التَّقْصِيرُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَيُقَالُ لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ جَائِعٌ وَلَا أَنْ يَشْبَعَ جِدًّا فَإِنَّ الْغَضَبَ يَحْضُرُ الْجَائِعَ، وَالشَّبْعَانُ جِدًّا يَكُونُ بَطِيئًا إلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ الْخَفِيفُ الَّذِي لَا يَضُرُّ بِهِ فِي فَهْمِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَانُ فَكُلُّ حَالَةٍ مَنَعَتْهُ مِنْ اسْتِيفَاءِ حُجَجِ الْخُصُومِ كَمَا يَمْنَعُهُ الْغَضَبُ كَانَ لَهُ حُكْمُهُ فِي الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَعْلَمَ بِمَوَاقِعِ الْحُجَجِ وَأَهْدَى إلَى إيرَادِ مَا يَحْتَاجُ مِنْ ذَلِكَ وَأَشَدَّ تَبْيِينًا لِمَا يَحْتَجُّ بِهِ قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ اللَّحَنُ بِفَتْحِ الْحَاءِ الْفِطْنَةُ وَاللَّحْنُ بِإِسْكَانِ الْحَاءِ الْخَطَأُ فِي الْقَوْلِ تَعَلَّقَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا بِقَوْلِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فِي أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُقْضَى بِعِلْمِهِ وَهَذَا التَّعَلُّقُ لَيْسَ بِالْبَيِّنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي الْقَاضِي بِمَا سَمِعَ مِنْهُ مَعَ عِلْمِهِ بِخِلَافِهِ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِعِلْمِهِ وَلَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَنْفِيهِ، فَأَمَّا مَنْ يَقُولُ إنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ فَإِنَّهُ يُنَفِّذُ مَا عَلِمَهُ وَلَا يَنْظُرُ إلَى حُجَّةِ الْخَصْمِ وَلَا إلَى مَا شَهِدَ بِهِ عِنْدَهُ مِمَّا يُخَالِفُ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَنْ يَمْنَعُ الْحُكْمَ بِعِلْمِهِ فَإِذَا اقْتَضَتْ حُجَّتُهُ أَوْ مَا شَهِدَ بِهِ بَيْنَهُمَا خِلَافَ مَا عَلِمَهُ مِنْ الْأَمْرِ امْتَنَعَ مِنْ الْحُكْمِ فِي ذَلِكَ وَشَهِدَ عِنْدَهُ غَيْرُهُ بِمَا فِي عِلْمِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ الْحَاكِمَ

(185/5)

. . . .

لَا يَحْكُمُ فِي شَيْءٍ أَصْلًا بِعِلْمِهِ عَلِمَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ أَوْ بَعْدَهَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِ غَيْرِهِ فِي حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ أَوْ غَيْرِهَا قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ قَالُوا وَكَذَلِكَ مَا وُجِدَ فِي دِيوَانِهِ مِنْ إقْرَارِ الْخُصُومِ مَكْتُوبًا، وَجَوَّزَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي تَفْصِيلِ ذَلِكَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور: 4] فَيَقْتَضِي الْعُمُومُ أَنْ يُجْلَدَ وَإِنْ عَلِمَ الْحَكَمُ بِصِدْقِهِ وَمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ «قَالَ فِي مُلَاعَنَةٍ لَوْ كُنْت رَاجِمًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُ هَذِهِ» .

وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ تِلْكَ امْرَأَةٌ كَانَتْ تُظْهِرُ السُّوءَ وَأَيْضًا فَإِنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمْ يَقْتُلْ الْمُنَافِقِينَ، وَإِنْ كَانَ عَلِمَ كُفْرَهُمْ لِمَا انْفَرَدَ بِذَلِكَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْحَاكِمَ لَمَّا كَانَ غَيْرَ مَعْصُومٍ مُنِعَ مِنْ الْحُكْمِ بِعِلْمِهِ لِيَبْعُدَ عَنْ التُّهْمَةِ وَتَعَلَّقَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَعَلَّقَ الْقَضَاءَ بِمَا يُسْمَعُ وَتَأَوَّلَهُ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَلَى مَا يُسْمَعُ مِنْهُ مِنْ اهْتِدَائِهِ إلَى مَوَاقِعِ حُجَّتِهِ وَعَجَزَ الْآخَرُ عَنْ إيرَادِ مَا يَعْتَضِدُ بِهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ فِي أَوَّلِ الْكَلَامِ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ وَمَا عَلِمَهُ الْحَاكِمُ لَيْسَ بِمَوْقُوفٍ عَلَى مَا يَسْمَعُ مِمَّنْ يَقْضِي لَهُ بَلْ قَدْ يَعْلَمُ مِنْ حُقُوقِهِ مَا لَا يَسْمَعُهُ مِنْهُ وَيَسْمَعُ مِنْهُ مَا لَا يَعْلَمُهُ، وَهُوَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنَّمَا عَلَّقَ الْحُكْمَ بِمَا يَسْمَعُ مِنْهُ فَثَبَتَ بِذَلِكَ وَبِقَوْلِهِ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ أَنَّهُ إنَّمَا يَقْضِي لَهُ بِمَا بَيَّنَهُ فِي خُصُومَتِهِ لِمَعْرِفَتِهِ بِمَوَاقِعِ حُجَجِهِ مِنْ الْحُقُوقِ الَّتِي تُلْزِمُ الْحَاكِمَ الْقَضَاءَ لَهُ بِهَا وَلَعَلَّهُ غَيْرُ مُسْتَحِقٍّ لَهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَمَنْ تَابَعَهُ مِنْ أَصْحَابِنَا فَإِنَّهُ إنَّمَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ فِيمَا جَرَى بَيْنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ فِي مَجْلِسِ نَظَرِهِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ فِي حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ مِمَّا عَلِمَهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ خَاصَّةً وَلِلشَّافِعِيِّ فِي تَجْوِيزِهِ ذَلِكَ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا حُكْمٌ بِدَعْوَى دُونَ بَيِّنَةٍ وَلَا يَمِينٍ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إنَّمَا قَدَّرَ الْحُكْمَ بِأَحَدِهِمَا.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا لَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ فَحَكَمَ بِعِلْمِهِ وَسَجَّلَ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ لَا يُنْقَضُ حُكْمُهُ عِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَعِنْدِي أَنَّهُ يُنْقَضُ حُكْمُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَمَنْ قَضَيْت لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ» مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ قَضَاءَهُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ لِمَا سَمِعَ مِنْهُ مِنْ إظْهَارِ حُجَّةٍ أَوْجَبَتْ لَهُ ذَلِكَ مِنْ دَعْوَى بَاطِلٍ عَجَزَ الْمُحِقُّ عَنْ إنْكَارِهِ أَوْ إنْكَارِ حَقٍّ عَجَزَ الْمُحِقُّ عَنْ إثْبَاتِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَمْلِكُهُ مَنْ حُكِمَ لَهُ بِهِ وَلَا يُبِيحُهُ لَهُ، وَإِنَّمَا يُعْطِيهِ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - قِطْعَةً مِنْ الْعَذَابِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى {إنَّ الَّذِينَ

يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا} [النساء: 10] يَعْنِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا يُعَذَّبُونَ عَلَيْهِ بِالنَّارِ، وَقَدْ يُوصَفُ الشَّيْءُ بِمَا يَئُولُ إلَيْهِ وَيَكُونُ سَبَبًا لَهُ، وَلِذَلِكَ يُوصَفُ الشُّجَاعُ بِالْمَوْتِ قَالَ الشَّاعِرُ

يَا أَيُّهَا الرَّاكِبُ الْمُزْجِي مَطِيَّتَهُ ... سَائِلْ بَنِي أَسَدٍ مَا هَذِهِ الصَّوْتُ

وَقُلْ لَهُمْ بَادِرُوا بِالْعُذْرِ وَالْتَمِسُوا ... وَجْهًا يُنْجِيكُمْ إنِّي أَنَا الْمَوْتُ

فَوَصَفَ نَفْسَهُ بِأَنَّهُ الْمَوْتُ يُرِيدُ أَنَّهُ سَبَبٌ بِشَجَاعَتِهِ وَقِلَّةِ سَلَامَةِ مَنْ يُحَارِبُهُ مِنْ الْمَوْتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ لَا يُحِلُّ الْحَرَامَ وَلَا يُغَيِّرُهُ عَنْ حَقِيقَتِهِ مِثَالُ ذَلِكَ أَنْ يُقِيمَ الرَّجُلُ شَاهِدَيْ زُورٍ بِأَنَّ امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً زَوْجَةٌ لَهُ فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ إنَّ ذَلِكَ يُحِلُّهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ «فَمَنْ قَضَيْت لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ نَارٍ» وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ إذَا شَهِدَ لَهُ بِزُورٍ بِأَنَّ زَوْجًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَأَنَّ هَذَا تَزَوَّجَهَا

(186/5)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اخْتَصَمَ إلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ وَاَللَّهِ لَقَدْ قَضَيْت بِالْحَقِّ فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ ثُمَّ قَالَ لَهُ وَمَا يُدْرِيك فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ إنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ إلَّا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ) .

[المنتقى]

بَعْدَهُ إنَّمَا يَقْطَعُ لَهُ الْحَاكِمُ بِذَلِكَ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَضَى لَهُ بِحَقٍّ هُوَ لِأَخِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُمَرَ اخْتَصَمَ إلَيْهِ يَهُودِيٌّ وَمُسْلِمٌ فَقَضَى عُمَرُ لِلْيَهُودِيِّ لَمَّا رَأَى أَنَّ الْحَقَّ لَهُ عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ كُلَّ حُكْمٍ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ فَإِنَّمَا يُقْضَى فِيهِ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا عُقِدَتْ لَهُمْ الذِّمَّةُ لِتَجْرِيَ عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ إلَّا فِيمَا يَخُصُّهُمْ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُونُوا ذِمَّةً وَكَانُوا أَهْلَ حَرْبٍ فَإِنْ أَمْكَنَ

الْحُكْمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَبَيْنَهُمْ عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ نَفَذَ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ لَمْ يَخْرُجْ أَمْرُهُمْ عَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ وَذَهَبَ بِهِ إلَى مَعْنَى الصُّلْحِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَحْكَامُ أَهْلِ الْكُفْرِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَا عَلَى دِينٍ وَاحِدٍ كَيَهُودِيَّيْنِ أَوْ نَصْرَانِيَّيْنِ أَوْ يَكُونَا عَلَى دِينَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كَيَهُودِيٍّ وَنَصْرَانِيٍّ فَإِنْ كَانَا مِنْ أَهْلِ دِينٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ لَا نَتَعَرَّضُ لِلْحُكْمِ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الذِّمَّةَ لَمَّا عُقِدَتْ لَهُمْ عَلَى أَنْ تَجْرِيَ أَحْكَامُهُمْ بَيْنَهُمْ فَإِنْ رَضِيَا جَمِيعًا بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وَلَمْ يَرْضَ أَسَاقِفَتُهُمْ بِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُحْكَمُ بَيْنَهُمْ إلَّا بِرِضَى الْخَصْمَيْنِ وَرِضَى أَسَاقِفَتِهِمْ فَإِنْ رَضِيَ الْخَصْمَانِ وَأَبَى الْأَسَاقِفَةُ أَوْ رَضِيَ الْأَسَاقِفَةُ وَأَبَى ذَلِكَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ لَمْ يُحْكَمْ بَيْنَهُمَا، وَفِي كِتَابِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنَّهُ إنْ رَضِيَ الْحَاكِمُ حَكَمَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ أَحَدُهُمَا طَالِبًا أَوْ مَطْلُوبًا لَمْ يَعْرِضْ لَهُمَا فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الرِّضَى بِذَلِكَ فَإِنَّ الْحَاكِمَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ الْحُكْمَ وَبَيْنَ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} [المائدة: 42] ، وَأَمَّا إنْ كَانَا عَلَى دِينَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَفِي النَّوَادِرِ قَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ أَحَدُهُمَا لِاخْتِلَافِ مِلَّتَيْهِمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي طَرِيقَةِ التَّخَاصُمِ وَالتَّطَالُبِ بِالْحُقُوقِ الَّتِي سُلِّمَتْ بِرِضَى الطَّالِبِ لَهَا، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ التَّظَالُمِ كَالْغَصْبِ وَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ وَالسَّرِقَةِ فَإِنَّ حُكْمَ الْمُسْلِمِينَ حُكْمُ الْإِسْلَامِ سَوَاءٌ كَانَا مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ عَلَى مِلَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِلَّتَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا مُسْلِمٌ وَالْآخَرُ كَافِرٌ وَهُوَ كُلُّهُ قَوْلُ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَغَيْرِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْيَهُودِيِّ لِعُمَرَ لَقَدْ قَضَيْت بِالْحَقِّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَقَدْ قَضَيْت لِي بِمَا هُوَ حَقٌّ لِي عَلَيْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ لَقَدْ قَصَدْت الْحَقَّ فِي حُكْمِك هَذَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَقَدْ قَضَيْت بِالْحَقِّ عَلَى حُكْمِ التَّوْرَاةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَضَرْبُهُ الْيَهُودِيَّ لَمَّا قَالَ لَهُ وَاَللَّهِ لَقَدْ قَضَيْت بِالْحَقِّ وَقَوْلُهُ لَهُ وَمَا يُدْرِيك يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – حَكَمَ بَيْنَهُمَا بِاجْتِهَادِهِ فِيمَا لَا نَصَّ عِنْدَهُ فِيهِ وَكَانَ يَعْتَقِدُ أَنَّ طَرِيقَ ذَلِكَ غَلَبَةُ الظَّنِّ دُونَ الْقَطْعِ وَالْعِلْمِ، وَلِذَلِكَ قَالَ لَهُ وَمَا يُدْرِيك يُرِيدُ مَا يُدْرِيك أَنَّهُ كَمَا حَلَفْت عَلَيْهِ وَقَطَعْت

بِهِ فَأَنْكَرَ عَلَى الْيَهُودِيّ الْحَلِفَ عَلَى ذَلِكَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي ضَرْبَهُ وَعُقُوبَتَهُ؛ لِأَنَّ مَنْ حَلَفَ عَلَى الْقَطْعِ فِي أَمْرٍ يَظُنُّهُ اسْتَحَقَّ الْعُقُوبَةَ لَا سِيَّمَا، وَقَدْ تَكُونُ الْقَضِيَّةُ مِنْ جِهَةِ الْقَضَاءِ صَحِيحَةً لَكِنَّهَا فِي الْبَاطِنِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ الْآخَرِ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «فَمَنْ قَضَيْت لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ» وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ضَرْبُهُ لَمَّا حَلَفَ عَلَى شَيْءٍ لَا يَعْرِفُهُ وَلَا يَعْلَمُ هُوَ مُقْتَضَى تِلْكَ الْقَضِيَّةِ فِي شَرْعِ الْمُسْلِمِينَ لَا سِيَّمَا إنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَمْ يَتَكَرَّرْ وَلَمْ يَتَقَدَّمْ فِيهَا حُكْمٌ إنَّمَا شُرِعَتْ بِاجْتِهَادِ أَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ضَرْبُهُ لِمَا فُهِمَ مِنْهُ أَنَّهُ أَقْسَمَ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ

(187/5)

مَا جَاءَ فِي الشَّهَادَاتِ وَفِيهِ أَبْوَاب (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الْأَنْصَارِيّ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا أَوْ يُخْبِرَ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا») .

[المنتقى]

الْحَقَّ لِحُكْمِهِ فَأَنْكَرَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى بَاطِنِهِ وَمُعْتَقَدِهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ صَادَفَ الْحَقَّ فِي يَمِينِهِ هَذِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ضَرْبُهُ لِمَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ التَّزْكِيَةَ لَهُ وَالْإِطْرَاءَ لَمَّا حَكَمَ لَهُ لِمَا جُبِلَ عَلَيْهِ الْيَهُودُ مِنْ الْمَكْرِ وَالْخِلَابَةِ فَأَنْكَرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ وَأَدَّبَهُ عَلَى مَا بَادَرَ إلَيْهِ مِنْهُ وَظَنَّ أَنَّهُ يَجُورُ عَلَيْهِ لِيَزْجُرَ الْحُكَّامُ مَنْ سَلَكَ مَعَهُمْ هَذَا السَّبِيلَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْيَهُودِيّ إنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ إلَّا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ فَإِذَا تَرَكَ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْيَهُودِيُّ أَنَّهُ يَقْطَعُ بِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ وَأَنَّهُ مِمَّنْ قَدْ شَاهَدَ الْحُكْمَ بِمِثْلِهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ أَنَّهُ مِنْ الْحُقُوقِ الَّتِي لَا تَخْتَلِفُ فِيهَا الشَّرَائِعُ، فَاسْتَدَلَّ عَلَى اجْتِهَادِ عُمَرَ وَقَصْدِهِ الْحَقَّ بِأَنْ حَكَمَ لَهُ بِمَا يَعْرِفُ هُوَ أَنَّهُ حَقُّهُ وَعَلِمَ ذَلِكَ بِمَا زَعَمَ أَنَّهُ يَجِدُهُ فِي كُتُبِهِمْ مِنْ أَنَّ الْحَاكِمَ إذَا قَضَى بِالْحَقِّ يُرِيدُ قَصْدَهُ وَبَيَّنَهُ بِحُكْمِهِ كَانَ مَعَهُ مَلَكَانِ يُسَدِّدَانِهِ إلَيْهِ، وَأَنَّهُ إنْ زَاغَ عَنْ ذَلِكَ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ فَلَا يُوَفَّقُ لِلْحَقِّ فَأَمْسَكَ عَنْهُ عُمَرُ بَعْدَ ذَلِكَ إمَّا تَصْدِيقًا لَهُ وَإِمَّا أَنَّهُ قَدْ بَلَغَ مِنْ أَدَبِهِ

مَا أَقْنَعَهُ وَمَا قَالَهُ الْيَهُودِيُّ لَا يَبْعُدُ.

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ} [المائدة: 49] ، وَقَدْ رَوَى فِي هَذَا الْمَعْنَى حَدِيثًا لَيْسَ بِذَلِكَ أَبُو عِيسَى التِّرْمِذِيُّ أَخْبَرَنَا عَبْدُ الْقُدُّوسِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعَطَّارُ أَخْبَرَنَا عَمْرُو بْنُ عَاصِمٍ أَخْبَرَنَا عُمَرُ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الشَّيْبَانِيِّ عَنْ ابْنِ أَبِي أَوْفَى قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «اللَّهُ مَعَ الْقَاضِي مَا لَمْ يَجُرْ فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ» .

[مَا جَاءَ فِي الشَّهَادَاتِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهِ مَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ شَهَادَةٌ لِرَجُلٍ لَا يَعْلَمُ بِهَا فَيُخْبِرُهُ بِهَا وَيُؤَدِّيهَا لَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ وَذَلِكَ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ وَضَرْبٌ هُوَ حَقٌّ لِلْآدَمِيِّينَ، فَأَمَّا مَا كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَعَلَى قِسْمَيْنِ قِسْمٌ لَا يُسْتَدَامُ فِيهِ التَّحْرِيمُ كَالزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ زَادَ أَصْبَغُ وَالسَّرِقَةِ فَهَذَا تَرْكُ الشَّهَادَةِ بِهِ لِلسَّتْرِ جَائِزٌ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ «قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِهَزَّالٍ هَلَّا سَتَرْته بِرِدَائِك» وَلَوْ أَنَّ الْإِمَامَ عَلِمَ بِذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَكْتُمُوهُ الشَّهَادَةَ وَلَا يَشْهَدُوا بِهَا إلَّا فِي تَجْرِيحِهِ إنْ شَهِدَ عَلَى أَحَدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْقِسْمُ الثَّانِي مَا يُسْتَدَامُ فِيهِ التَّحْرِيمُ كَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالْأَحْبَاسِ وَالصَّدَقَاتِ وَالْهِبَاتِ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ إسْقَاطُ حَقِّهِ، وَالْمَسَاجِدُ وَالْقَنَاطِرُ وَالطُّرُقُ فَهَذَا عَلَى الشَّهَادَاتِ يَقُومُ الشَّاهِدُ فِيهَا وَيُؤَدِّيهَا مَتَى رَأَى ارْتِكَابَ الْمَحْظُورِ بِهَا وَلِلشَّاهِدِ فِي ذَلِكَ حَالَانِ حَالٌ يَعْلَمُ أَنَّ غَيْرَهُ يَقُومُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ وَيُشَارِكُهُ فِيهَا وَحَالٌ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ فِيهَا فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ غَيْرَهُ يَقُومُ بِهَا فَإِنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُبَادِرَ بِأَدَائِهَا لِيَحْصُلَ لَهُ أَجْرُ الْقِيَامِ وَلِيَقْوَى أَمْرُهَا لِكَثْرَةِ عَدَدِ مَنْ يَقُومُ بِهَا وَلِأَنَّ فِي قِيَامِ الْعَدَدِ الْكَثِيرِ بِهَا رَدْعًا لِأَهْلِ الْبَاطِلِ وَإِرْهَابًا عَلَيْهِمْ وَيَصِحُّ أَنْ يَتَنَاوَلَ هَذَا عُمُومُ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا» وَيَكُونُ مَعْنَى الْإِتْيَانِ بِهَا هُنَا أَدَاؤُهَا عِنْدَ الْحَاكِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَيَّنَ لَهُ أَنَّ غَيْرَهُ قَدْ تَرَكَ الْقِيَامَ بِهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ مَنْ يَقُومُ بِهَا غَيْرُهُ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ} [الطلاق: 2] وَقَوْلِهِ {وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ} [البقرة: 283] وَلِأَنَّ الْقِيَامَ بِالشَّهَادَةِ مِنْ فُرُوضِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ فَقَالَ لَقَدْ جِئْتُك لِأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلَا ذَنَبٌ فَقَالَ عُمَرُ وَمَا هُوَ فَقَالَ شَهَادَةُ الزُّورِ ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَوَ قَدْ كَانَ ذَلِكَ فَقَالَ نَعَمْ فَقَالَ عُمَرُ وَاَللَّهِ لَا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ)

[المنتقى]

الْكِفَايَةِ كَالْجِهَادِ وَالصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَائِزِ فَإِذَا قَامَ بِهَا بَعْضُ النَّاسِ سَقَطَ فَرْضُهَا عَنْ سَائِرِ النَّاسِ، وَإِذَا تَرَكَ الْقِيَامَ بِهَا جَمِيعُهُمْ أَثِمُوا كُلُّهُمْ إذَا كَانَ الْحَقُّ مُجْمَعًا عَلَيْهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ حَقُّ الْآدَمِيِّينَ فَإِنَّهُ إنْ كَانَ يَجُوزُ لَهُ إسْقَاطُهُ مِثْلُ أَنْ يَرَى مِلْكَ رَجُلٍ يُبَاعُ أَوْ يُوهَبُ أَوْ يُحَوَّلُ عَنْ حَالِهِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ ذَلِكَ جُرْحَةٌ فِي الشَّاهِدِ حِينَ رَأَى ذَلِكَ وَلَمْ يُعْلِمْ بِعِلْمِهِ فِيهِ قَالَ غَيْرُهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَهَذَا إذَا كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ غَائِبًا أَوْ حَاضِرًا لَا يَعْلَمُ، وَأَمَّا إنْ كَانَ حَاضِرًا فَهُوَ كَالْإِقْرَارِ.

وَقَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ إنَّمَا ذَلِكَ فِيمَا كَانَ مِنْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ كَانَ لِلشَّاهِدِ الْقِيَامُ بِهِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمَشْهُودُ لَهُ كَالْحَوَالَةِ وَالطَّلَاقِ، وَأَمَّا الْعُرُوض وَالْحَيَوَانُ وَالرِّبَاعُ فَلَا يُبْطِلُ ذَلِكَ شَهَادَتَهُ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ إنْ كَانَ حَاضِرًا فَهُوَ أَضَاعَ حَقَّهُ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَلَيْسَ لِلشَّاهِدِ شَهَادَةٌ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَهَذَا عِنْدِي إنَّمَا يَكُونُ جُرْحَةً فِي الشَّاهِدِ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ إذَا كَتَمَهَا وَلَمْ يُعْلِمْ بِهَا بَطَلَ الْحَقُّ فَكَتَمَ ذَلِكَ حَتَّى صُولِحَ عَلَى أَقَلَّ مِمَّا يَجِبُ لَهُ أَوْ حَتَّى نَالَتْهُ بِكِتْمَانِ شَهَادَتِهِ مَعَرَّةٌ وَدَخَلَتْ عَلَيْهِ مَضَرَّةٌ فَعَلِمَ ضَرُورَتَهُ إلَى شَهَادَتِهِ وَلَمْ يَقُمْ بِهَا حَتَّى دَخَلَتْ عَلَيْهِ مَضَرَّةٌ بِكِتْمَانِهِ إيَّاهَا فَهِيَ جُرْحَةٌ فِي شَهَادَتِهِ، وَأَمَّا عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ فَلَا يَلْزَمُهُ الْقِيَامُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي لَعَلَّ صَاحِبَ الْحَقِّ قَدْ تَرَكَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الَّذِي يَأْتِي شَهَادَتُهُ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا قَدْ تَقَدَّمَ مِنْ تَأْوِيلِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ مَا بَسَطْنَا الْقَوْلَ فِيهِ وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ يَأْتِي بِهَا أَنْ يَأْتِيَ بِهَا إلَى صَاحِبِ الْحَقِّ فَيُخْبِرَهُ بِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْلَمَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْحَقِّ وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو إسْحَاقَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّهُ يَأْتِيهِ لِأَدَائِهَا قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا بِمَعْنَى أَنَّهُ إذَا سُئِلَ أَدَاءَهَا بَادَرَ بِذَلِكَ فَأَسْرَعَ إلَيْهِ وَلَمْ يُحْوِجْ إلَى تَكْرَارِ السُّؤَالِ كَمَا يُقَالُ فُلَانٌ يُعْطِيك قَبْلَ أَنْ تَسْأَلَهُ وَيُجِيبُك قَبْلَ أَنْ تَسْأَلَهُ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ سُرْعَةَ عَطَائِهِ وَسُرْعَةَ جَوَابِهِ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنْ يَأْتِيَ بِهَا الْحَاكِمَ فَيُؤَدِّيَهَا عِنْدَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْأَلَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ إيَّاهَا؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَسْمَعُهَا مِنْهُ إذَا لَمْ يَقُمْ

صَاحِبُ الْحَقِّ بِهَا، وَأَمَّا مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «خَيْرُكُمْ قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَشْهَدُونَ وَلَا يُسْتَشْهَدُونَ» .

وَقَدْ قَالَ إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ إنَّ مَعْنَى الشَّهَادَةِ فِي الْحَدِيثِ الْيَمِينُ يُرِيدُ أَنَّهُ يَحْلِفُ قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ.

(ش) : قَوْلُهُ جِئْتُك بِأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلَا ذَنَبٌ مَعْنَاهُ لَيْسَ لَهُ أَوَّلٌ وَلَا آخِرٌ هَذَا مِمَّا تَسْتَعْمِلُهُ الْعَرَبُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا يُرِيدُونَ بِهِ الْكَثْرَةَ فَيَقُولُ هَذَا جِنْسٌ لَا أَوَّلَ لَهُ وَلَا آخِرَ إذَا أَخْبَرْت عَنْ كَثْرَتِهِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي يُرِيدُ بِهِ الْأَمْرَ الْمُبْهَمَ الَّذِي لَا يُعْرَفُ وَجْهُهُ وَلَا يُهْتَدَى لِإِصْلَاحِهِ فَيُقَالُ لَيْسَ لِهَذَا الْأَمْرِ أَوَّلٌ وَلَا آخِرُ بِمَعْنَى أَنَّهُ مُبْهَمٌ لَيْسَ لَهُ وَجْهٌ يُتَنَاوَلُ مِنْهُ وَهَذَا الْحَدِيثُ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْكَثْرَةَ فِي كَثْرَةِ شُهُودِ الزُّورِ، وَأَنْ يُرِيدَ بِهِ عِظَمَ الْفَسَادِ بِهَذَا الْأَمْرِ حَتَّى لَا يُهْتَدَى لِإِصْلَاحِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ شَهَادَةُ الزُّورِ ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا يُرِيدُ الشَّهَادَةَ بِالْبَاطِلِ ظَهَرَتْ بِأَرْضِهِمْ بَعْدَ أَنْ لَمْ تَكُنْ وَلَوْ كَانَتْ بِأَرْضِهِمْ قَدِيمًا لَمْ يَصِفْهَا الْآنَ بِالظُّهُورِ، وَإِنَّمَا كَانَ يَصِفُهَا بِالدَّوَامِ أَوْ بِالْبَقَاءِ وَالتَّزَايُدِ وَشَهَادَةُ الزُّورِ مِنْ الْكَبَائِرِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَالَّذِينَ لا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا} [الفرقان: 72] وَمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكَبَائِرِ ثَلَاثًا قَالُوا بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ الْإِشْرَاكُ بِاَللَّهِ وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ وَجَلَسَ وَكَانَ مُتَّكِئًا

(189/5)

. . . .

[المنتقى]

أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ فَمَا زَالَ يُكَرِّرُهَا حَتَّى قُلْنَا لَيْتَهُ سَكَتَ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ أَوْ قَدْ كَانَ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَمْرٌ لَمْ يَتَقَدَّمْ عِلْمُهُ بِهِ وَلَا عَهْدُهُ بِذَلِكَ الْبَلَدِ قَبْلَ إخْبَارِ هَذَا الْمُخْبِرِ وَذَلِكَ أَنَّ جَمِيعَ الصَّحَابَةِ وَمَنْ آمَنَ بِالنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي زَمَنِهِ وَرَآهُ وَكَانُوا عُدُولًا بِتَعْدِيلِ اللَّهِ إيَّاهُمْ وَإِخْبَارِهِ أَنَّهُمْ خَيْرُ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ وقَوْله تَعَالَى {مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ

أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِنْ أَثَرِ السُّجُودِ} [الفتح: 29] الْآيَةَ وَبِهَذَا كَانَ التَّعْدِيلُ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُبَيِّنُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ سَمِعْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ إنَّ نَاسًا كَانُوا يُؤْخَذُونَ بِالْوَحْيِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَإِنَّ الْوَحْيَ قَدْ انْقَطَعَ، وَإِنَّمَا نُؤَاخِذُكُمْ الْآنَ بِمَا ظَهَرَ لَنَا مِنْ أَعْمَالِكُمْ فَمَنْ أَظْهَرَ لَنَا خَيْرًا أَمَّنَّاهُ وَقَرَّبْنَاهُ وَلَيْسَ لَنَا مِنْ سَرِيرَتِهِ شَيْءٌ اللَّهُ يُحَاسِبُهُ فِي سَرِيرَتِهِ، وَمَنْ أَظْهَرَ لَنَا شَرًّا لَمْ نُؤَمِّنْهُ وَلَمْ نُصَدِّقْهُ، وَإِنْ كَانَتْ سَرِيرَتُهُ حَسَنَةً فَلَمَّا كَانَ هَذَا حُكْمَ الصَّحَابَةِ كَانَ الْأَمْرُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ زَمَنِ عُمَرَ عَلَى أَنَّ كُلَّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الْمُسْلِمِينَ غَيْرُ صَحَابِيٍّ وَهُمْ عُدُولٌ فَلَمَّا أُخْبِرَ عُمَرُ بِمَا أُحْدِثَ مِنْ ذَلِكَ قَالَ أَوَ قَدْ كَانَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ يَظُنُّ الْأَمْرَ عَلَى مَا عَهِدَ فَلَمَّا أُخْبِرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ قَالَ وَاَللَّهِ لَا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ ثَبَتَ عَلَى شَاهِدٍ أَنَّهُ شَهِدَ بِزُورٍ فَإِنْ كَانَ لِنِسْيَانٍ وَغَفْلَةٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَمَنْ كَثُرَ مِنْهُ ذَلِكَ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ وَلَمْ يُحْكَمْ بِهَا لِفِسْقِهِ، فَأَمَّا مَنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ أَنَّهُ تَعَمَّدَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يُقِرَّ بِتَعَمُّدِ ذَلِكَ، وَالثَّانِي أَنْ يَرْجِعَ عَنْ شَهَادَتِهِ بَعْدَ أَدَائِهَا، فَأَمَّا إنْ أَقَرَّ بِتَعَمُّدِ شَهَادَةِ الزُّورِ فَإِنَّهُ يُعَاقَبُ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُجْلَدُ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يُضْرَبُ بِالسَّوْطِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَضْرِبُهُ الْقَاضِي قَدْرَ مَا يَرَى، وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ يُكْشَفُ عَنْ ظَهْرِهِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ يُضْرَبُ ضَرْبًا مُوجِعًا.

(فَرْعٌ) وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُطَافُ بِهِ وَيُشْهَرُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يُطَافُ بِهِ فِي الْأَسْوَاقِ وَالْجَمَاعَاتِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ يُشْهَرُ فِي الْمَسَاجِدِ وَالْحِلَقِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي مَجَالِسِ الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ يُسْجَنُ، وَرَوَى مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ وَلَا أَرَى الْحَلْقَ وَالتَّسْخِيمَ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إذَا تَابَ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا زَادَ عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ، وَإِنْ تَابَ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَرَوَى عَلِيٌّ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إذَا تَابَ وَأَظُنُّهُ لِمَالِكٍ وَجْهُ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ مِمَّا يُسَرُّ وَلَا طَرِيقَ إلَى مَعْرِفَةِ صَلَاحِ حَالِهِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ هَذَا نَوْعُ فِسْقٍ فَلَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بَعْدَ التَّوْبَةِ كَالْقَذْفِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إذَا تَابَ فَبِأَيِّ شَيْءٍ تُعْرَفُ تَوْبَتُهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ بِالصَّلَاحِ وَالدُّءُوبِ فِي الْخَيْرِ، وَقَدْ أَشَارَ إلَيْهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأُولَى كَانَتْ حَالَ عَدَالَةٍ فِي الظَّاهِرِ، وَقَدْ وَقَعَ مِنْهُ مَعَهَا مَا دَلَّ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ عَدَالَةٍ فَلَا تَثْبُتُ لَهُ تَوْبَةٌ إلَّا بِزِيَادَةِ خَيْرٍ مَا كَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ وُجُودِ شَهَادَةِ الزُّورِ

مِنْهُ كَالْقَاذِفِ إذَا كَانَ عَدْلًا حِينَ قَذَفَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ وَاَللَّهِ لَا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ قِيلَ مَعْنَاهُ لَا يُحْبَسُ، وَالْأَسْرُ الْحَبْسُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ لَا يُمْلَكُ مِلْكَ الْأَسْرِ لِإِقَامَةِ الْحُقُوقِ عَلَيْهِ إلَّا بِالصَّحَابَةِ الَّذِينَ جَمِيعُهُمْ عُدُولٌ أَوْ بِالْعَدْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ فَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ الصَّحَابَةِ وَلَمْ تُعْرَفْ عَدَالَتُهُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مُجَرَّدُ الْإِسْلَامِ يَقْتَضِي الْعَدَالَةَ فَكُلُّ مَنْ أَظْهَرَ الْإِسْلَامَ حُكِمَ لَهُ بِالْعَدَالَةِ وَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ حَتَّى يُعْرَفَ فِسْقُهُ وَحَكَى عَنْهُ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيّ أَنَّ ذَلِكَ إلَى زَمَنِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْقَرْنَ الثَّالِثَ آخِرُ الْقُرُونِ الَّتِي أَثْنَى عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَأَمَّا مَنْ بَعْدَ الْقَرْنِ الثَّالِثِ فَلَا يَكْفِي فِي عَدَالَتِهِمْ مُجَرَّدُ

(190/5)

. . . .

[المنتقى]

الْإِسْلَامِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282] .

وَقَالَ {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] وَهَذَا شَرْطُ اعْتِبَارِ الرِّضَى وَالْعَدَالَةِ وَذَلِكَ مَعْنًى يَزِيدُ عَلَى الْإِسْلَامِ أَوْ عَلَى إظْهَارِهِ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ الْعَدَالَةَ لَمَّا كَانَتْ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الشَّهَادَةِ كَانَ الْجَهْلُ بِوُجُودِهَا مِثْلَ الْعِلْمِ بِعَدَمِهَا كَالْإِسْلَامِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ كَتَبَ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَهُ مَا بَلَغَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْإِسْلَامَ شَرْطٌ فِي الْعَدَالَةِ وَأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ أَحَدٌ غَيْرُهُمْ؛ لِأَنَّهُ مُحَالٌ أَنْ يُرِيدَ بِهِ قَبُولَ شَهَادَةِ مُسْلِمٍ عُلِمَ مِنْهُ فِسْقٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلِلشَّاهِدِ صِفَاتٌ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعَرَّى مِنْهَا: أَنْ يَكُونَ بَالِغًا حُرًّا عَاقِلًا مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِالشَّهَادَةِ وَصِفَةِ تَحَمُّلِهَا الَّتِي يَجُوزُ مَعَهَا إقَامَتُهَا مُتَحَرِّزًا فِيهَا، وَإِنَّمَا شَرَطْنَا الْبُلُوغَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا

دُعُوا} [البقرة: 282] وقَوْله تَعالَى {وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ} [البقرة: 283] وَهَذِهِ صِفَةُ الْبَالِغِ الْمُكَلَّفِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ وَالنَّهْيَ لَا يَتَوَجَّهُ إلَّا إلَيْهِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الشَّاهِدَ إنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَخَافُ وَيَتَحَرَّجُ مِنْ الْإِثْمِ فَيَشْهَدُ بِالْحَقِّ وَيَتَوَقَّى الْبَاطِلَ وَالصَّغِيرُ لَا يَأْثَمُ بِشَيْءٍ وَلَا يَخَافُ عُقُوبَةً فَلَا شَيْءَ يَرْدَعُهُ مِنْ كِتْمَانِ الْحَقِّ وَالشَّهَادَةِ بِالْبَاطِلِ، وَإِنَّمَا شَرَطْنَا الْعَقْلَ؛ لِأَنَّ عَدَمَهُ مَعْنًى يُنَافِي التَّكْلِيفَ كَالصِّغَرِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي ابْنِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً لَمْ يَحْتَلِمْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ إلَّا أَنْ يَحْتَلِمَ أَوْ يَبْلُغَ ثَمَانِ عَشْرَةَ سَنَةً فَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ تَجُوزُ شَهَادَةُ ابْنِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَإِنْ لَمْ يَحْتَلِمْ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا لَمْ يَحْتَلِمْ وَلَا بَلَغَ السِّنَّ الَّذِي لَا يَبْلُغُهُ غَالِبًا إلَّا مُحْتَلِمٌ فَأَشْبَهَ ابْنَ عَشَرَةِ أَعْوَامٍ؛ لِأَنَّ الْخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً قَدْ يَبْلُغُهَا مَنْ لَا يَحْتَلِمُ وَاحْتَجَّ ابْنُ وَهْبٍ فِي ذَلِكَ بِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَجَازَ ابْنَ عُمَرَ وَهُوَ ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَغَيْرُهُ فِي غَيْرِ الْعُتْبِيَّةِ إنَّمَا أَجَازَهُ لَمَّا رَآهُ مُطِيقًا لِلْقِتَالِ وَلَمْ يَسْأَلْهُ عَنْ سِنِّهِ وَلَيْسَ فِي هَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ حَدٌّ لِلْبُلُوغِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا شَرَطْنَا الْحُرِّيَّةَ خِلَافًا لِمَنْ قَالَ شَهَادَةُ الْعَبْدِ مَقْبُولَةٌ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ نَقْصٌ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ فَنَافَى الشَّهَادَةَ كَالْكُفْرِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا شَرَطْنَا الْإِسْلَامَ خِلَافًا لِمَنْ جَوَّزَ شَهَادَةَ الْكُفَّارِ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي الْوَصِيَّةِ حَالَ السَّفَرِ، وَإِنْ كَانُوا مَجُوسًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى {مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282] وَلِقَوْلِهِ {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] وَلَمْ يَخُصَّ سَفَرًا مِنْ حَضَرٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذِهِ حَالَةٌ مِنْ أَحْوَالِ الْإِنْسَانِ فَلَمْ تَجُزْ فِيهَا شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ كَحَالِ الْإِمَامَةِ، وَأَمَّا تَعَلُّقُهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الآثِمِينَ} [المائدة: 106] {فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ - ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى

وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ} [المائدة: 107 - 108] .
قَالُوا فَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ «خَرَجَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سَهْمٍ مَعَ تَمِيمٍ الدَّارِيِّ وَعَدِيِّ بْنِ بِدَاءٍ فَمَاتَ السَّهْمِيُّ بِأَرْضٍ بِيَدٍ لَيْسَ فِيهَا مُسْلِمٌ فَلَمَّا قَدِمَا فَقَدُوا جَامًا مِنْ فِضَّةٍ مُخَوَّصًا بِذَهَبٍ فَأَحْلَفَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ثُمَّ وَجَدُوا الْجَامَ بِمَكَّةَ فَقَالُوا ابْتَعْنَاهُ مِنْ تَمِيمٍ وَعَدِيٍّ فَقَامَ رَجُلَانِ مِنْ أَوْلِيَائِهِ فَحَلَفَا لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَأَنَّ الْجَامَ لِصَاحِبِهِمْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَفِيهِمْ نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ} [المائدة: 106] » وَالْجَوَابُ أَنَّ الْآيَةَ لَا تَتَضَمَّنُ شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْتُمْ.
وَقَدْ قَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ

(191/5)

. . . .

[المنتقى]
إنَّ مَعْنَى قَوْله تَعَالَى {ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ} [المائدة: 106] يُرِيدُونَ قَبِيلَكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ يُرِيدُ مِنْ غَيْرِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَكُونَانِ شَهِيدَيْنِ وَيَكُونُ حُكْمُهُمَا مَا تَضَمَّنَتْهُ الْآيَةُ مِنْ اسْتِحْلَافِهِمَا.
وَجَوَابٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنَّ سَبَبَ نُزُولِ هَذِهِ الْآيَةِ وَمَا ذُكِرَ فِي ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ يُنَافِي الشَّهَادَةَ، وَلِذَلِكَ أُسْتُحْلِفُوا وَلَوْ كَانُوا شُهُودًا لَمْ يُسْتَحْلَفُوا؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الشَّاهِدَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ يَمِينٌ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ مَنْ أُدُّعِيَ عَلَيْهِ حَقٌّ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ قَالَ مَعْنَى الْآيَةِ أَنْ يَمُوتَ الرَّجُلُ فَيَحْضُرَ مَوْتَهُ مُسْلِمَانِ أَوْ كَافِرَانِ لَا يَحْضُرُهُ غَيْرُهُمَا، فَإِنْ رَضِيَ وَرَثَتُهُ مَا غَابَ عَلَيْهِ مِنْ التَّرِكَةِ فَذَلِكَ وَيَحْلِفُ الشَّاهِدَانِ إنَّهُمَا لَصَادِقَانِ، فَإِنْ عُثِرَ وَوُجِدَ لَطْخٌ أَوْ لَبْسٌ أَوْ شَبَهٌ حَلَفَ الْأَوْلَيَانِ مِنْ الْوَرَثَةِ وَاسْتَحَقَّا وَأَبْطَلَا أَيْمَانَ الشَّاهِدَيْنِ، وَقَدْ يُسَمَّى الْحَالِفُ شَاهِدًا وَيَقُولُ الْحَالِفُ أَشْهَدُ بِاَللَّهِ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ النَّخَعِيِّ كَانُوا يَضْرِبُونَنَا عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْعَهْدِ يَعْنِي عَلَى الْيَمِينِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ.
1 -
(فَرْعٌ) وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عَلَى ذِمِّيٍّ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ إنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] وَالْعَدَالَةُ تُنَافِي الْكُفْرَ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَى مُسْلِمٍ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ عَلَى كَافِرٍ كَالْمَجُوسِيِّ وَالْحَرْبِيِّ.

(مَسْأَلَةٌ) وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْفَاسِقِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الشَّهَادَةِ الْعَدَالَةُ لِمَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِي هَذِهِ الصِّفَاتِ وَقْتُ الْأَدَاءِ لَا وَقْتُ التَّحَمُّلِ فَلَوْ تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ وَهُوَ صَغِيرٌ عَبْدٌ كَافِرٌ ثُمَّ أَدَّاهَا بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ وَبَلَغَ وَأُعْتِقَ وَكَمُلَتْ لَهُ صِفَاتُ الشَّهَادَةِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَلَوْ تَحَمَّلَهَا فِي حَالِ عَدَالَةٍ ثُمَّ أَدَّاهَا فِي حَالِ فِسْقٍ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ أَشْهَدُوا عَلَى شَهَادَتِهِ فِي حَالِ فِسْقِهِ ثُمَّ أَدَّاهَا مَنْ عَلِمَهَا عَنْهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَ الْعَدَالَةَ لَمْ تَصِحَّ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ بِصِفَاتِهِمْ وَقْتَ إشْهَادِهِ عَلَى شَهَادَتِهِ قَالَ ذَلِكَ سَحْنُونٌ قَالَ وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِهَا عِنْدَ الْحُكْمِ فَرَدَّهَا لِمَعْنًى مِنْ هَذِهِ الْمَعَانِي ثُمَّ زَالَ مِنْ ذَلِكَ الْمَعْنَى لَمْ يَصِحَّ أَدَاؤُهَا لَهُمَا، وَلَوْ أَدَّيَاهَا لَمْ يَجُزْ لِلْحَاكِمِ الْحُكْمُ بِهَا، هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ الْحَكَمُ بْنُ عُيَيْنَةَ إنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِصِغَرٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ كُفْرٍ قُبِلَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ رُدَّتْ لِفِسْقٍ أَوْ تُهْمَةٍ لَمْ تُقْبَلْ بَعْدَ ذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ لِزَوْجَتِهِ بِشَهَادَةٍ فَتُرَدُّ ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ لَهَا فِي تِلْكَ الشَّهَادَةِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِمَعْنًى فِيهِ أَوْجَبَ رَدَّهَا فَلَمْ يَجُزْ قَبُولُهُ فِيهَا، وَإِنْ زَالَ ذَلِكَ الْمَعْنَى كَالْفِسْقِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ مَنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ عِلْمٌ لِتَحَمُّلِهَا لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيْهِ الْغَلَطُ فِيهَا وَتَرْكُ مَا هُوَ شَرْطٌ فِي صِحَّتِهَا، وَإِنَّمَا شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ مُتَحَرِّزًا فِيهَا؛ لِأَنَّ مَنْ لَمْ يَكُنْ مُتَحَرِّزًا لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيْهِ التَّخَيُّلُ مِنْ أَهْلِ التَّخْيِيلِ فَيَشْهَدُ بِالْبَاطِلِ وَلَمْ يَعْلَمْ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مُوَلًّى عَلَيْهِ؟ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَنَّ شَهَادَةَ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ تَجُوزُ إنْ كَانَ عَدْلًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَهَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ لَوْ طَلَبَ مَالَهُ أَخَذَهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ قَالَ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْبِكْرِ فِي الْمَالِ حَتَّى تُعَنِّسَ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْله تَعَالَى {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْمَوْلَى وَغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا الْوِلَايَةُ عَلَيْهِ لِقِلَّةِ مَعْرِفَتِهِ بِحِفْظِ الْمَالِ وَتَثْمِيرِهِ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ شَهَادَتِهِ مَعَ الْعَدَالَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مِنْ شَرْطِ الشَّاهِدِ أَنْ يَعْرِفَ التَّحَرُّزَ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ التَّحَرُّزِ فِي حِفْظِ مَالِهِ وَلَا يَوْثُقُ بِهِ فِي ذَلِكَ فَبِأَنْ لَا يَوْثُقُ بِهِ فِي أَدَاءِ

شَهَادَتِهِ أَوْلَى.

(فَصْلٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالشُّهُودُ عَلَى ثَلَاثَةِ: أَقْسَامٍ قِسْمٌ يَعْرِفُ الْحَاكِمُ عَدَالَتَهُ وَقِسْمٌ يَعْرِفُ فِسْقَهُ وَقِسْمٌ يَجْهَلُ أَمْرَهُ، فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ وَهُوَ مَنْ يَعْرِفُ عَدَالَتَهُ فَيَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَحْكُومِ عَلَيْهِ مَدْفَعٌ فِيهَا قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّجُلِ الْمَشْهُورِ بِالْعَدَالَةِ، وَعِنْدَ

(192/5)

. . . .

[المنتقى]

الْحَاكِمِ مَنْ مَعْرِفَتُهُ مِثْلُ مَا عِنْدَ مَنْ يُعَدِّلُهُ فَهَذَا الَّذِي عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَقْبَلَهُ، وَرَوَى يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إذَا كَانَ الْقَاضِي يَعْرِفُ الرَّجُلَ وَكَانَ يُزَكِّيهِ عِنْدَ غَيْرِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ قَاضِيًا فَهَذَا الَّذِي يَسَعُهُ قَبُولُ شَهَادَتِهِ، وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ مَنْ يَعْرِفُ فِسْقَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِشَهَادَتِهِ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهَا وَذَلِكَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَعْرِفَ الْحَاكِمُ فِسْقَهُ وَالثَّانِي أَنْ يُجْرَحَ عِنْدَهُ بِأَنَّهُ يَرْتَكِبُ مَحْظُورًا كَالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالْعَمَلِ بِالرِّبَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَدْعُو إلَى بِدْعَتِهِ وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْقُرَّاءِ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ إلَّا شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فَإِنَّهُمْ يَتَحَاسَدُونَ كَالضَّرَائِرِ. وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي شَهَادَةِ الْقُرَّاءِ بِالْأَلْحَانِ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا تَجُوزَ، وَالْبَخِيلُ الَّذِي ذَمَّهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ هُوَ الَّذِي لَا يُؤَدِّي الزَّكَاةَ فَمَنْ أَدَّى زَكَاةَ مَالِهِ فَلَيْسَ بِبَخِيلٍ وَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إنَّ شَهَادَةَ الْبَخِيلِ مَرْدُودَةٌ، وَإِنْ كَانَ مَرْضِيَّ الْحَالِ يُؤَدِّي زَكَاةَ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ سَاقِطُ الْمُرُوءَةِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ.

وَكَذَلِكَ تُرَدُّ شَهَادَةُ مَنْ يَتْرُكُ وَاجِبًا كَتَرْكِ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ حَتَّى يَخْرُجَ الْوَقْتُ الْمَشْرُوعُ لَهَا، وَأَمَّا تَرْكُ الْجُمُعَةِ فَجُرْحَةٌ فِي الْجُمْلَةِ وَاخْتُلِفَ فِي تَرْكِهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَقَالَ أَصْبَغُ هِيَ جُرْحَةٌ كَالصَّلَاةِ مِنْ الْفَرِيضَةِ فَتَرْكُهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَيُؤَخِّرُهَا عَنْ وَقْتِهَا وَهَذَا ظَاهِرُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا يَكُونُ جُرْحَةً حَتَّى يَتْرُكَهَا ثَلَاثَةً مُتَوَالِيَةً وَمِثْلُهُ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ

الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا مَا كَانَ مِنْ الْعِبَادَاتِ عَلَى الْفَوْرِ، وَأَمَّا مَا كَانَ عَلَى التَّرَاخِي فَإِنَّهَا لَا تُبْطِلُ شَهَادَتَهُ حَتَّى يَتْرُكَ ذَلِكَ الْمُدَّةَ الطَّوِيلَةَ الَّتِي يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ تَهَاوُنُهُ بِهَا مَعَ تَمَكُّنِهِ مِنْ أَدَائِهَا قَالَ سَحْنُونٌ فَمَنْ كَانَ صَحِيحَ الْبَدَنِ مُتَّصِلَ الْوَفْرِ قَدْ بَلَغَ عِشْرِينَ سَنَةً إلَى أَنْ بَلَغَ سِتِّينَ سَنَةً فَلَا شَهَادَةَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْأَنْدَلُسِ يُرِيدُ إذَا تَرَكَ الْحَجَّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَرْكُ الْمَنْدُوبِ إلَيْهِ بِمَا كَانَ مِنْهُ يَتَكَرَّرُ وَيَتَأَكَّدُ كَالْوِتْرِ وَرَكْعَتَيْ الْفَجْرِ وَتَحِيَّةِ الْمَسْجِدِ وَمَا قَدْ وَاظَبَ عَلَيْهِ النَّاسُ فَإِنْ أَخَلَّ أَحَدٌ بِفِعْلِهِ مَرَّةً أَوْ مِرَارًا لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ فَلَا يَسْقُطُ بِذَلِكَ عَدَالَتُهُ، وَأَمَّا مَنْ أَقْسَمَ أَنْ لَا يَفْعَلَ أَوْ تَرَكَهُ جُمْلَةً فَإِنَّ ذَلِكَ يُسْقِطُ شَهَادَتَهُ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَلا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ} [النور: 22] وَمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ «سَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - صَوْتَ خُصُومٍ بِالْبَابِ عَالِيَةٌ أَصْوَاتُهُمَا فَإِذَا أَحَدُهُمَا يَسْتَوْضِعُ الْآخَرَ وَيَسْتَرْفِقُهُ فِي شَيْءٍ وَهُوَ يَقُولُ وَاَللَّهِ لَا أَفْعَلُ فَخَرَجَ عَلَيْهِمَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ أَيْنَ الْمُتَأَلِّي أَنْ لَا يَفْعَلَ الْمَعْرُوفَ فَقَالَ أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَلَهُ أَيُّ ذَلِكَ أَحَبَّ» . فَوَجْهُ الدَّلِيلِ فِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْكَرَ عَلَيْهِ يَمِينَهُ بِذَلِكَ إنْكَارًا اقْتَضَى إقْلَاعَهُ عَنْهُ وَتَوْبَتَهُ مِنْهُ فَمَنْ أَصَرَّ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ وَجَبَ رَدُّ شَهَادَتِهِ، وَأَمَّا الَّذِي قَالَ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حِينَ أَخْبَرَهُ بِالْفَرَائِضِ وَاَللَّهِ لَا أَزِيدُ عَلَى هَذَا وَلَا أُنْقِصُ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى أَنْ لَا يَأْتِيَ بِنَافِلَةٍ وَلَا يَعْمَلَ شَيْئًا مِنْ الْخَيْرِ وَلَكِنَّهُ أَقْسَمَ أَنْ لَا يَفْعَلَ عَلَى وَجْهِ الْوُجُوبِ عِنْدَمَا أَخْبَرَهُ بِهِ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ وُجُوبِهِ، وَإِنْ أَجَازَ أَنْ يَفْعَلَ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ جِنْسِهِ عَلَى وَجْهِ النَّفْلِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ زِيَادَةً تُفْسِدُهُ، فَلَا يَزِيدُ عَلَى رَكَعَاتِ الصَّلَاةِ فَيُصَلِّيهَا خَمْسًا وَلَا يُنْقِصُ مِنْهَا فَيُصَلِّيهَا ثَلَاثًا، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَزِيدَ فِيهَا وَيُنْقِصَ مِنْهَا مَا لَا يُخِلُّ بِصِحَّتِهَا.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَنْ جَهِلَ الْحَاكِمُ أَمْرَهُ فَلَا يَعْرِفُهُ بِعَدَالَةٍ وَلَا فِسْقٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَتَنَاوَلَ شَهَادَةَ مَا يُعْدَمُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْعَدْلِ فِيهِ فِي الْأَغْلَبِ أَوْ مَا لَا يُعْدَمُ ذَلِكَ مِنْهُ، فَأَمَّا مَا يُعْدِمُ ذَلِكَ فِيهِ غَالِبًا مِثْلُ شَهَادَةِ أَهْلِ الرُّفْقَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا يَخْتَصُّ بِمُعَامَلَاتِ السَّفَرِ مِنْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ أَوْ كِرَاءٍ أَوْ قَضَاءٍ وَمَا

. . . .

[المنتقى]

جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ، فَأَمَّا بَيْعُ الْعَقَارِ وَالْأَمْوَالِ الَّتِي لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِبَيْعِهَا فِي السَّفَرِ فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا إلَّا الْعُدُولُ وَكَذَلِكَ مَا شَهِدَ بِهِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا يُوجِبُ الْحَدَّ أَوْ الضَّرْبَ كَالسَّرِقَةِ وَالتَّلَصُّصِ وَالزِّنَا وَالْغَصْبِ الْمُوجِبِ لِلضَّرْبِ فَلَا يُقْبَلُ فِي ذَلِكَ إلَّا أَهْلُ الْعَدَالَةِ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَةُ التَّوَسُّمِ فِي الْأَمْوَالِ لِصَلَاحِ السَّفَرِ وَاتِّصَالِ السُّبُلِ، وَرَوَى ذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ مِنْ قَوْله تَعَالَى {وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ} [يوسف: 82] ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى مَا تَدْعُو إلَيْهِ الضَّرُورَةُ فِي السَّفَرِ مِنْ قَبُولِ أَهْلِ الرُّفْقَةِ وَمَنْ لَا يَكَادُ يُوجَدُ فِيهَا غَيْرُهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا يُقْبَلُونَ عَلَى التَّوَسُّمِ وَذَلِكَ أَنْ يَتَوَسَّمَ فِيهِمْ الْحَاكِمُ الْحُرِّيَّةَ وَالْإِسْلَامَ زَادَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَالْمُرُوءَةَ وَالْعَدَالَةَ وَلَا يُمَكَّنُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مِنْ تَجْرِيحِهِمْ؛ لِأَنَّ مَنْ اجْتَرَأَ عَلَى غَيْرِ الْعَدَالَةِ لَا يُمَكَّنُ مِنْ تَجْرِيحِهِ كَالصِّبْيَانِ، وَإِنْ ارْتَابَ السُّلْطَانُ رِيبَةً قَبْلَ الْحُكْمِ فَإِنْ كَانَ سَبَبُ الرِّيبَةِ قَطْعَ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ أَوْ جَلْدَ ظَهْرٍ فَلْيَتَوَقَّفْ وَيَتَثَبَّتْ فِي تَوَسُّمِهِ فَإِنْ ظَهَرَ لَهُ نَفْيُ تِلْكَ الرِّيبَةِ وَإِلَّا أَسْقَطَهُمْ، وَلَوْ شَهِدَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ أَوْ امْرَأَةٌ أَوْ عَدَدٌ لَا تَوَسُّمَ إنَّ الَّذِينَ قُبِلُوا بِالتَّوَسُّمِ عَبِيدٌ أَوْ مَسْخُوطُونَ وَذَلِكَ قَبْلَ الْحُكْمِ فَإِنَّ السُّلْطَانَ يَتَثَبَّتُ فِيهِمْ وَيَكْشِفُ عَنْهُمْ فَإِنْ ظَهَرَ لَهُ بَعْضُ مَا قِيلَ أَمْسَكَ عَنْ إمْضَاءِ شَهَادَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ ذَلِكَ حَكَمَ بِهَا، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِمْ فَلَا تَرَدُّدَ بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا إلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَدْلَانِ أَنَّهُمَا أَوْ أَحَدُهُمَا عَلَى صِفَةٍ تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي عَدَدِ الْمُزَكِّينَ] 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا تَنَاوَلَتْ شَهَادَةُ الشَّاهِدَيْنِ مَا لَا يُعْدَمُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْعَدْلِ فِيهِ غَالِبًا فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا إلَّا بَعْدَ التَّزْكِيَةِ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ تَعْدِيلُ الشُّهَدَاءِ إلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ إلَى الْحَاكِمِ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ لِنَفْسِهِ سُمِّيَ لَهُ ذَلِكَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يُسَمَّ وَفِي ذَلِكَ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي عَدَدِ الْمُزَكِّينَ وَالْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْمُزَكَّى وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِي مَعْنَى الْعَدَالَةِ وَمَا يَلْزَمُ

الْمُزَكَّى مِنْ مَعْرِفَةِ ذَلِكَ وَالْبَابُ الرَّابِعُ فِي لَفْظِ التَّزْكِيَةِ وَالْبَابُ الْخَامِسُ فِي تَكْرَارِ التَّعْدِيلِ وَمَا يَلْزَمُ مِنْهُ.
(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي عَدَدِ الْمُزَكِّينَ) وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ تَزْكِيَةٌ عَلَانِيَةٌ وَتَزْكِيَةٌ سِرِّيَّةٌ، فَأَمَّا تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يُجْزِئُ فِي التَّزْكِيَةِ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ} [البقرة: 282] وَهَذَا فِي كُلِّ شَيْءٍ إلَّا فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يَعْدِلُ كُلُّ وَاحِدٍ إلَّا بِأَرْبَعَةٍ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يَجُوزُ فِي تَعْدِيلِهِمْ مَا يَجُوزُ فِي تَعْدِيلِ غَيْرِهِمْ اثْنَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَوْ أَرْبَعَةٌ لِجَمِيعِهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَزْكِيَةُ السِّرِّ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلْحَاكِمِ رَجُلٌ عَرَفَ دِينَهُ وَفَضْلَهُ وَمَيَّزَهُ وَتَحَرُّزَهُ لَا يَعْرِفُهُ أَحَدٌ سِوَى الْحَاكِمِ فَيَبْحَثُ عَنْ أَحْوَالِ النَّاسِ وَيَكْتَتِمُ بِذَلِكَ، فَإِذَا كَلَّفَهُ الْقَاضِي أَنْ يَتَعَرَّفَ لَهُ حَالَ شَاهِدٍ تَسَبَّبَ إلَى ذَلِكَ بِالْبَحْثِ وَالسُّؤَالِ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ بِهِ أَحَدٌ ثُمَّ يُعْلِمُ الْحَاكِمَ بِمَا عِنْدَهُ مِنْ ذَلِكَ فَهَذِهِ تَزْكِيَةُ السِّرِّ.
(فَرْعٌ) وَكَمْ عَدَدُ الْمُزَكِّينَ فِي السِّرِّ فِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يَكْفِي فِي ذَلِكَ الرَّجُلُ الْوَاحِدُ الْعَدْلُ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا أُحِبُّ أَنْ يُسْأَلَ فِي السِّرِّ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ.
وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا يُقْبَلُ فِي السِّرِّ إلَّا اثْنَانِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ نَائِبٌ عَنْ الْحَاكِمِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ انْفِرَادَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا شَهَادَةٌ فِي تَعْدِيلٍ كَتَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْأَفْضَلُ فِي التَّعْدِيلِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُكْتَفَى بِتَعْدِيلِ الْعَلَانِيَةِ دُونَ تَعْدِيلِ السِّرِّ، وَقَدْ يُجْزِي تَعْدِيلُ السِّرِّ عَنْ تَعْدِيلِ

. . . .

[المنتقى]

الْعَلَانِيَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَعْدِيلَ السِّرِّ لَا يَجْتَزِي فِي ذَلِكَ السَّائِلُ إلَّا بِالْخَبَرِ الْفَاشِي الْمُتَكَرِّرِ الْمُتَحَقِّقِ الَّذِي يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ لِلْمُسْتَخْبِرِ، وَلِذَلِكَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ إلَى أَحَدٍ، وَأَمَّا تَعْدِيلُ الْعَلَانِيَةِ فَيُقْبَلُ فِي ذَلِكَ شَاهِدَانِ فَلَا يَقْوَى قُوَّةَ مَا يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ، وَلِذَلِكَ يُعْذَرُ فِيهِ إلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَإِذَا أَمْكَنَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ

الْأَمْرَيْنِ فَهُوَ أَوْلَى لِيَسْتَوِيَ فِي تَعْدِيلِهِ السِّرُّ وَالْجَهْرُ، وَإِنْ اقْتَصَرَ فِي الرَّجُلِ الْمَشْهُورِ الْفَضْلِ بِتَزْكِيَةِ السِّرِّ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِمَا عَلَيْهِ مِنْ الْغَضَاضَةِ بِمُطَالَبَتِهِ بِالتَّزْكِيَةِ وَالتَّوَقُّفِ فِي قَبُولِ شَهَادَتِهِ حَتَّى يُزَكَّى فَإِنْ لَمْ تُعْلَمْ حَالَتُهُ بِالسُّؤَالِ فِي السِّرِّ عَنْ أَمْرِهِ وَلَمْ يُوجَدْ مَنْ يُخْبِرُ بِذَلِكَ عَنْهُ إلَّا الرَّجُلَانِ وَالثَّلَاثَةُ اُضْطُرَّ فِي أَمْرِهِ إلَى تَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ وَاجْتُزِئَ بِهَا فِي الَّذِي لَمْ تُشْتَهَرْ عَيْنُهُ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ يَكْفِي فِي ذَلِكَ أَنْ يُزَكَّى فِي السِّرِّ أَوْ الْعَلَانِيَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْمُزَكَّى]

(الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْمُزَكَّى) رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ لَا يَجُوزُ تَعْدِيلُ الرَّجُلِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا حَتَّى يُعْرَفَ وَجْهُ التَّعْدِيلِ وَرَوَاهُ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِهِ عَنْهُ لَا تُقْبَلُ تَزْكِيَةُ الْأَبْلَهِ مِنْ النَّاسِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ يَجُوزُ تَعْدِيلُهُ وَلَا يَجُوزُ فِي التَّعْدِيلِ إلَّا الْمُبَرَّزُ النَّافِذُ الْفَطِنُ الَّذِي لَا يُخْدَعُ فِي عَقْلِهِ وَلَا يُسْتَزَلُّ فِي رَأْيِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَعْرِفَةَ أَحْوَالِ النَّاسِ وَمَعْرِفَةَ الْجَائِزِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِهِ مِمَّا يَخْفَى وَلَا يَعْلَمُهُ إلَّا آحَادُ النَّاسِ وَأَهْلُ الْمَيْزِ وَالْحِذْقِ مِنْهُمْ، وَأَمَّا دَفْعُ عَقْدٍ إلَى شَاهِدٍ يَشْهَدُ فِيهِ بِمَا يُشْهِدُهُ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ فِي بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ فَذَلِكَ أَمْرٌ ظَاهِرٌ يَبْعُدُ مِنْ الْخَطَأِ وَالْمُخَادَعَةِ لِمَنْ لَهُ أَقَلُّ مَعْرِفَةٍ وَأَيْسَرُ جُزْءٍ مِنْ التَّحَرُّزِ.

(فَرْعٌ) وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُعَدَّلَانِ غَيْرَ مَعْرُوفَيْنِ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَيُزَكَّيَانِ عِنْدَهُ إذَا كَانَ شَاهِدُ الْأَصْلِ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ غَرِيبًا جَازَ ذَلِكَ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَرِيبَ قَدْ يَكُونُ مَجْهُولَ الْحَالِ فِي الْبَلَدِ فَلَا يَعْرِفُ عَدَالَتَهُ إلَّا مَنْ يَعْرِفُ الْحُكْمَ فَيَحْتَاجُ أَنْ يُعْرَفَ بِهِ، وَأَمَّا الْمُسَاكِنُ بِالْبَلَدِ فَحَالُهُ فِي الْأَغْلَبِ مَعْلُومَةٌ كَحَالِ الْمُزَكَّى لَهُ فَلَا يُقْبَلُ فِي تَزْكِيَتِهِ إلَّا أَهْلُ الْعَدَالَةِ عَلَى مَا وَصَفْنَا قَبْلَ هَذَا.

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي مَعْنَى الْعَدَالَةِ وَمَا يَلْزَمُ الْمُزَكَّى مِنْ مَعْرِفَةِ ذَلِكَ] 1

مَنْ لَا يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَطْلُبُ فِيهِ التَّزْكِيَةَ قَالَ سَحْنُونٌ يُزَكِّيهِ عِنْدَهُ مَنْ يَعْرِفُ بَاطِنَهُ كَمَا يَعْرِفُ ظَاهِرَهُ، مَنْ صَحِبَهُ الصُّحْبَةَ الطَّوِيلَةَ وَعَامَلَهُ بِالْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ قَالَ مَالِكٌ كَانَ يُقَالُ لِمَنْ مَدَحَ رَجُلًا أَصَحِبْته فِي سَفَرٍ أَخَالَطْته فِي مَالٍ قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَصْحَبُ الرَّجُلَ شَهْرًا فَلَا يَعْلَمُ مِنْهُ إلَّا خَيْرًا لَا يُزَكِّيهِ بِهَذَا وَهُوَ كَبَعْضِ مَنْ يُجَالِسُك وَلَيْسَ هَذَا بِاخْتِبَارٍ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الشَّاهِدِ لَا يَعْرِفُهُ الْقَاضِي بِعَدَالَةٍ وَلَا فَسَادٍ إلَّا أَنَّهُ مِمَّنْ يَحْضُرُ

الصَّلَوَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ قَالَ سَحْنُونٌ يَعْرِفُهُ بِظَاهِرٍ جَمِيلٍ مِنْ أَهْلِ الْمَسَاجِدِ وَالْجِهَادِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ وَيَطْلُبُ فِيهِ التَّزْكِيَةَ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يُزَكِّيهِ بِذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ التَّزْكِيَةَ تَفْتَقِرُ إلَى أَنْ يَعْرِفَ الْمُزَكَّى مِنْ حَالِ الشَّاهِدِ مَا ذَكَرْنَاهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ سَحْنُونٍ مَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَارِفَ بَعْضَ الذَّنْبِ كَالْأَمْرِ الْخَفِيفِ مِنْ الزَّلَّةِ وَالْفَلْتَةِ فَمِثْلُ هَذَا لَا يَمْنَعُ مِنْ عَدَالَتِهِ قَالَ مَالِكٌ مِنْ النَّاسِ مَنْ لَا تُذْكَرُ عُيُوبُهُمْ يَكُونُ عَيْبُهُ خَفِيفًا وَالْأَمْرُ كُلُّهُ حَسَنٌ وَلَا يُعْصَمُ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ اللَّاعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ، وَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ إلَّا مِمَّنْ لَا يُقَارِفُ شَيْئًا مِنْ الْعُيُوبِ مَا قُبِلَتْ لِأَحَدٍ شَهَادَةٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُزَكَّى الشَّاهِدُ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْ الْقَاضِي قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ مَشْهُورُ الْعَيْنِ وَالِاسْمِ عِنْدَ الْقَاضِي وَالْمُزَكَّى مَعْرُوفُ الْعَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ

(195/5)

. . . .

[المنتقى]

كَذَلِكَ فَلَا يُزَكَّى إلَّا عَيْنُهُ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ يَصِحُّ أَنْ يُزَكِّيَ الْمُزَكِّي رَجُلًا لَا يَعْرِفُ اسْمَهُ.

وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ زَكَّاهُ عَلَى عَيْنِهِ وَأَنَّ هَذَا أَمْرٌ يَقِلُّ وَيَنْدُرُ إذَا كَانَ لَا يَصِحُّ تَزْكِيَتُهُ لَهُ إلَّا بَعْدَ الْمُدَاخَلَةِ فِي السَّفَرِ وَالْحَضَرِ وَالْمُعَامَلَةِ الطَّوِيلَةِ بِالْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ وَيَكُونُ مَعَ ذَلِكَ لَا يَعْرِفُ اسْمَهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِكُنْيَةٍ كَأَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ وَأَبِي بَكْرِ بْنِ عَبَّاسٍ أَوْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ لَقَبٌ قَدْ رَضِيَهُ كَأَشْهَبَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَاسْمُهُ مِسْكِينٌ وَكُنْيَتُهُ أَبُو عَمْرٍو وَأَشْهَبُ لَقَبٌ، وَكَذَلِكَ سَحْنُونٌ اسْمُهُ عَبْدُ السَّلَامِ وَكُنْيَتُهُ أَبُو سَعِيدٍ وَسَحْنُونٌ لَقَبٌ فَمِثْلُ هَذَا يُمْكِنُ فِيهِ مَا قَالَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنِّي أَقُولُ إنَّ الْجَهْلَ بِاسْمِهِ يُؤَثِّرُ فِي تَزْكِيَتِهِ، وَإِنَّمَا يَقِلُّ مَعَ مَا شُرِطَ مِنْ سَبَبِ مَعْرِفَتِهِ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِي لَفْظِ التَّزْكِيَةِ وَحُكْمِهَا]

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي لَفْظِ التَّزْكِيَةِ وَحُكْمِهَا) قَدْ قَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْهُ فِي الْمُزَكَّى يَقُولُ لَا أَعْلَمُ إلَّا خَيْرًا قَالَ مَالِكٌ وَيَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَلَا يَعْلَمُ مِنْهُ إلَّا خَيْرًا وَلَا يَجُوزُ هَذَا قَالَ سَحْنُونٌ وَلَا يُجْزِئُهُ أَنْ يَقُولَ هُوَ صَالِحٌ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ يُجْزِئُهُ فِي ذَلِكَ لَفْظُ الْعَدْلِ وَالرِّضَى.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ كُلُّ لَفْظٍ كُنِّيَ بِهِ عَنْ الْعَدْلِ وَالرِّضَى فَإِنَّهُ يُجْزِئُ، وَإِنَّمَا اُخْتِيرَ لَفْظُ الْعَدْلِ وَالرِّضَى لِأَنَّهُ الَّذِي وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] ، وَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٌ {مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282] قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ مِنْ الْعَدْلِ وَالرِّضَى حَتَّى يَجْمَعَهُمَا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِمَعْنَى الْعَدَالَةِ وَأَنَّ الِاخْتِيَارَ لَفْظُ الْعَدَالَةِ وَالرِّضَى فَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ يُجْزِئُهُ أَنْ يَقُولَ أَرَاهُ عَدْلًا رِضًى وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ وَأَعْلَمُهُ عَدْلًا رِضًى جَائِزَ الشَّهَادَةِ وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إذَا قَالَ لَا أَعْلَمُهُ إلَّا عَدْلًا رِضًى قَالَ سَحْنُونٌ وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ حَتَّى يَقُولَ إنَّهُ عَدْلٌ رِضًى وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ التَّعْدِيلَ إخْبَارٌ عَمَّا يُعْتَقَدُ فِيهِ مِنْ الصِّدْقِ لِمَا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ الْأَحْوَالِ الْمَرْضِيَّةِ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُقْطَعَ عَلَى مَغِيبِهِ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ التَّزْكِيَةُ وَأَنَّ الرِّضَى وَالْعَدَالَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ أَحْوَالِهِ وَذَلِكَ مَقْطُوعٌ بِهِ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي تَكْرِيرِ التَّعْدِيلِ وَمَا يَلْزَمُ مِنْهُ] 1

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي تَكْرِيرِ التَّعْدِيلِ وَمَا يَلْزَمُ مِنْهُ) قَدْ رَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ يَشْهَدُ فَيُزَكَّى ثُمَّ يَشْهَدُ ثَانِيَةً قَالَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالتَّزْكِيَةِ الْأُولَى وَلَيْسَ النَّاسُ كُلُّهُمْ سَوَاءً مِنْهُمْ الْمَشْهُورُونَ بِالْعَدَالَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَغْمِصُ مِنْهُ النَّاسُ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ أَمَّا الَّذِي لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ فَإِنَّهُ يُؤْتَنَفُ فِيهِ تَعْدِيلٌ ثَانٍ، وَأَمَّا الْمَشْهُورُ بِالْعَدَالَةِ فَالتَّعْدِيلُ الْأَوَّلُ يُجْزِئُ فِيهِ حَتَّى يُجْرَحَ بِأَمْرَيْنِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ عَلَيْهِ ائْتِنَافُ تَعْدِيلٍ إلَّا أَنْ يَغْمِزَ فِيهِ بِشَيْءٍ أَوْ يَرْتَابَ مِنْهُ وَلَا يَزِيدُهُ طُولُ ذَلِكَ إلَّا خَيْرًا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ الَّذِي لَيْسَ بِمَشْهُورِ الْعَيْنِ وَلَا مَشْهُورِ الْعَدَالَةِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ أَحْوَالٌ خَفِيَتْ عَنْ الْمُعَدِّلِينَ وَرُبَّمَا يَتَعَذَّرُ تَجْرِيحُهُ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِخَفَاءِ عَيْنِهِ وَقِلَّةِ الْعِلْمِ بِهِ فَيُؤْتَنَفُ فِيهِ التَّعْدِيلُ لِيُحَقَّقَ أَمْرُهُ وَيُسْتَبْرَأَ حَالُهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحُكْمَ الْأَوَّلَ بِتَعْدِيلِهِ بَاقٍ لَا يَنْقُضُهُ التَّجْرِيحُ وَالِارْتِيَابُ فَلَا يَلْزَمُ تَجْدِيدُ حُكْمٍ آخَرَ فِيهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ يُؤْتَنَفُ فِيهِ التَّعْدِيلُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ شَهِدَ مَرَّةً ثَانِيَةً بَعْدَ زَمَانِ الْخَمْسِ سِنِينَ وَنَحْوِهَا فَلْيُسْأَلْ عَنْهُ الْمُعَدِّلُ الْأَوَّلُ فَإِنْ كَانَ قَدْ مَاتَ عُدِّلَ مَرَّةً أُخْرَى وَإِلَّا لَمْ يَفْعَلْ.

وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ الثَّانِيَةُ قَرِيبَةً مِنْ الْأَشْهُرِ وَشِبْهِهَا وَلَمْ يَطُلْ جِدًّا لَمْ يُكَلَّفْ تَزْكِيَةً، وَإِنْ كَانَ قَدْ طَالَ فَلْيَكْشِفْ عَنْهُ ثَانِيَةً طَلَبَ ذَلِكَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ

(196/5)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ)

[المنتقى]

وَالسَّنَةُ كَثِيرٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ الَّذِي يُكَلَّفُ تَعْدِيلَهُ؟ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَسْأَلُهُ مَنْ يُعَدِّلُهُ فَإِنْ لَمْ يَأْتِهِ بِذَلِكَ فَلَا يَقْبَلُهُ قَالَ سَحْنُونٌ وَلَا يَطْلُبُ التَّزْكِيَةَ مِنْ الشَّاهِدِ وَذَلِكَ عَلَى الْخَصْمِ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يُجِيزَ الْحُكْمَ مِمَّنْ يَعْرِفُهُ وَمَنْ يُعَدِّلُهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا هُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي فَإِذَا قُلْنَا بِذَلِكَ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يُكَلِّفُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ يُزَكِّيهِ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ فَإِنْ زَكَّاهُ وَإِلَّا رَدَّ شَهَادَتَهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282] وَإِذَا لَمْ يَعْرِفْ عَدَالَتَهُ لَمْ يَرْضَهُ.

(ش) : قَوْلُهُ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْخَصْمُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ الرَّجُلُ يُخَاصِمُ الرَّجُلَ فِي الْأَمْرِ الْجَسِيمِ مِثْلُهُ يُورِثُ الْعَدَاوَةَ وَالْحِقْدَ فَمِثْلُ هَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى خَصْمِهِ فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ وَفِي غَيْرِهِ، وَإِنْ خَاصَمَهُ فِيمَا لَا خَطْبَ لَهُ كَثَوْبٍ قَلِيلِ الثَّمَنِ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَا يُوجِبُ عَدَاوَةً فَإِنَّ شَهَادَتَهُ عَلَيْهِ فِي غَيْرِ مَا يُخَاصِمُهُ فِيهِ جَائِزَةٌ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الْخَصْمُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ الْوَكِيلُ، وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَالْوَجْهَانِ عِنْدِي مُحْتَمَلَانِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْعَدُوَّ الْمُخَاصِمَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْوَكِيلَ عَلَى خُصُومَتِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى مَا يُخَاصِمُ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَكَذَلِكَ إذَا كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَقَامَ بِهِ أَحَدٌ يَطْلُبُهُ وَيُخَاصِمُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ

فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ أَنَّ شَهَادَتَهُ جَائِزَةٌ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ النَّاسَ قَدْ جُبِلُوا عَلَى أَنَّ مَنْ خَاصَمَ فِي شَيْءٍ أَنَّ لَهُ إتْمَامَهُ وَالنَّفَاذَ فِيهِ فَلَا يُؤْمَنُ عَلَى هَذَا الْمُخَاصِمِ أَنْ يَزِيدَ فِي شَهَادَتِهِ مَا يَنْفُذُ بِهِ فِيمَا يُحَاوِلُهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّ هَذَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُتَّهَمُ أَحَدٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ الْقِيَامُ بِهِ، وَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ قَائِمٍ بِهِ لَمَا قُبِلَتْ شَهَادَةُ أَحَدٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ الْقِيَامُ بِهِ وَالْقَائِمُ بِهِ لَا يَجُرُّ بِهِ مَنْفَعَةً إلَى نَفْسِهِ فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ خُصُومَتَهُمَا مُعْتَبَرَةٌ بِالتُّهْمَةِ فِي أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَإِنْ أَدَّاهَا قَبْلَ الْخُصُومَةِ ثُمَّ حَدَثَتْ الْخُصُومَةُ قَبْلَ الْحُكْمِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ فَالصَّوَابُ عِنْدِي الْحُكْمُ بِهَا، وَإِنْ تَحَمَّلَهَا قَبْلَ الْخُصُومَةِ ثُمَّ حَدَثَتْ الْخُصُومَةُ فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ بِهَا قَبْلَ الْخُصُومَةِ ثُمَّ أَدَّاهَا بَعْدَ الْخُصُومَةِ فَهِيَ جَائِزَةٌ حَكَاهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِهِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ بِهَا وَأَدَّاهَا فِي حَالِ الْخُصُومَةِ أَوْ بَعْدَهَا بِالْقُرْبِ مِنْهَا فَهِيَ غَيْرُ جَائِزَةٍ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا مُدَّةٌ لَا تَلْحَقُ فِي مِثْلِهَا التُّهْمَةُ جَازَتْ الشَّهَادَةُ، وَإِنْ أَدَّاهَا قَبْلَ الْعَدَاوَةِ ثُمَّ حَدَثَتْ الْعَدَاوَةُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ إنَّ الشَّهَادَةَ مَاضِيَةٌ يَجِبُ الْحُكْمُ بِهَا.

(فَرْعٌ) وَقَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ يُرِيدُ لَا يَجُوزُ أَدَاؤُهَا، وَأَمَّا تَحَمُّلُهَا فَمُعْتَبَرٌ بِوَقْتِ أَدَائِهَا.

[لِلشَّهَادَةِ حَالَانِ]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ] 1

وَلِلشَّهَادَةِ حَالَانِ: حَالُ تَحَمُّلٍ وَحَالُ أَدَاءً وَإِنِّي أُفْرِدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَابًا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ) أَمَّا تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَعَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

أَحَدُهَا: تَحَمُّلُ نَقْلِهَا مِنْ الْأَصْلِ، وَالثَّانِي تَحَمُّلُ نَقْلِهَا عَنْ الشُّهُودِ، وَالثَّالِثُ تَحَمُّلُ نَقْلِ حُكْمِهَا عِنْدَ الْحَاكِمِ، فَأَمَّا تَحَمُّلُ نَقْلِهَا مِنْ الْأَصْلِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَسْمَعَ لَفْظَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِالشَّهَادَةِ لَهُ أَوْ إقْرَارَهُ، وَالضَّرْبُ الثَّانِي أَنْ يَشْهَدَ عَلَى مَا تَقَيَّدَ فِي كِتَابٍ، فَأَمَّا الضَّرْبُ الْأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ يَسْمَعَ مَا يَشْهَدُ بِهِ فَهُوَ إذَا وَعَاهُ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يَقُمْ بِالشَّهَادَةِ غَيْرُهُ وَتَجُوزُ عَلَى هَذَا شَهَادَةُ الْأَعْمَى خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ لَا تَجُوزُ مَا تَحَمَّلَ حَالَ الْعَمَى وَلِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلٍ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَالْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فِي يَدَيْهِ إلَى أَنْ تُؤَدَّى الشَّهَادَةُ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِمَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ مَنْ صَحَّ مِنْهُ مَعْرِفَةُ الْمُقِرِّ وَالْمُقَرِّ لَهُ جَازَ أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ

. . . .

[المنتقى]

بَيْنَهُمَا مَعَ الْعَدَالَةِ كَالْمُبْصِرِ وَالْأَعْمَى يَعْرِفُ ذَلِكَ بِمَعْرِفَةِ الصَّوْتِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ سَحْنُونٌ مِنْ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَطَأَ امْرَأَتَهُ بِمَعْرِفَةِ صَوْتِهَا وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى حَقِّهِ بِمَعْرِفَةِ صَوْتِ مُبَايِعِهِ وَالْمُقْتَرِضِ مِنْهُ قَالَ الْمُغِيرَةُ وَابْنُ نَافِعٍ وَسَحْنُونٌ سَوَاءٌ وُلِدَ أَعْمَى أَوْ عَمِيَ بَعْدَ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا لَمْ يَعِ جَمِيعَ مَا شَهِدَ بِهِ فَإِنْ كَانَ نَسِيَ مِنْهُ مَا لَا يُخِلُّ بِمَا حَفِظَ فَلْيَشْهَدْ بِمَا حَفِظَ وَتَيَقَّنَهُ دُونَ مَا يَشُكُّ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ نَسِيَ مَا يَخَافُ أَنْ يَكُونَ مُؤَثِّرًا لِمَا حَفِظَ وَمُغَيِّرًا لِحُكْمِهِ فَلَا يَشْهَدُ بِهِ وَهَذَا حُكْمُ الْإِقْرَارِ فِيمَنْ سَمِعَ رَجُلًا يُحَدِّثُ غَيْرَهُ بِمَا فِيهِ إقْرَارٌ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَمُرُّ بِالرَّجُلَيْنِ يَتَكَلَّمَانِ وَلَمْ يُشْهِدَاهُ فَيَدْعُوهُ أَحَدُهُمَا إلَى الشَّهَادَةِ أَنَّهُ لَا يَشْهَدُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَّا أَنْ يَسْتَوْعِبَ كَلَامَهُمَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَذَلِكَ عِنْدِي عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لِمَالِكٍ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يَشْهَدُ بِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ مَخَافَةَ الِاسْتِغْفَالِ وَالتَّحَيُّلِ عَلَى الْمُقِرِّ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ إذَا اسْتَوْعَبَ الْكَلَامَ وَلَمْ يَفُتْهُ مَا يَخَافُ أَنْ يُخِلَّ بِالْمَعْنَى.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ تَفْسِيرًا لِقَوْلِ مَالِكٍ وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَظْهَرُ لِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ قَوْلُ مَالِكٍ الْأَوَّلُ لَا يَشْهَدُ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ مَا يُقَوِّي هَذَا التَّأْوِيلَ فِيمَنْ سَمِعَ رَجُلَيْنِ يَتَنَازَعَانِ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ وَلَمْ يَشْهَدْ السَّامِعُ لَا يَشْهَدُ إلَّا أَنْ يَكُونَ قَاذِفًا.

وَقَالَ أَشْهَبُ هَذِهِ رِوَايَةٌ فِيهَا وَهْمٌ وَلْيَشْهَدْ بِمَا سَمِعَ مِنْ إقْرَارِهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُقِرُّ فَلْيُعْلِمْهُ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَقْوَالُ أَصْحَابِهِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَعْنَى وَيَرْجِعُ إلَيْهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي شَهَادَةِ الْمُخْتَفِي عَلَى الْإِقْرَارِ إذَا كَانَ الْمُقِرُّ مِمَّنْ يَخَافُ أَنْ يُخْدَعَ أَوْ يُسْتَضْعَفَ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا أَقَرَّ إلَّا لِمَا يُذْكَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَنْ لَا يُخَافُ عَلَيْهِ ذَلِكَ وَهُوَ فِي الْخَلْوَةِ يُقِرُّ وَيَجْحَدُ عِنْدَ الْبَيِّنَةِ فَعَسَى أَنْ يَلْزَمَهُ ذَلِكَ، وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ أَرَى ذَلِكَ ثَابِتًا وَسُئِلَ سَحْنُونٌ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ أَنَّ الشَّعْبِيَّ وَشُرَيْحًا كَانَا لَا يُجِيزَانِ ذَلِكَ فَظَاهِرُ مَا جَاوَبَ بِهِ مِنْ الرِّوَايَةِ الْأَخْذُ بِهَا فِي الْمَنْعِ وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الرَّجُلَيْنِ يَتَحَاسَبَانِ بِحَضْرَةِ رَجُلَيْنِ وَيَشْتَرِطَانِ عَلَيْهِمَا أَنْ لَا يَشْهَدَا بِمَا يُقِرَّانِ بِهِ فَيُقِرُّ أَحَدُهُمَا فَيَطْلُبُهُمَا الْآخَرُ بِالشَّهَادَةِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ

عَنْ مَالِكٍ يَمْتَنِعَانِ مِنْ الشَّهَادَةِ وَلَا يُعَجِّلَا فَإِنْ اصْطَلَحَ الْمُتَدَاعِيَانِ وَإِلَّا فَلْيُؤَدِّيَا الشَّهَادَةَ، وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ لَا أَرَى بِامْتِنَاعِهِمَا مِنْ الشَّهَادَةِ بَيْنَهُمَا بَأْسًا.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْحَاكِمِ بِمَا سَمِعَ مِنْ الْخُصُومِ، وَكَذَلِكَ شَهَادَةُ مَنْ تَوَسَّطَ بَيْنَ اثْنَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا سَأَلَ الْمُسْتَفْتِي فَقِيهًا عَنْ أَمْرٍ يُنَوَّى فِيهِ، وَلَوْ أَقَرَّ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَوْ أَسَرَّ بِهِ بَيِّنَةً لَمْ يُنَوَّ وَفُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَأَتَتْهُ الزَّوْجَةُ تَسْأَلُهُ عَنْ الشَّهَادَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَشْهَدُ عَلَيْهِ زَادَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَلَوْ شَهِدَ لَمْ يَنْفَعْهَا؛ لِأَنَّ إقْرَارَهُ عَلَى غَيْرِ الْإِشْهَادِ وَمَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ طَلَاقٍ أَوْ حَدٍّ مِمَّا لَا رُجُوعَ لَهُ عَنْهُ ثُمَّ أَنْكَرَ فَلْيَشْهَدْ بِهِ عَلَيْهِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْفَقِيهِ بِمَا يُسْأَلُ عَنْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إذَا شَهِدَ عَلَى مَا تَقَيَّدَ فِي كِتَابٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَخْتُومٍ أَوْ مَخْتُومًا فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَخْتُومٍ فَعِنْدِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَقْرَأَ مَا تَقَيَّدَتْ بِهِ الشَّهَادَةُ فِي آخِرِ الْعَقْدِ إنْ كَانَ يَقْرَأُ أَوْ يُقْرَأُ لَهُ إنْ كَانَ أُمِّيًّا أَوْ أَعْمَى لِيُعْلَمَ بِذَلِكَ مُوَافَقَةَ تَقْيِيدِ الشَّهَادَةِ لِمَا شَهِدَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْكِتَابُ مَخْتُومًا فَفِي الْمَعُونَةِ لِلْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى شُهُودٍ كِتَابًا مَطْوِيًّا، وَقَالَ اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ هَلْ يَصِحُّ تَحَمُّلُهُمْ لِلشَّهَادَةِ أَمْ لَا، وَكَذَلِكَ الْحَاكِمُ إذَا كَتَبَ كِتَابًا إلَى حَاكِمٍ وَخَتَمَهُ وَأَشْهَدَ الشُّهُودَ بِأَنَّهُ كِتَابُهُ وَلَمْ يَقْرَأْ عَلَيْهِمْ فَعَنْهُ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ جَائِزَةٌ وَالْأُخْرَى أَنَّهُمْ لَا يَشْهَدُونَ بِهِ إلَّا أَنْ يَقْرَؤُهُ وَقْتَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ.

فَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمْ عَلَى إقْرَارِهِ بِمَا فِي كِتَابٍ عَرَفُوهُ فَصَحَّ تَحَمُّلُهُمْ لِلشَّهَادَةِ

(198/5)

. . . .

[المنتقى]

وَأَصْلُهُ إذَا قَرَأَهُ عَلَيْهِمْ وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ لِذَلِكَ بِأَنَّ «رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَفَعَ كِتَابًا إلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَحْشٍ وَأَمَرَهُ أَنْ يَسِيرَ لَيْلَتَيْنِ ثُمَّ يَقْرَأَ الْكِتَابَ فَيَتَّبِعَ مَا فِيهِ» قَالَ وَوَجْهُ الْمَنْعِ

قَوْله تَعَالَى {وَمَا شَهِدْنَا إلا بِمَا عَلِمْنَا} [يوسف: 81] ، وَإِذَا لَمْ يَقْرَءُوا الْكِتَابَ لَمْ يَعْلَمُوا مَا يَشْهَدُونَ بِهِ فَلَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمْ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي حَالِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي حَالِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ) أَمَّا حَالُ الْأَدَاءِ فَإِنْ كَانَ يُؤَدِّي شَهَادَةً حَفِظَهَا فَحُكْمُهُ أَنْ يَكُونَ حَافِظًا لَهَا حِينَ الْأَدَاءِ إمَّا لِأَنَّهُ اسْتَدَامَ حِفْظَهَا وَإِمَّا لِأَنَّهُ قَيَّدَهَا فِي كِتَابٍ يَذْكُرُهَا مِنْهُ حَالَ الْأَدَاءِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَشُكُّ فِي صِحَّتِهِ.

وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ يَتَفَقَّدُهُ عِنْدَ نَفْسِهِ، وَقَدْ يَكُونُ فِي كِتَابٍ عَقَدَ الْمَشْهُودُ لَهُ بِهِ عَقْدًا بِمَا عُلِمَ فِي الشَّاهِدِ مِنْ ذَلِكَ، وَهَذَا يُسَمِّيهِ أَصْحَابُ الْوَثَائِقِ عَقْدَ اسْتِرْعَاءٍ، وَصِفَتُهُ أَنْ يَكْتُبَ شَهِدَ مَنْ تَسَمَّى فِي هَذَا الْكِتَابِ مِنْ الشُّهَدَاءِ أَنَّهُمْ يَعْرِفُونَ كَذَا ثُمَّ يَكْتُبُ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ وَيُسَلِّمُ الْعَقْدَ إلَى صَاحِبِهِ الْمَشْهُودِ لَهُ، فَإِذَا احْتَاجَ إلَيْهِ وَدُعِيَ الشَّاهِدُ إلَى الشَّهَادَةِ لَزِمَ الشَّاهِدَ أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ فَإِنْ كَانَ ذَاكِرًا لِجَمِيعِهِ وَيَذْكُرُ ذَلِكَ بِقِرَاءَتِهِ أَدَّى الشَّهَادَةَ عَلَى عُمُومِهَا، وَإِنْ ذَكَرَ بَعْضَهُ شَهِدَ بِمَا ذُكِرَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْهُ فَلَا يَشْهَدُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى عَقْدِ تَبَايُعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إقْرَارٍ مِمَّا لَا يَلْزَمُ الشَّاهِدَ حِفْظُهُ وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ مُرَاعَاةُ تَقْيِيدِ الشَّهَادَةِ فِي آخِرِهِ فَإِنْ كَانَ يَذْكُرُ أَنَّهُ أَشْهَدَ عَلَيْهِ وَيَعْرِفُ خَطَّهُ وَلَا يَسْتَرِيبُ بِشَيْءٍ مِنْ الْكِتَابِ فِي مَحْوٍ وَلَا بَشْرٍ وَلَا إلْحَاقٍ فَلْيُؤَدِّ الشَّهَادَةَ وَعَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَعْمَلَ بِهَا، وَإِنْ اسْتَرَابَ بِشَيْءٍ فَلَا يَشْهَدُ؛ لِأَنَّهُ شَاكٌّ فِيمَا شَهِدَ عَلَى حَقِّهِ بِمَعْرِفَةِ صَوْتِ مُبَايِعِهِ وَالْمُقْتَرِضِ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ الشَّهَادَةَ فَإِنْ مَيَّزَ خَطَّهُ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ أُشْهِدَ وَلَا أَنَّهُ كَتَبَهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ إنْ عَرَفَ خَطَّهُ وَلَمْ يَذْكُرْ الشَّهَادَةَ وَلَا شَيْئًا مِنْهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ مَحْوٌ وَلَا رِيبَةٌ فَلْيَشْهَدْ بِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي الْكِتَابِ مَحْوٌ فَلَا يَشْهَدُ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ لَا يَشْهَدُ، وَإِنْ عَرَفَ خَطَّهُ ثُمَّ يَذْكُرُ الشَّهَادَةَ أَوْ بَعْضَهَا أَوْ مَا يَدُلُّ مِنْهَا عَلَى أَكْثَرِهَا قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ وَلَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ ذَلِكَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ أَبِي حَازِمٍ وَابْنُ دِينَارٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَابْنُ وَهْبٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ بِقَوْلِهِ الْآخَرِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا ذَكَرَ أَنَّهُ كَتَبَ شَهَادَتَهُ وَعَرَفَ خَطَّهُ إلَّا أَنَّهُ لَا يَذْكُرُ مَا فِيهِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَشْهَدُ بِهَا وَلَكِنْ يُؤَدِّيهَا كَمَا عَلِمَ وَلَا يَحْكُمُ بِهَا.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا عَرَفَ خَطَّهُ فِي كِتَابٍ لَا يَشُكُّ فِيهِ وَلَا يَذْكُرُ كُلَّ مَا فِي الْكِتَابِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ أَصْحَابُنَا وَقَوْلُهُ إنَّهُ لَمْ يَرَ فِي الْكِتَابِ مَحْوًا وَلَا لَحْقًا وَلَا مَا يَسْتَنْكِرُهُ وَرَأَى الْكِتَابَ خَطًّا وَاحِدًا فَلْيَشْهَدْ بِمَا فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مِنْ الْكِتَابِ شَيْئًا وَلَا يَجِدُ النَّاسُ مِنْ هَذَا بُدًّا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَصِفَةُ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا يَشْهَدُ بِهَا وَلَكِنْ يُؤَدِّيهَا كَمَا عَلِمَ، فَفَرَّقَ بَيْنَ الْأَدَاءِ وَالشَّهَادَةِ فَكَأَنَّهُ أَشَارَ بِالشَّهَادَةِ إلَى مَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ كَامِلٌ وَيُورِدُهُ لِيَعْمَلَ بِهِ وَأَشَارَ بِالْأَدَاءِ إلَى الْإِخْبَارِ بِمَا عِنْدَهُ وَأَنَّهُ غَيْرُ كَامِلٍ فَلَا يَعْمَلُ بِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي شَهَادَةِ مَنْ رَأَى خَطَّهُ فِي كِتَابٍ وَلَا يَذْكُرُهَا يَرْفَعُهَا إلَى الْإِمَامِ عَلَى وَجْهِهَا وَلْيَقُلْ هَذَا كِتَابٌ شَبِيهُ كِتَابِي وَأَظُنُّهُ إيَّاهُ وَلَا أَذْكُرُ شَهَادَةً وَلَا أَنِّي كَتَبْتها يَحْكِي ذَلِكَ وَلَا يُقْضَى بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ مَحْوٌ وَعَرَفَ خَطَّهُ فَقَدْ يَضْرِبُ عَلَى خَطِّهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ يَشْهَدُ الَّذِي لَا يَعْرِفُ إلَّا خَطَّهُ فَيَقُولُ إنَّ مَا فِيهِ حَقٌّ وَذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ، وَإِنْ ذَكَرَ لِلْحَاكِمِ أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ مِنْ الشَّهَادَةِ شَيْئًا، وَقَدْ عَرَفَ خَطَّهُ وَلَمْ يَرْتَبْ فِي شَيْءٍ فَلَا يَقْبَلُهَا.

وَقَالَ سَحْنُونٌ يَقُولُ أَشْهَدُ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ وَهَذَا أَمْرٌ لَا يَجِدُ النَّاسُ مِنْهُ بُدًّا، وَلَوْ أَعْلَمَ الْقَاضِيَ بِذَلِكَ رَأَيْت أَنْ يُجِيزَ شَهَادَتَهُ إذَا عَرَفَ أَنَّ الْكِتَابَ خَطُّ يَدِهِ قَالَ وَجَمِيعُ أَصْحَابِنَا يَقُولُونَ شَهَادَتُهُ جَائِزَةٌ وَهَذَا عِنْدِي هُوَ الْأَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْهَدُ بِذَلِكَ حَتَّى

(199/5)

. . . .

[المنتقى]

يَعْرِفَ خَطَّهُ مَعْرِفَةً صَحِيحَةً لَا يَشُكُّ فِيهَا.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ إذَا لَمْ يَعْرِفْ عَدَدَ الْمَالِ فَذَلِكَ إلَى الْإِمَامِ يُعَرِّفُهُ الشَّاهِدُ بِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ وَمَا أَرَى ذَلِكَ يَنْفَعُ.

وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَقْضِي الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَهُ عَلَى عِدَّةِ الْمَالِ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إذَا لَمْ يَعْرِفْ عَدَدَ الْمَالِ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أُشْهِدَ مَعَ

مَعْرِفَةِ خَطِّهِ وَهَذَا عِنْدِي إِنَّمَا هُوَ الْخِلَافُ فِيمَنْ قَيَّدَ شَهَادَتَهُ بِاسْتِرْعَاءٍ عَلَى مَعْرِفَتِهِ بِمَالٍ وَعَدَدِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْحُقُوقِ ثُمَّ نَسِيَ فَهَذَا يَحْتَمِلُ الْخِلَافَ الْمَذْكُورَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُقَيِّدَ شَهَادَتَهُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ عِنْدَ تَقْيِيدِ شَهَادَتِهِ.

فَإِذَا نَسِيَ بَعْدَ ذَلِكَ تَيَقَّنَ مَا تَضَمَّنَهُ الْعَقْدُ أَوْ بَعْضَهُ وَذَكَرَ تَقْيِيدَهُ لِلشَّهَادَةِ وَعَرَفَ أَنَّهُ لَمْ يُوقِعْهَا إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ احْتَمَلَ الْوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا إِجَازَةُ شَهَادَتِهِ لِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ صِحَّتَهَا، وَالثَّانِي رَدُّ شَهَادَتِهِ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْأَدَاءِ غَيْرُ ذَاكِرٍ لَهُ.

وَقَدْ قَالَ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إذَا عَرَفَ خَطَّهُ وَأَثْبَتَ مَنْ أَشْهَدَهُ فِي دَارٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَذْكُرُ أَنَّهَا الَّتِي فِي هَذَا الْكِتَابِ لَا يَشْهَدُ حَتَّى يَثْبُتَ مَا فِي هَذَا الْكِتَابِ حَرْفًا حَرْفًا وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ عَقْدُ اسْتِرْعَاءٍ، وَأَمَّا مَا شَهِدَ فِيهِ مِنْ الْعُقُودِ فَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَصَفُّحُهُ وَلَا قِرَاءَتُهُ وَلَا يَتَصَفَّحُ مِنْهُ إِلَّا مَوْضِعَ التَّقْيِيدِ لِلشَّهَادَةِ، وَلِذَلِكَ شُهِدَ عَلَى الْحُكَّامِ بِالسِّجِلَّاتِ الْمُطَوَّلَةِ الَّتِي فِيهَا الْأَوْرَاقُ وَلَا يُقْرَأُ إِلَّا فِي الْمُدَدِ الطِّوَالِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى ذَلِكَ وَالتَّفَرُّغِ لَهُ وَرُبَّمَا اجْتَمَعَ النَّفَرُ الْكَثِيرُ لِلْإِشْهَادِ مِنْهُ، وَإِنْ لَزِمَ كُلَّ إِنْسَانٍ قِرَاءَتُهُ وَتَصَفُّحُهُ وَتَحَفُّظُهُ لَتَعَذَّرَ الْإِشْهَادُ فِيهِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قِرَاءَتُهُ وَلَا مَعْرِفَةُ مَا فِيهِ حِينَ تَقْيِيدِ شَهَادَتِهِ فَبِأَنْ لَا يَلْزَمَهُ ذَلِكَ حِينَ الْأَدَاءِ أَوْلَى، وَمَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ قَوْلِهِ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا غَيْرُ لَازِمٍ أَنَّهُ إِخْبَارٌ عَنْ شَهَادَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَلَا يَقُولُ أَحَدٌ إِنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَعْلُومِ غَيْرُ جَائِزَةٍ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الشَّهَادَةِ بِمَا لَمْ يُعْلَمْ وَالْآيَةُ لَا تَتَضَمَّنُ حُكْمَ هَذَا وَأَيْضًا فَإِنَّا نَقُولُ بِمُوجَبِ ذَلِكَ فَإِنَّ الشَّاهِدَ إِنَّمَا يَشْهَدُ بِمَا يَعْلَمُهُ مِنْ صِحَّةِ تَقْيِيدِهِ الشَّهَادَةَ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْوَجْهِ اللَّازِمِ فِي ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ حُكْمِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا يَعْلَمُ وَيَقْطَعُ بِهِ فَإِنْ شَكَّ فِي شَيْءٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَأَمَّا مَنْ دُعِيَ إِلَى شَهَادَةٍ فَلَمْ يَذْكُرْهَا زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَقَالَ عِنْدَ الْقَاضِي لَا أَذْكُرُهَا ثُمَّ ذَكَرَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ أَيَّامٍ فَشَهِدَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ يُقْبَلُ مِنْهُ إِنْ كَانَ مُبَرَّزًا لَا يُتَّهَمُ وَلَمْ يَمُرَّ مِنْ طُولِ الزَّمَنِ مَا يُسْتَنْكَرُ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ إِنْ قَالَ أَخِّرُونِي لِأَتَفَكَّرَ وَأَنْظُرَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ إِنْ كَانَ مُبَرَّزًا، وَإِنْ قَالَ مَا عِنْدِي عِلْمٌ ثُمَّ رَجَعَ فَأَخْبَرَ بِعِلْمِهِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ وَأَجَازَهَا ابْنُ نَافِعٍ فِي الْمُبَرَّزِ فِي الْقُرْبِ وَجْهُ إِجَازَتِهَا أَنَّهُ إِنَّمَا أَخْبَرَ بِأَنْ لَا عِلْمَ لَهُ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَذَلِكَ لَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ عَلِمَ ذَلِكَ قَبْلَهُ فَإِذَا تَذَكَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ عِلْمُهُ بِهِ جَازَتْ شَهَادَتُهُ كَمَا لَوْ تَقَيَّدَتْ شَهَادَتُهُ فِي عَقْدٍ أُشْهِدَ عَلَيْهِ فَإِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ يَنْسَى ذَلِكَ فَإِذَا وَقَفَ عَلَى الْعَقْدِ وَرَأَى خَطَّهُ يَذْكُرُ شَهَادَتَهُ وَجَازَ أَدَاؤُهُ لَهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ بِرَدِّهَا إِنَّ قَطْعَهُ بِنَفْيِ عِلْمِهِ ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَيْسَ عِنْدَهُ أَصْلٌ وَلَا سَبَبٌ يَتَذَكَّرُ مِنْهُ قَالَ

ابْنُ حَبِيبٍ إنَّمَا هَذَا إذَا سُئِلَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَوْ سُئِلَ الْمَرِيضُ عِنْدَ نَقْلِهَا عَنْهُ، فَأَمَّا فِي غَيْرِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فَلَا يَضُرُّهُ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِرَدِّ شَهَادَتِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ إنْ قَالَ كُلُّ شَهَادَةٍ أَشْهَدُ بِهَا بَيْنَكُمَا زُورٌ لَمْ يَضُرَّهُ ذَلِكَ وَلْيَشْهَدْ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مَنْ قَالَ لِخَصْمٍ مَا أَشْهَدُ عَلَيْك بِشَيْءٍ ثُمَّ شَهِدَ عَلَيْهِ يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهُ وَلَا يَضُرُّهُ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَهَذَا عِنْدَ الْحُكْمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ إذَا وَعَدَهُ أَنْ لَا يُقِيمَ عَلَيْهِ الشَّهَادَةَ ثُمَّ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ إلَى الْوَاجِبِ مِنْ إقَامَتِهَا عَلَيْهِ أَوْ يَكُونُ نَسِيَ الشَّهَادَةَ ثُمَّ ذَكَرَهَا فَأَدَّاهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إسْحَاقَ مَنْ شَهِدَ وَحَلَفَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ.

[مَحَلُّ نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ الشُّهُودِ وَفِيهَا بَابَانِ]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ مُعَيَّنِينَ]

، وَأَمَّا مَحَلُّ نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ الشُّهُودِ فَفِيهَا بَابَانِ أَحَدُهُمَا نَقْلُهَا عَنْ شُهَدَاءَ مُعَيَّنِينَ وَالْبَابُ الثَّانِي فِي نَقْلِهَا عَنْ شُهَدَاءَ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ

(200/5)

. . . .

[المنتقى]

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ مُعَيَّنِينَ) فَأَمَّا نَقْلُهَا عَنْ الْمُعَيَّنِينَ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُنْقَلُ عَنْهُ مُتَيَقِّنًا لِمَا أَشْهَدَ بِهِ غَيْرَ شَاكٍّ فِي شَيْءٍ مِنْهُ فَمَنْ شَكَّ فِي ذَلِكَ أَوْ نَسِيَهُ لَمْ يَصِحَّ نَقْلُهَا عَنْهُ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَنُصُّ شَهَادَتَهُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَنْقُلَهَا عَنْهُ حَتَّى يُشْهِدَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُخْبِرَ قَدْ تَرَكَ التَّحَرُّزَ وَالِاسْتِيعَابَ لِلشَّهَادَةِ وَالْمُؤَدِّي لِلشَّهَادَةِ يَتَحَرَّزُ فِيهَا وَيُؤَدِّيهَا أَدَاءً يَقْتَضِي الْعَمَلَ بِهَا وَأَدَاءُ الشَّاهِدِ شَهَادَتَهُ إلَى مَنْ يَنْقُلُهَا عَنْهُ كَأَدَائِهَا إلَى الْحَاكِمِ، وَلَوْ أَنَّ الْحَاكِمَ سَمِعَهُ يَنُصُّ عَلَيْهِ وَلَا يُؤَدِّي الشَّهَادَةَ عِنْدَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْعَمَلُ بِهَا فَكَذَلِكَ النَّاقِلُ لَهَا عَنْهُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ غَيْرِهِ وَلَمْ يُشْهِدْهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ وَاحْتِيجَ إلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُقِرِّ عَلَى نَفْسِهِ وَيَحْتَمِلُ هَذَا عِنْدِي الْخِلَافَ الَّذِي بَيْنَ أَصْحَابِ مَالِكٍ فِيمَنْ سَمِعَ رَجُلًا شَهِدَ عِنْدَ قَاضٍ بِشَهَادَةٍ ثُمَّ مَاتَ الْقَاضِي أَوْ عُزِلَ فَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يَنْقُلُ الشَّهَادَةَ. وَقَالَ مُطَرِّفٌ فِي الْوَاضِحَةِ يَنْقُلُ ذَلِكَ إذَا سَمِعَهُ يُؤَدِّيهَا عِنْدَ ذَلِكَ الْقَاضِي وَتَكُونُ شَهَادَةً عَلَى شَهَادَةٍ قَالَ أَصْبَغُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ حَتَّى يُشْهِدَهُ أَوْ يُشْهِدَ عَلَى قَبُولِ الْقَاضِي لِتِلْكَ الشَّهَادَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ أَصْبَغُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ نَقْلُ الشَّهَادَةِ عَنْ الشَّاهِدِ الْغَائِبِ أَوْ الْمَرِيضِ الْحَاضِرِ إذَا كَانَتْ غَيْبَةُ الشَّاهِدِ بَعِيدَةً حَكَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ إلَّا الْمَرْأَةَ فَإِنَّهُ يَنْقُلُ شَهَادَتَهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً صَحِيحَةً رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ وَلَمْ أَرَ بِالْمَدِينَةِ قَطُّ امْرَأَةً قَامَتْ بِشَهَادَتِهَا عِنْدَ الْحَاكِمِ وَلَكِنَّهَا تُحْمَلُ عَنْهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يَلْزَمَهَا مِنْ السَّتْرِ عُذْرٌ يُسْقِطُ فَرْضَ الْجُمُعَةِ فَأَبَاحَ تَحَمُّلَ الشَّهَادَةِ عَنْهَا كَالْمَرَضِ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا الْغَيْبَةُ الْقَرِيبَةُ كَالْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لَا تُنْقَلُ شَهَادَتُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَغِيبَ عَنْ مَكَانِهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ، وَأَمَّا مَنْ كَانَ بَيْنَ مَوْضِعِهِ وَمَوْضِعِ الْقَاضِي مَسِيرَةُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهَا عِنْدَ ذَلِكَ الْقَاضِي وَيَصِحُّ نَقْلُهَا عَنْهُ وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ إذَا كَانَ الشَّاهِدُ عَلَى مِثْلِ مَا تُقْصَرُ فِيهِ الصَّلَاةُ السِّتِّينَ مِيلًا وَنَحْوَهَا لَمْ يُشَخَّصْ الشُّهُودُ مِنْ مِثْلِ ذَلِكَ وَيُشْهَدُ عِنْدَهُ مَنْ يَأْمُرُ بِهِ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ وَيَكْتُبُ بِمَا أَشْهَدُوا لَهُ بِهِ عِنْدَهُ إلَى الْقَاضِي قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنَّمَا يَنْقُلُ عَنْهُمْ الشَّهَادَةَ إذَا بَعُدَتْ غَيْبَتُهُمْ مَنْ يَعْرِفُ الْغَيْبَةَ بَعْدَ مُدَّةٍ لَا بِأَثَرِ غَيْبَتِهِمْ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ بِأَثَرِ غَيْبَتِهِمْ عَلَى مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ وَلَا يُؤْمَنُ رُجُوعُهُمْ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا مَنْ كَانَ عَلَى بَرِيدٍ أَوْ بَرِيدَيْنِ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي شَهَادَتَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ أَغْنِيَاءَ يَجِدُونَ نَفَقَةً وَرُكُوبًا فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يَقُومُ لَهُمْ بِذَلِكَ الْمَشْهُودُ لَهُ فَإِنْ فَعَلَ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُمْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَذَلِكَ إذَا كَانَ أَمْرًا خَفِيفًا فَإِنْ كَثُرَ لَمْ أُجِزْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا فِيهِ مِنْ الرِّشْوَةِ وَالْمَنْفَعَةِ الَّتِي لَا تَلْزَمُ الْمَشْهُودَ لَهُ وَيَلْزَمُ الشَّاهِدَ لِمَا عَلَيْهِ مِنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالْقِيَامِ بِهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ} [الطلاق: 2] ، وَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٌ {وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ} [البقرة: 283] فَإِنْ لَمْ يَجِدْ الشُّهُودُ نَفَقَةً وَلَا مَرْكُوبًا جَازَ لِلْمَشْهُودِ لَهُ أَنْ يَقُومَ بِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا مُؤْنَةٌ لَا تَلْزَمُ الشُّهُودَ فَلَمْ تُبْطِلْ شَهَادَتُهُمْ تَكْلِيفَ الْمَشْهُودِ لَهُ كَسَائِرِ نَفَقَاتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ اُسْتُنْهِضَ الشُّهُودُ إلَى مَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ لِيُعَايِنُوا حُدُودَ أَرْضٍ وَصِفَتَهَا فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ لَا بَأْسَ أَنْ يَرْكَبُوا دَوَابَّ الْمَشْهُودِ لَهُ

وَيَأْكُلُوا طَعَامَهُ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ مِنْ سُؤَالِ ابْنِ حَبِيبٍ فِي الشَّاهِدِ يَأْتِي مِنْ الْبَادِيَةِ يَشْهَدُ لِرَجُلٍ فَيَنْزِلُ عِنْدَهُ فِي ضِيَافَتِهِ حَتَّى يَخْرُجَ لَا تُرَدُّ بِذَلِكَ شَهَادَتُهُ إذَا كَانَ عَدْلًا وَهَذَا خَفِيفٌ يُرِيدُ أَنَّ هَذَا أَمْرٌ مُعْتَادٌ دُونَ مُكَارَمَةٍ مَشْرُوعَةٍ يَتَقَارَضُ فِيهَا النَّاسُ وَلَعَلَّ هَذَا الْأَمْرَ قَدْ كَانَ جَرَى بَيْنَهُمْ قَبْلَ هَذَا.

(فَصْلٌ) :

وَمِمَّا يَتَّصِلُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ فَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ لَا تَجُوزُ

(201/5)

. . . .

[المنتقى]

الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْمَوَّازِ وَاخْتَارَهُ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّهِ وَلَا يُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ أَقَلُّ مِنْ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَيَحْلِفُ الطَّالِبُ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ.

وَقَالَهُ سَحْنُونٌ، وَقَالَ أَصْبَغُ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ الْغَائِبِ أَوْ الْمَيِّتِ قَوِيَّةٌ فِي الْحُكْمِ بِهَا وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمَوَّازِ لِلْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَسْمَعَهُ يَنُصُّ شَهَادَتَهُ تِلْكَ وَلَا يُسَوِّغُ نَقْلُ الشَّهَادَةِ عَنْهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِجَوَازِ الشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ إنَّمَا تَجُوزُ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً حَيْثُ يَجُوزُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ إنَّمَا تَجُوزُ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً حَيْثُ يَجُوزُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ قَالَهُ أَصْبَغُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا شَهَادَةٌ مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهَا نَاقِصَةُ الرُّتْبَةِ كَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ قَالَ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَسْمَعَ الْمُقِرَّ يَنُصُّ إقْرَارَهُ فَتَصِحُّ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا الْجَوَازُ وَالْأُخْرَى الْمَنْعُ وَجْهُ الْمَنْعِ مَا قَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ

لَا أَرَى أَنْ يُقْضَى بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ بِمَا أَحْدَثَ النَّاسُ مِنْ الضَّرْبِ عَلَى الْخُطُوطِ، وَقَدْ كَانَ فِيمَا مَضَى يُجِيزُونَ الشَّهَادَةَ عَلَى طَابِعِ الْقَاضِي وَرَأَى مَالِكٌ أَنْ لَا تَجُوزَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ فَهَلْ تَلْزَمُهُ الْيَمِينُ مَعَ هَذِهِ الشَّهَادَةِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِيهَا رِوَايَتَانِ:

إحْدَاهُمَا: يُحْكَمُ لَهُ بِمُجَرَّدِ الشَّهَادَةِ، وَالثَّانِيَةُ لَا يُحْكَمُ لَهُ حَتَّى يَحْلِفَ فَيَسْتَحِقَّ حَقَّهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ كَامِلَةٌ تَتَنَاوَلُ الْإِقْرَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى لَفْظِ الْمُقِرِّ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ فَلَمْ يَشْهَدْ لَهُ عَلَيْهِ إلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا يُحْكَمُ لَهُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ وَالثَّانِيَةُ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِذَلِكَ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى مَا يَثْبُتُ بِهِ إقْرَارُ الْمُقِرِّ بِالْمَالِ فَأَشْبَهَتْ لَفْظَ الشَّهَادَةِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لَا تَتَنَاوَلُ الْمَالَ، وَإِنَّمَا تَتَنَاوَلُ مَعْنًى يَجُرُّ إلَيْهِ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الْوَكَالَةِ فِي الْمَالِ وَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي نَقْلِ الشَّهَادَةِ عَنْ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ) أَمَّا نَقْلُ الشَّهَادَةِ عَنْ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ وَهِيَ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّمَاعِ فَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ مَالِكٍ وَهِيَ مُخْتَصَّةٌ بِمَا تَقَادَمَ زَمَنُهُ تَقَادُمًا يَبِيدُ فِيهِ الشُّهُودُ وَتُنْسَى فِيهِ الشَّهَادَاتُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَتَخْتَصُّ بِمَا لَا يَتَغَيَّرُ حَالُهُ وَلَا يَنْتَقِلُ الْمَوْتُ فِيهِ كَالْمَوْتِ وَالنَّسَبِ وَالْوَقْفِ الْمُحَرَّمِ، فَأَمَّا الْمَوْتُ فَإِنَّمَا يُشْهَدُ فِيهِ عَلَى السَّمَاعِ فِيمَا بَعُدَ مِنْ الْبِلَادِ، وَأَمَّا مَا قَرُبَ مِنْ الْبِلَادِ أَوْ الشَّهَادَةُ بِبَلَدِ الْمَوْتِ فَإِنَّمَا هُوَ شَهَادَةٌ عَلَى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ وَمَا تَقَرَّرَ مِنْ الْعِلْمِ، وَإِنْ كَانَ سَبَبُ هَذِهِ الشَّهَادَاتِ السَّمَاعَ إلَّا أَنَّ لَفْظَ شَهَادَةِ السَّمَاعِ إنَّمَا يَنْطَلِقُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ عَلَى مَا يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَلِذَلِكَ لَا يُؤَدِّي شَهَادَتَهُ عَلَى أَنَّهُ سَمِعَ سَمَاعًا فَاشِيًا مَا يَنُصُّهُ مِنْ شَهَادَتِهِ، وَأَمَّا إذَا تَوَاتَرَ الْخَبَرُ حَتَّى وَقَعَ لَهُ الْعِلْمُ فَإِنَّمَا يَشْهَدُ عَلَى عِلْمِهِ فَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا مَاتَ وَأَنَّ فُلَانًا ابْنَهُ يَرِثُهُ فَلَا يُطْلِقُونَ عَلَى هَذَا النَّوْعِ شَهَادَةَ سَمَاعٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى السَّمَاعِ فِي النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي شَهَادَةِ السَّمَاعِ فِي النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ، فَأَكْثَرُ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِالْوَلَاءِ وَالنَّسَبِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقْضَى لَهُ بِالْمِيرَاثِ وَلَا يَجُرُّ بِذَلِكَ وَلَاءٌ وَلَا يَثْبُتُ لَهُ نَسَبٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ أَمْرٌ انْتَشَرَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَشْهَدُ أَنَّ نَافِعًا مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ، فَمِثْلُ هَذَا يَجُرُّ بِهِ الْوَلَاءُ وَالنَّسَبُ يُرِيدُ إذَا بَلَغَ

مِنْ التَّوَاتُرِ بِحَيْثُ يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ فَيَشْهَدُ عَلَى عِلْمِهِ وَلَا يُضِيفُ شَهَادَتَهُ إلَى السَّمَاعِ وَفِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ قِيلَ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَفَنَشْهَدُ أَنَّك ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَا نَعْرِفُ أَبَاك وَلَا أَنَّك

(202/5)

. . . .

[المنتقى]

ابْنُهُ إلَّا بِالسَّمَاعِ قَالَ نَعَمْ يُقْطَعُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ وَيَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ وَيُبَيِّنُ ذَلِكَ مَا قَالَهُ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ لَا يَجُوزُ عَلَى النَّسَبِ إلَّا شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ أَوْ مِنْ جِهَةِ تَوَاتُرِ الْخَبَرِ أَنَّ هَذَا فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ مِثْلُ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ فَيَثْبُتُ بِهَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى السَّمَاعِ غَيْرُ الشَّهَادَةِ بِالْعِلْمِ الْوَاقِعِ بِالْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ إنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى السَّمَاعِ مِنْ مَعْنَى الْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنَّ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فِي السَّمَاعِ مِنْ عَدَدٍ غَيْرِ مَحْصُورٍ؛ لِأَنَّهُ قَالَ يَقُولُ الشَّاهِدُ فِي أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَمْ أَزَلْ أَسْمَعُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ أَهْلَ الْعَدْلِ فِيمَنْ سَمِعَ مِنْهُمْ فَلَمْ تَخْتَصَّ الْمَسْأَلَةُ عَلَى مَذَاهِبِ شُيُوخِنَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَإِذَا شُهِدَ لِلْمَرْأَةِ بِضَرَرِ زَوْجِهَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ بِالسَّمَاعِ مِنْ الْأَهْلِ وَالْجِيرَانِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ فِي الْخُلْعِ وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ عَاصِمٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ إلَّا عَنْ الْعُدُولِ إلَّا فِي الرَّضَاعِ فَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ الْعُدُولُ عَنْ لَفِيفِ الْقَرَابَةِ وَالْأَهْلِ وَالْجِيرَانِ وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا عُدُولًا كَالنِّسَاءِ وَالْخَدَمِ فَهَذَا أَيْضًا يَحْتَاجُ إلَى تَأَمُّلٍ وَنَظَرٍ، وَهُوَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَشْهَدَ بِذَلِكَ رَجُلَانِ فَيَجِبُ أَنْ يَشْهَدَا بِعِلْمِهِمَا عَلَى مَا تَقَرَّرَ عِنْدَهُمَا مِنْ الْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ الَّذِي لَا يُرَاعَى فِيهِ عَدَالَةٌ وَلَا إسْلَامٌ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ عَلَى فُشُوِّ هَذَا الْمَعْنَى مَعَ شَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ عَلَى الرَّضَاعِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي شَهَادَةِ السَّمَاعِ بِالْوَلَاءِ وَالْمَوَارِيثِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ ذِكْرِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا لَا يَنْتَقِلُ كَالْوَلَاءِ وَالنَّسَبِ وَالْوَقْفِ الْمُؤَبَّدِ وَذَكَرَ فِي شَهَادَةِ السَّمَاعِ بِالنِّكَاحِ قَوْلَيْنِ قَالَ فَوَجْهُ قَوْلِهِ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ أَنَّهُ ثَابِتٌ لَا يَتَغَيَّرُ إذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَأَشْبَهَ الْوَلَاءَ وَالْوَقْفَ الْمُؤَبَّدَ، وَوَجْهُ قَوْلِهِ لَا يُقْبَلُ فِيهِ أَنَّ أَصْلَهُ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ بِدَلِيلِ جَوَازِ التَّنَقُّلِ فِيهِ فَكَانَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الْأَمْلَاكِ وَالَّذِي تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ شَهَادَةَ السَّمَاعِ يُقْطَعُ بِهَا فِي الْوَلَاءِ وَالنَّسَبِ وَالصَّدَقَاتِ الَّتِي طَالَ زَمَنُهَا، وَالصَّدَقَاتُ تَكُونُ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْوَقْفِ.

وَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ تَجُوزُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ فِيمَا تَقَادَمَ عَهْدُهُ مِنْ الْأَشْرِبَةِ وَالْحِيَازَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَالْأَحْبَاسِ وَشِبْهِ ذَلِكَ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا أُمُورٌ تَتَقَادَمُ وَيَبِيدُ شُهُودُهَا فَصَحَّتْ الشَّهَادَةُ فِيهَا عَلَى السَّمَاعِ كَالْأَحْبَاسِ وَلِابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا فِي غَائِبٍ قَدِمَ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَارٍ أَنَّهَا لِأَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ وَأَثْبَتَ الْمَوَارِيثَ فَأَتَى مَنْ هَذِهِ فِي يَدِهِ بِبَيِّنَةٍ عَلَى السَّمَاعِ أَنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا يَسْمَعُونَ هُمْ أَوْ مَنْ نَقَلُوا عَنْهُ مِنْ الْعُدُولِ أَنَّهَا لِأَبِ الْحَائِزِ أَوْ لِجَدِّهِ بِشِرَاءٍ مِنْ أَبِ الْقَائِمِ أَوْ جَدِّهِ أَوْ بِصَدَقَةٍ مَا خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ حَتَّى مَاتَ وَوَرِثَهَا وَرَثَتُهُ وَيَذْكُرُونَ وَرَثَةَ كُلِّ مَيِّتٍ أَنَّهُ يُقْضَى بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا فَإِنْ قَالُوا نَعْلَمُ أَنَّهَا بِيَدِ أَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ لَا يَعْلَمُونَ بِمَاذَا لَمْ تَتِمَّ الشَّهَادَةُ، وَقَالَهُ مَالِكٌ وَأَشْهَبُ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا النِّكَاحُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ سَحْنُونٍ قَالَ جُلُّ أَصْحَابِنَا يَقُولُونَ فِي النِّكَاحِ إذَا انْتَشَرَ خَبَرُهُ فِي الْجِيرَانِ أَنَّ فُلَانًا تَزَوَّجَ فُلَانَةَ وَسَمِعَ الزِّفَافَ فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ فُلَانَةَ زَوْجَةُ فُلَانٍ زَادَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَلَمْ يَحْضُرْ النِّكَاحَ، وَكَذَلِكَ فِي الْمَوْتِ يَسْمَعُ النِّيَاحَةَ وَرُبَّمَا لَمْ يَشْهَدْ الْجِنَازَةَ فَإِذَا كَثُرَ الْقَوْلُ بِذَلِكَ فَيَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا مَاتَ وَلَمْ يَحْضُرْ الْمَوْتَ، وَكَذَلِكَ النَّسَبُ، وَكَذَلِكَ الْقَاضِي يُوَلَّى الْمِصْرَ وَلَا يَحْضُرُ وِلَايَتَهُ إلَّا بِمَا يَسْمَعُ مِنْ النَّاسِ وَرُبَّمَا رَآهُ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ فَلْيَشْهَدْ أَنَّهُ كَانَ قَاضِيًا، وَقَدْ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ قَوْمٌ عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهَا زَوْجَةُ فُلَانٍ إذَا كَانَ يَحُوزُهَا بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ تَزْوِيجُهُ إيَّاهَا قَبْلَ أَنْ يُولَدَ الشُّهُودُ فَهَذِهِ الشَّهَادَةُ أَدْخَلَهَا شَيْخُنَا فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى السَّمَاعِ لَمَّا كَانَ السَّمَاعُ سَبَبَهَا، وَإِنَّمَا هِيَ شَهَادَةٌ بِالْعِلْمِ، وَلِذَلِكَ لَا يُضِيفُهَا الشَّاهِدُ إلَى سَمَاعِهِ، وَإِنَّمَا هِيَ شَهَادَةٌ بِالْعِلْمِ يُضِيفُهَا إلَى عِلْمِهِ.

(فَرْعٌ) إذَا

. . . .

[المنتقى]

ثَبَتَ ذَلِكَ فَمِنْ شَرْطِ شَهَادَةِ السَّمَاعِ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا سَمَاعًا فَاشِيًا مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَغَيْرِهِمْ، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا تَصِحُّ شَهَادَةُ السَّمَاعِ حَتَّى يَقُولَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَغَيْرِهِمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَا وَلَا يُسَمُّوا مَنْ سَمِعُوا مِنْهُ فَإِنْ سَمَّوْا خَرَجَتْ عَنْ شَهَادَةِ السَّمَاعِ إلَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ.

(فَرْعٌ) وَيُجْزِئُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى السَّمَاعِ رَجُلَانِ وَمَا كَثُرَ أَحَبُّ إلَيْنَا قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى السَّمَاعِ وَفِي الْقَبِيلِ مِائَةٌ مِنْ أَنْسَابِهِمْ لَا يَعْرِفُونَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ إلَّا بِأَمْرٍ يَفْشُو وَيَكُونُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ إلَّا أَنْ يَكُونَا شَيْخَيْنِ قَدِيمَيْنِ قَدْ بَادَ جِيلُهُمَا فَتَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا.

1 –

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا إنَّ شَهَادَةَ السَّمَاعِ تَخْتَصُّ بِمَا تَقَادَمَ مِنْ الزَّمَانِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ تَجُوزُ فِي الْخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً وَنَحْوِهَا لِتَقَاصُرِ أَعْمَارِ النَّاسِ قَالَهُ أَصْبَغُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا تُقْبَلُ فِي الْخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً شَهَادَةٌ عَلَى السَّمَاعِ إلَّا فِيمَا تَقَادَمَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قَوْلُهُ وَلَا ظَنِينٍ فَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ الْمُتَّهَمُ الَّذِي يُظَنُّ بِهِ غَيْرُ الصَّلَاحِ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ هُوَ الْمُتَّهَمُ فَكُلُّ مَنْ اُتُّهِمَ فِي شَهَادَتِهِ بِمَيْلٍ لَمْ يُحْكَمْ بِهَا، وَإِنْ كَانَ مُبَرَّزًا فِي الْعَدَالَةِ إلَّا أَنَّ التُّهْمَةَ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا رَدُّ الشَّهَادَةِ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا جَرُّ الْمَالِ، وَالثَّانِي لِدَفْعِ الْمَعَرَّةِ أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فِي جَرِّ الْمَالِ فَإِنَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَشْهَدَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ مِمَّنْ يَرْغَبُ فِي كَثْرَةِ مَالِهِ، وَالضَّرْبُ الثَّانِي أَنْ يَشْهَدَ لِمَنْ يَنَالُهُ مَعْرُوفُهُ، فَأَمَّا مَنْ يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ لَهُ خَاصَّةً أَوْ لَهُ وَلِغَيْرِهِ فَإِنْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ لَهُ خَاصَّةً فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي أَنَّ شَهَادَتَهُ غَيْرُ جَائِزَةٍ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ لِنَفْسِهِ هِيَ مُجَرَّدُ الدَّعْوَى وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ أَحَدٌ بِدَعْوَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ شَهِدَ فِي حَقٍّ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي رَجُلَيْنِ لَهُمَا مَالٌ عَلَى رَجُلٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِنِصْفِ الْمَالِ لِصَاحِبِهِ أَنَّ شَهَادَتَهُ مَرْدُودَةٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا مُشْتَرَكًا فَإِنَّ النِّصْفَ الَّذِي لِشَرِيكِهِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، وَلَوْ قَبَضَهُ شَرِيكُهُ لِسَاهَمِهِ فِيهِ فَقَدْ عَادَ الْأَمْرُ إلَى أَنَّهُ شَهِدَ لِنَفْسِهِ فَإِنْ اقْتَسَمَا الْحَقَّ قَبْلَ الشَّهَادَةِ جَازَتْ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ لَيْسَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ شَهِدَ شَهَادَةً لَهُ فِيهَا حَقٌّ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ وَصِيَّةً أَوْ غَيْرَ وَصِيَّةٍ فَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةً وَكَانَ لَهُ فِيهَا مَالٌ كَثِيرٌ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ لَهُ وَلَا لِغَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ إحْدَاهَا لَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا لِغَيْرِهِ وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَالثَّانِيَةُ لَا يَجُوزُ لَهُ وَيَجُوزُ لِغَيْرِهِ وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَالثَّالِثَةُ وَهِيَ رِوَايَةُ الْمُدَوَّنَةِ يَجُوزُ لَهُ وَلِغَيْرِهِ وَبِهَذَا قَالَ مُطَرِّفٌ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ شَهِدَ لَهُ بِحَقٍّ لَهُ فِيهِ حَظٌّ فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ مِنْ غَيْرِ الْوَصِيَّةِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ التُّهْمَةَ إنَّمَا تَخْتَصُّ بِهِ وَلَا تُهْمَةَ فِي شَهَادَتِهِ لِغَيْرِهِ فَتَبْطُلُ شَهَادَتُهُ لَهُ وَتَصِحُّ لِغَيْرِهِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ أَنَّ كُلَّ شَهَادَةٍ لَمْ تُبْطِلْ بَعْضَهَا تُهْمَةٌ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ جَمِيعُهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ لِغَيْرِهِ دُونَهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِجَوَازِهَا فِي الْقَلِيلِ فَكَمُّ الْقَلِيلِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ فِي شَاهِدَيْنِ أَوْصَى إلَيْهِمَا رَجُلٌ وَأَشْهَدَهُمَا فِي ثُلُثِهِ أَنَّ ثُلُثَهُ لِلْمَسَاكِينِ وَثُلُثَهُ لِجِيرَانِهِ وَثُلُثَهُ لَهُمَا هَذَا يَسِيرٌ وَيَجُوزُ لَهُمَا وَلِغَيْرِهِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ مَعْنَاهُ إنْ كَانَ الْمَالُ كَثِيرًا مِمَّا لَهُ بَالٌ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا لِغَيْرِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ شَهِدَ فِي غَيْرِ وَصِيَّةٍ لِحَقٍّ لَهُ وَلِغَيْرِهِ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِنَا لَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا لِغَيْرِهِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ لَهُ فِيهَا حَقٌّ وَلِغَيْرِهِ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي لَهُ يَسِيرٌ جِدًّا، وَكَذَلِكَ لَمْ يُتَّهَمْ عَلَيْهِ فَإِذَا قُلْنَا بِالرِّوَايَةِ الْأُولَى فَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ إذَا أَجَزْنَاهَا أَنَّ الْمُتَوَفَّى مُتَيَقَّنٌ انْتِقَالُهُ عَنْ مِلْكِهِ وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْوَرَثَةِ إلَّا بَعْدَ سَلَامَتِهِ مِنْ الْوَصِيَّةِ وَوَقْتُ

. . . .

[المنتقى]

انْتِقَالِهِ إلَى الْوَرَثَةِ وَإِلَى الْمُوصَى لَهُ بِهِ وَاحِدٌ وَهُوَ وَقْتُ وَفَاتِهِ فَلَمْ تَتَنَاوَلْ الْوَصِيَّةُ إخْرَاجَ شَيْءٍ عَنْ مِلْكٍ مُتَقَرِّرٍ، وَإِنَّمَا تَنَاوَلَتْ تَوَجُّهَهُ إلَى جِهَةٍ مُسْتَحَقَّةٍ بَعْدَ زَوَالِ الْمِلْكِ عَنْهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الدَّيْنُ فَإِنَّمَا شُهِدَ بِهِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ وَتَقَرَّرَ مِلْكُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَجَازَ أَنْ يُؤَثِّرَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مَا لَا يُؤَثِّرُ فِي الدَّيْنِ لِضَعْفِ حَالِ الْمِلْكِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ وَقُوَّتِهِ فِي الدَّيْنِ، وَلِذَلِكَ لَوْ شُهِدَ عَلَى مَيِّتٍ أَنَّهُ أَوْصَى لِغَيْرِ مُعَيَّنِينَ لَحُكِمَ لِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ شُهِدَ عَلَى حَيٍّ أَنَّهُ وَهَبَ مَالَهُ لِغَيْرِ مُعَيَّنِينَ لَمَا حُكِمَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ يَرْغَبُ فِي كَثْرَةِ مَالِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَرْغَبَ فِي كَثْرَةِ مَالِهِ لِلشَّفَقَةِ وَالْقَرَابَةِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لِمَا يَخْتَصُّ بِالشَّاهِدِ مِنْ الْمَنْفَعَةِ، فَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَكَشَهَادَةِ الْآبَاءِ لِلْأَبْنَاءِ وَالْأَبْنَاءِ لِلْآبَاءِ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّهُ قَالَ وَيَدْخُلُ فِي قَوْلِ عُمَرَ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ شَهَادَةُ الْأَبَوَيْنِ لِلْوَلَدِ وَأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ وَهَذَا مَذْهَبُ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ وَرُوِيَ عَنْ مَنْ لَا يُعْتَدُّ بِخِلَافِهِ تَجُوزُ شَهَادَةُ الْآبَاءِ لِلْأَبْنَاءِ وَالْأَبْنَاءِ لِلْآبَاءِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ حَدِيثُ عُمَرَ هَذَا.

وَقَدْ اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى تَصْحِيحِهِ وَالْأَخْذِ بِهِ وَلَا نَعْلَمُ بِتُهْمَةٍ أَقْوَى مِنْ كَلَفِ الْآبَاءِ بِالْأَبْنَاءِ وَمَحَبَّةِ الْأَبْنَاءِ فِي الْآبَاءِ وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ إنَّمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِنَفْسِهِ لِلتُّهْمَةِ وَمِنْ النَّاسِ مَنْ تَكُونُ مَحَبَّتُهُ لِبَنِيهِ تَرْبُو عَلَى مَحَبَّتِهِ لِنَفْسِهِ أَوْ تُقَارِبُهَا فَيَجِبُ أَنْ لَا تَجُوزَ شَهَادَتُهُ اهـ.

وَقَدْ حَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ ابْنِ الْمُلَاعَنَةِ لِمَنْ نَفَاهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُتَّهَمُ عَلَى أَنَّهُ يُرِيدُ اسْتِمَالَتَهُ لِيَسْتَلْحِقَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ الَّذِي لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ مِنْ ذِي الْقَرَابَةِ الْأَبَوَانِ وَالْجَدُّ وَالْجَدَّةُ وَالْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ مِنْ ذُكُورٍ وَإِنَاثٍ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ وَتَجُوزُ شَهَادَةُ مَنْ وَرَاءَ هَؤُلَاءِ مِنْ الْقَرَابَاتِ وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ شَهَادَةِ الْأَخِ لِأَخِيهِ وَابْنِ أَخِيهِ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا لَا تَجُوزُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ عَلَى شَرْطٍ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الشَّرْطِ فَفِي

كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مُبَرَّزًا وَقِيلَ يَجُوزُ إذَا لَمْ تَنَلْهُ صِلَتُهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ يَجُوزُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مُبَرَّزًا فَيَجُوزُ فِي الْكَثِيرِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَرَابَةَ الْأُبُوَّةِ وَالنُّبُوَّةِ آكَدُ وَالتُّهْمَةَ فِيهِمْ أَقْوَى وَجَرَتْ الْعَادَةُ بِبَسْطِ هَؤُلَاءِ فِي مَالِ بَعْضٍ، وَكَذَلِكَ الزَّوْجَةُ فَإِنَّ الزَّوْجَ يُنْفِقُ عَلَى الزَّوْجَةِ وَيَنْبَسِطُ فِي مَالِهَا، وَالْأُخُوَّةُ لَا تَبْلُغُ ذَلِكَ الْمَبْلَغَ وَلَا يَخْلُو فِي الْأَغْلَبِ مِنْ الْإِشْفَاقِ وَالْحِرْصِ عَلَى الْغِنَى فَلِذَلِكَ رُوعِيَ فِي الْأُخُوَّةِ أَحَدُ الشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْقَرَابَةِ وَالْمَوَالِي فِي الرِّبَاعِ الَّتِي يُتَّهَمُونَ بِجَرِّهَا إلَيْهِمْ أَوْ إلَى بَنِيهِمْ الْيَوْمَ أَوْ بَعْدَهُ مِثْلُ حَبْسٍ مَرْجِعِهِ إلَيْهِمْ أَوْ إلَى بَنِيهِمْ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لِابْنِ امْرَأَتِهِ وَلَا لِأَبِيهَا، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ لِابْنِ زَوْجِهَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لِزَوْجِ ابْنَتِهِ وَلَا لِزَوْجَةِ ابْنِهِ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُك لَهُ فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُك لِمَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَك؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ قَوِيَّةٌ فِي مَنَافِعِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ مَنْ كَانَ وَفْرُهُ وَفْرَ الشَّاهِدِ وَغِنَاهُ غِنًى لَهُ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لَهُ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ قَوِيَّةٌ فِي مَنَافِعِهِ، وَأَمَّا مَنْ لَيْسَ غِنَاهُ غِنًى لِلشَّاهِدِ فَإِنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ جَائِزَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَنْ يُرْغَبُ فِي غِنَاهُ لِمَنْفَعَتِهِ فَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالْأَبُ يَجِبُ عَلَى ابْنِهِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ أَوْ أَجِيرٌ يُنْفِقُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَنْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ إذَا شَهِدَ لَهُ جَرَّ إلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ نَفْعًا وَالزَّوْجَةُ تَنْبَسِطُ فِي مَالِ زَوْجِهَا فَتَجُرُّ إلَى نَفْسِهَا بِذَلِكَ نَفْعًا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ لِمَنْ يَنَالُهُ مِنْهُ مَعْرُوفٌ فَإِنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ

. . . .

[المنتقى]

يَكُونَ الْمَعْرُوفُ مُتَكَرِّرًا مُعْتَادًا وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْمَعْرُوفُ مُتَعَيِّنًا، فَأَمَّا الْمَعْرُوفُ الْمُعْتَادُ فَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ الْقَرَابَةُ كَالْأَخِ يَكُونُ فِي عِيَالِ أَخِيهِ أَوْ تَحْتَ نَفَقَتِهِ أَوْ يَتَكَرَّرُ عَلَيْهِ مَعْرُوفُهُ فَهَذِهِ تُهْمَةٌ تُوجِبُ رَدَّ شَهَادَتِهِ لَهُ، وَأَمَّا الصَّدِيقُ الْمُلَاطِفُ الَّذِي يَنَالُهُ مَعْرُوفُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ مَقْبُولَةٌ وَالثَّانِيَةُ أَنَّهَا مَرْدُودَةٌ فَإِنْ قُلْنَا إنَّهَا مَقْبُولَةٌ فَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَخِ أَنَّ الْمَعْرُوفَ يَقْتَرِنُ بِالْأُخُوَّةِ وَالْقَرَابَةِ فَتَقْوَى التُّهْمَةُ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا إنَّمَا هِيَ مُجَرَّدُ الْمَعْرُوفِ وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ قَبُولَ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الْغَنِيَّ وَذَا الْمَعْرُوفِ لَوْ لَمْ تُقْبَلْ لَهُ إلَّا شَهَادَةُ مَنْ لَا يَنَالُهُ مَعْرُوفُهُ لَرُدَّتْ لَهُ شَهَادَاتُ أَكْثَرِ النَّاسِ وَلَاقْتَضَى ذَلِكَ مَنْعَهُ مَعْرُوفَهُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ هَذَا مِمَّنْ يَنَالُهُ مَعْرُوفُهُ وَيَتَكَرَّمُ عَلَيْهِ فَلَمْ يُقْبَلْ لَهُ شَهَادَةٌ كَالْأَخِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمَعْرُوفُ الْمُعَيَّنُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مُسْتَدَامًا وَالثَّانِي أَنْ يَخْتَصَّ بِوَقْتِ الشَّهَادَةِ، فَأَمَّا الْمُسْتَدَامُ فَكَشَهَادَةِ الْعَامِلِ لِرَبِّ الْمَالِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا إنْ كَانَ شَغَلَ الْمَالَ فِي سِلَعٍ فَشَهَادَتُهُ لَهُ مَقْبُولَةٌ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا فَشَهَادَتُهُ مَرْدُودَةٌ، وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ الْحَسَنِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ عَيْنًا فَشَهَادَتُهُ مَقْبُولَةٌ، وَإِنْ كَانَ مَعْدُومًا فَشَهَادَتُهُ مَرْدُودَةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّهُ إذَا شَغَلَ الْمَالَ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهِ أَخْذُهُ فَارْتَفَعَتْ التُّهْمَةُ وَمَا يُتَوَقَّعُ مِنْ أَخْذِهِ مِنْ يَدِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ضَعِيفٌ فِي التُّهْمَةِ لِبُعْدِ الْأَمَدِ وَعَدَمِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ كَوْنَ الْمَالِ بِيَدِ الْعَامِلِ وَجْهٌ لِكَسْبِهِ فَيُتَّهَمُ فِي شَهَادَتِهِ إنْ كَانَ مُحْتَاجًا إلَى بَقَائِهِ بِيَدِهِ لِفَقْدِهِ وَبُعْدِ التُّهْمَةِ مَعَ غِنَاهُ لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْ مَالِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ لِلْمَشْهُودِ لَهُ عَلَى الشَّاهِدِ دَيْنٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَ غَنِيًّا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ زَادَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لِأَنَّهُ كَالْأَسِيرِ فِي يَدِهِ فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا أَوْ قَدْ قَرُبَ مَحِلُّهُ فَهَذَا حُكْمُهُ، وَإِنْ كَانَ إلَى أَجَلٍ بَعِيدٍ فَيَجِيءُ عَلَى مَذْهَبِ سَحْنُونٍ أَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ جَائِزَةٌ وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ شَهَادَتَهُ مَرْدُودَةٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى الْغَنِيِّ عِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ لَا يَسْتَضِرَّ بِإِزَالَةِ هَذَا الْمَالِ عَنْهُ، فَأَمَّا إنْ كَانَ عِنْدَهُ وَفَاءٌ بِهِ

وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ فَقِيرٌ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ الْعَظِيمَ يَلْحَقُهُ بِتَعْجِيلِ قَبْضِ الدَّيْنِ مِنْهُ وَلَهُ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ فِي تَأْخِيرِهِ بِهِ فَكَانَ ذَلِكَ يُشْبِهُ قُوَّتَهُ فِي رَدِّ شَهَادَتِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَا يَخْتَصُّ بِوَقْتِ الشَّهَادَةِ فَأَنْ يَقْصِدَ حِينَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ إلَى أَنْ يُعْطِيَهُ أَوْ يَصِلَهُ أَوْ يَهَبَهُ أَوْ يُحَابِيَهُ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ قَالَ هَذَا كُلُّهُ يُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ لِلْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي مِنْ التُّهْمَةِ لِدَفْعِ الْمَعَرَّةِ فَمِثْلُ أَنْ يُعَدِّلَ الرَّجُلُ ابْنَهُ أَوْ أَبَاهُ فَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِي نَقْلِ الشَّهَادَةِ فَلَا خِلَافَ أَنَّ التَّعْدِيلَ غَيْرُ مَقْبُولٍ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَجْلِبٌ بِشَهَادَتِهِ الْجَاهَ وَالرِّفْعَةَ، وَأَمَّا إنْ كَانَ فِي نَقْلِ شَهَادَةٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ وَالْمَجْمُوعَةِ إنْ كَانَ مَقْصُودُهُ نَقْلَ شَهَادَةٍ، وَلَوْ ابْتَغَى تَعْدِيلَهُ مِنْ غَيْرِ هَذَا النَّاقِلِ لَوَجَدَ ذَلِكَ فَإِنَّ التَّعْدِيلَ مَقْبُولٌ، وَإِنْ كَانَ يَتَعَذَّرُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ فَالتَّعْدِيلُ مَرْدُودٌ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ وَمُطَرِّفٌ لَا يَجُوزُ تَعْدِيلُهُ لَهُ بِوَجْهٍ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ هَذَا التَّعْدِيلَ إنَّمَا حَقِيقَتُهُ الْإِعْلَامُ بِخَبَرِهِ فَإِذَا كَانَ مَشْهُورًا بِالصَّلَاحِ وَالْخَيْرِ يُزَكَّى مِنْ غَيْرِ وَجْهٍ فَلَا تُهْمَةَ تَلْحَقُ فِي ذَلِكَ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ تَعْدِيلَ الْأَبِ ابْنَهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ بِيَسِيرِ الْمَالِ وَمَا يُوجَدُ تَعَدِّيهِ مِنْ الْجَاهِ وَالرِّفْعَةِ أَكْثَرُ مِنْ الْمَالِ فَبِأَنْ لَا تَجُوزَ شَهَادَتُهُ لَهُ بِهِ فَشَهَادَتُهُ لَهُ أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَعْدِيلُ الْأَخِ لِأَخِيهِ الَّذِي تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِي الْمَالِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَجُوزُ تَعْدِيلُهُ وَهُوَ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ أَشْهَبَ تَعْدِيلُهُ مَرْدُودٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ أَنَّ مَنْ جَازَتْ شَهَادَتُهُ لَهُ فِي الْمَالِ جَازَ تَعْدِيلُهُ لَهُ كَالْأَجْنَبِيِّ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ تَعْدِيلَهُ بِهِ شَرَفٌ وَجَاهٌ يَتَعَدَّى إلَيْهِ بِخِلَافِ

(206/5)

الْقَضَاءُ فِي شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سَأَلُوا عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ فَقَالُوا نَعَمْ إذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ

يُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ قَالَ مَالِكٌ وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} [النور: 4] {إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} [النور: 5] قَالَ مَالِكٌ فَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذِي يُجْلَدُ الْحَدَّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْت إلَيَّ فِي ذَلِكَ) .

[المنتقى]

الْمَالِ الَّذِي هُوَ مَقْصُورٌ عَلَى مَالِكِهِ.

[الْقَضَاءُ فِي شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُمْ سُئِلُوا عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَفْظٌ عَامٌّ فِي الْحُدُودِ الَّتِي يُجْلَدُ فِيهَا مِنْ الزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالْقَذْفِ إلَّا أَنَّ إيرَادَهُ هَهُنَا يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُرِيدَ بِهِ حَمْلَهُ عَلَى عُمُومِهِ ثُمَّ يُسْتَدَلَّ عَلَى نَوْعٍ مِنْهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ فِي حَدِّ الْقَذْفِ فَيَجْعَلَهُ أَصْلًا لِجَمِيعِ الْجِنْسِ، وَالثَّانِي أَنْ يُرِيدَ الْقَذْفَ وَحْدَهُ وَيَقْصِدَ بَيَانُ حُكْمِهِ بِالْآيَةِ الَّتِي أَوْرَدَهَا؛ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَكُلُّ مَا يُوجِبُ الْجَلْدَ حَدًّا يُوجِبُ التَّفْسِيقَ وَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ رَدُّ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ يُنَافِي قَبُولَ الشَّهَادَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ} [الحجرات: 6] {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} [النور: 4] فَكُلُّ مَنْ قَذَفَ الْمُحْصَنَاتِ وَلَمْ يُثْبِتْ مَا قَذَفَ بِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ حَدُّ ذَلِكَ الْقَذْفِ وَوَجَبَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بِهِ وَالْحُكْمُ بِفِسْقِهِ فِي الظَّاهِرِ إلَيْنَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ فَقَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي قَذْفِهِ أَوْ مُشْتَبَهًا عَلَيْهِ فِي أَمْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَتَى يُحْكَمُ بِرَدِّ شَهَادَتِهِ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَسَحْنُونٌ مِنْ الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ حَتَّى يُجْلَدَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْكِتَابَيْنِ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إنْ عَجَزَ عَنْ إثْبَاتِ مَا ادَّعَاهُ وَحَقَّ عَلَيْهِ الْقَذْفُ، وَلَوْ تَابَ بَعْدَ ذَلِكَ لَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ قَبْلَ الْجَلْدِ وَبَعْدَهُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إنَّمَا يَتِمُّ الْحُكْمُ عَلَيْهِ بِكَوْنِهِ قَاذِفًا بِأَنْ يُكْمِلَ الْجَلْدَ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلَوْ أَقَرَّ الْمَقْذُوفُ وَثَبَتَ عَلَيْهِ مَا قَذَفَهُ بِهِ لَسَقَطَ الْجَلْدُ؛ لِأَنَّ طَرِيقَهُ النَّكَالُ وَيَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنْ أَنْ يَكُونَ قَاذِفًا وَذَلِكَ يَمْنَعُ التَّفْسِيقَ بِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْحُكْمَ

عَلَيْهِ بِذَلِكَ يَتِمُّ بِعَجْزِهِ عَنْ إثْبَاتِ مَا قَذَفَ بِهِ وَالْحَدُّ بَعْدَ ذَلِكَ تَطْهِيرٌ لَهُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ رَدُّ الشَّهَادَةِ كَالْكَفَّارَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا يُوجِبُ النَّكَالَ وَالتَّعْزِيرَ دُونَ الْحَدِّ فَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ كَانَتْ حَالُهُ حَسَنَةً فَوَجَبَ عَلَيْهِ نَكَالُ الشَّتْمِ أَوْ نَحْوُهُ فَلَا تُرَدُّ بِذَلِكَ شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا مَنْ لَيْسَ بِمَشْهُورِ الْعَدَالَةِ إلَّا أَنَّهُ مَقْبُولٌ وَأَتَى بِالْأَمْرِ الْعَظِيمِ مِمَّا فِيهِ النَّكَالُ الشَّدِيدُ فَلْيُنْظَرْ فِي هَذَا، وَإِنَّمَا يُعْرَفُ هَذَا عِنْدَ نُزُولِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مِنْهُ مَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ وَمِنْهُ مَا لَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ فَيُنْظَرُ فِي ذَلِكَ عِنْدَ وُقُوعِهِ عَلَى قَدْرِ الشَّاتِمِ، وَقَدْرِ مَا أَتَى بِهِ وَعَلَى حَسَبِ ذَلِكَ يُعْمَلُ فِي رَدِّ شَهَادَتِهِ وَإِمْضَائِهَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ الْأَمْرَ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذِي جُلِدَ جَلْدَ الْحَدِّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ تَجُوزُ شَهَادَتِهِ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أَنَّ مَنْ جُلِدَ فِي حَدٍّ وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ قَذْفٍ أَوْ غَيْرِهِ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَلْدِ الْحَدِّ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا نَقُولُهُ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ الْآيَةِ وَهُوَ

(207/5)

الْقَضَاءُ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ أَنْ اقْضِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فَقَالَا نَعَمْ)

[المنتقى]

قَوْله تَعَالَى {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ} [النور: 4] إلَى {رَحِيمٌ} [النور: 5] فَاسْتَثْنَى مَنْ تَابَ بَعْدَ ذَلِكَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ مَنْ تَابَ فَإِنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ كُلَّهَا تُرْفَعُ عَنْهُ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مُتَعَقِّبٌ لِجَمِيعِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْفِسْقِ فَيُعْرَفُ صَلَاحُ حَالِهِ بِالْإِقْلَاعِ عَنْ حَالِ الْفِسْقِ وَالْتِزَامِ أَحْوَالِ الْعَدَالَةِ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَالصَّلَاحِ فَالتَّزَيُّدُ فِيهِ حَتَّى يُعْرَفَ زِيَادَةُ صَلَاحِ حَالِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالصَّلَاحِ فَمَعْرِفَةُ ظُهُورِ التَّزَيُّدِ تَطُولُ وَلَيْسَ لِمَنْ كَانَ مُعْلِنًا بِالسُّوءِ؛ لِأَنَّ مَنْ عُرِفَ بِالْخَيْرِ لَا يَتَبَيَّنُ مَزِيدُهُ فِيهِ إلَّا بِالتَّزْدَادِ فِيهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَدْ كَانَ هَاهُنَا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَكَانَ رَجُلًا صَالِحًا فَلَمَّا وَلِيَ الْخِلَافَةَ ازْدَادَ خَيْرًا وَصَلَاحًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ تَوْبَتِهِ وَلَا مُؤَثِّرًا فِي قَبُولِ شَهَادَتِهِ رُجُوعُهُ عَنْ قَذْفِهِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ بِصَلَاحِ حَالِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ وَلَا يَقُولُ لَهُ الْإِمَامُ تُبْ، وَلَوْ قَالَ تُبْت لَمْ يَنْفَعْهُ ذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ لَا أَتُوبُ لَمْ يَضُرَّهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْإِنْسَانِ تُبْتُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ وَلَا يَنْقُلُهُ عَنْ حَالَةِ الْفِسْقِ حَتَّى يَظْهَرَ مِنْ أَفْعَالِهِ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَوْبَتُهُ تَكْذِيبُهُ نَفْسَهُ وَبَلَغَنِي عَنْ الْقَاضِي أَبِي الْحَسَنِ نَحْوُهُ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ هَذِهِ تَوْبَةٌ مِنْ ذَنْبٍ فَكَانَتْ بِالِاسْتِغْفَارِ وَالْعَمَلِ الصَّالِحِ كَسَائِرِ الذُّنُوبِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَعْصِيَةَ إذَا كَانَتْ بِالْأَقْوَالِ فَإِنَّ التَّوْبَةَ مِنْهَا بِالْقَوْلِ وَتَكْذِيبِ نَفْسِهِ كَالرِّدَّةِ لَمَّا كَانَتْ قَوْلًا كَانَتْ التَّوْبَةُ مِنْهَا بِتَكْذِيبِ قَوْلِهِ الْمُتَقَدِّمِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَفِي أَيِّ شَيْءٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إلَّا فِي الْقَذْفِ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ حُدَّ فِي قَذْفٍ أَوْ زِنًى قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الْقَذْفِ وَالزِّنَا وَغَيْرِهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا طُبِعَ عَلَيْهِ الْخَلْقُ أَنَّ مَنْ كَانَتْ بِهِ وَصْمَةٌ أَوْ تَوَرُّطٌ فِي أَمْرٍ حَرَصَ أَنْ يُلْحِقَ ذَلِكَ بِغَيْرِهِ مِنْ النَّاسِ لِيُسَاوُوهُ وَيُنْفَى عَنْهُ مَعَرَّةُ ذَلِكَ فَيُهْتَمُّ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى غَيْرِهِ بِمَا وَافَقَهُ لِيُسَاوِيَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ حُكْمَنَا بِعَدَالَتِهِ يَنْفِي مِثْلَ هَذِهِ التُّهْمَةِ عَنْهُ فَإِذَا قَبِلْنَا شَهَادَتَهُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْحُدُودِ وَجَبَ أَنْ نَقْبَلَ شَهَادَتَهُ فِي الْقَذْفِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[الْقَضَاءُ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ يَحْتَمِلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لِصِحَّةِ ذَلِكَ وَالثَّانِي أَنَّهُ أَنْفَذَ الْقَضَاءَ بِهِمَا فِيمَا شَهِدَ بِهِ الشَّاهِدُ اسْتَحْلَفَ الْمُدَّعِي وَقَضَى

لَهُ بِهِ وَعَلَى هَذَا عَمَلُ الْحِجَازِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ حَدِيثُ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» وَهَذَا الْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ. وَقَالَ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ النَّسَوِيُّ هَذَا إسْنَادٌ جَيِّدٌ فَإِنْ قِيلَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا حَكَمَ فِي ذَلِكَ بِشَهَادَةِ خُزَيْمَةَ بْنِ ثَابِتٍ الَّذِي جَعَلَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – شَهَادَتَهُ وَحْدَهُ شَهَادَةَ اثْنَيْنِ، وَلِذَلِكَ سُمِّيَ ذَا الشَّهَادَتَيْنِ فَالْجَوَابُ إنَّهُ لَا يَصِحُّ هَذَا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَجْعَلْ شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ كَشَهَادَةِ اثْنَيْنِ.

وَهَذَا إذَا ثَبَتَ حُكْمٌ اخْتَصَّ بِالنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَمَا اخْتَصَّ فِي أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ وَيَسْمَعُ الْبَيِّنَاتِ فِيمَا أُدُّعِيَ عَلَيْهِ يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ مَا يُشِيرُونَ إلَيْهِ لَمْ يَشْهَدْ فِيهِ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ لِلنَّبِيِّ

(208/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ أُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ)

[المنتقى]

– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَمْرٍ شَاهَدَهُ، وَإِنَّمَا شَهِدَ لَهُ بِمَا سَمِعَ مِنْهُ لِعِلْمِهِ بِصِدْقِهِ وَهَذَا لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَتَعَدَّى إلَى غَيْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلِأَنَّ مَنْ يُخَالِفُنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَا يَقُولُ إنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَلَفَ مَعَ شَاهِدِ خُزَيْمَةَ بْنِ ثَابِتٍ وَجَوَابٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّا لَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ شَهَادَةَ خُزَيْمَةَ تَتَعَدَّى إلَى غَيْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَجُزْ أَنْ يُقَالَ إنَّهُ الْمُرَادُ بِالْحَدِيثِ الَّذِي احْتَجَجْنَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَعَلَ شَهَادَتَهُ شَهَادَةَ شَاهِدَيْنِ فَلَا مَعْنَى لِلْيَمِينِ، وَحَدِيثُنَا يَقْتَضِي الْقَضَاءَ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنْ كَانَ جَعَلَ شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَغَيْرِهِ مِنْ الشُّهُودِ فَإِنْ قِيلَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى بِيَمِينِ الْمَطْلُوبِ مَعَ شَهَادَةِ الْمُدَّعِي فَبَيَّنَ بِذَلِكَ أَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ لَا تَأْثِيرَ لِشَهَادَتِهِ.

فَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ يُفِيدُ كَوْنَهُمَا مِمَّا قَضَى بِهِ وَأَنْ يَكُونَ قَضَى بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَوْ كَانَ مَا قُلْتُمُوهُ لَقَالَ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ وُجُودِ الشَّاهِدِ أَوْ قَضَى بِالْيَمِينِ وَرَدَّ شَهَادَةَ الشَّاهِدِ،

وَجَوَابٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ قَوْلَهُ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ظَاهِرُهُ أَنَّهُمَا مِنْ جَنْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَلَى مَا يَتَأَوَّلُونَهُ الْيَمِينُ فِي غَيْرِ جَنْبَةِ الشَّاهِدِ فَلَا يُقَالُ فِيهَا إنَّهَا مَعَهُ بَلْ هِيَ نَاقِضَةٌ لَهُ وَمُبْطِلَةٌ لِشَهَادَتِهِ فَإِنْ قِيلَ نَحْنُ نَقُولُ بِمُوجَبِ هَذَا فِي مَوْضِعٍ وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ حَيَوَانًا فَيَدَّعِي الْمُشْتَرِي بِهِ عَيْبًا يُنْكِرُهُ الْبَائِعُ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ يَلْزَمُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِشَاهِدٍ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرِ يَشْهَدُ لَهُ بِذَلِكَ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَنَا وَحْدَهُ فَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ الْبَيْعَ بِالْبَرَاءَةِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ مَا اشْتَرَى عَلَى الْبَرَاءَةِ فَيُحْكَمُ لَهُ بِالرَّدِّ بِشَاهِدِهِ مَعَ يَمِينِهِ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْحَدِيثَ يَقْتَضِي الْقَضَاءَ بِالتَّمْيِيزِ مَعَ الشَّاهِدِ وَهَذَا لَيْسَ بِشَاهِدٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مُخْبِرٌ عَنْ عِلْمِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ مِنْ الْعُيُوبِ الَّتِي يَسْتَوِي النَّاسُ فِي عِلْمِهَا لَمْ يُقْبَلْ فِي ذَلِكَ إلَّا شَاهِدَانِ وَجَوَابٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ الْحَدِيثَ يَقْتَضِي الْقَضَاءَ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَعَمْتُمُوهُ قَضِيَّتَانِ ثَبَتَ بِالشَّاهِدِ عِنْدَكُمْ وُجُودُ الْعَيْبِ وَثَبَتَ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي بَرَاءَتُهُ مِمَّا ادَّعَى عَلَيْهِ الْبَائِعُ مِنْ الْتِزَامِ الْبَيْعِ بِالْبَرَاءَةِ، وَهَاتَانِ قَضِيَّتَانِ قَضَى فِي إحْدَاهُمَا بِالشَّاهِدِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ الْيَمِينُ بِهَا وَقَضَى فِي الثَّانِيَةِ بِالْيَمِينِ وَلَمْ يَشْهَدْ الشَّاهِدُ بِهَا وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ الْمُدَّعِيَ أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْيَمِينُ فِي جَنْبَتِهِ ابْتِدَاءً كَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَمَا رَوَاهُ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَأَبِي سَلَمَةَ وَسُلَيْمَانَ فِي تَصْحِيحِ الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ وَالْأَمْرُ بِهِ إظْهَارٌ لِاتِّفَاقِ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ وَأَئِمَّتِهِمْ وَأَعْلَامِهِمْ عَلَى الْحُكْمِ بِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ أُحْلِفَ الْمَطْلُوبَ فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ) .

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ إذَا كَانَ مِمَّنْ يَقْتَطِعُ الْحُقُوقَ بِيَمِينِهِ وَذَلِكَ أَنَّ الْمَشْهُودَ لَهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُعَيَّنٌ وَغَيْرُ مُعَيَّنٍ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فَعَلَى ضَرْبَيْنِ: غَيْرُ مُوَلًّى عَلَيْهِ وَمُوَلًّى فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُوَلًّى عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ الَّذِي شَهِدَ لَهُ بِهِ سَوَاءٌ كَانَ مُؤْمِنًا أَوْ كَافِرًا حُرًّا أَوْ عَبْدًا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا تَسَاوَوْا فِي الْمِلْكِ وَالتَّصَرُّفِ وَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَوْا فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ: صَغِيرٌ وَكَبِيرٌ فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا وَانْفَرَدَ بِالْحَقِّ قَبْلَ شَاهِدِهِ وَاسْتُحْلِفَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْوَاضِحَةِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَإِنْ كَانَ وَارِثُ الْمَيِّتِ صَغِيرًا وُقِفَ لَهُ حَقُّهُ حَتَّى يَحْتَلِمَ فَيَحْلِفَ وَلَمْ يَذْكُرْ الْيَمِينَ وَبِهَذَا قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الصَّغِيرَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ

مِنْ أَهْلِ الْيَمِينِ ثَبَتَ الْيَمِينُ فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا لَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُرْجَى أَنْ يَزُولَ الْمَانِعُ لَهُ مِنْ الْيَمِينِ فَانْتَظَرَ ذَاكَ أَصْلُهُ الْمُغْمَى عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ فَإِذَا حَلَفَ أَبْقَى الْحَقَّ عِنْدَهُ سَوَاءٌ كَانَ ثَابِتًا فِي الذِّمَّةِ أَوْ مُعَيَّنًا حَتَّى يَبْلُغَ الصَّغِيرُ

(209/5)

. . . .

[المنتقى]

فَيَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ فَيَسْتَحِقَّ حَقَّهُ مَا فِي الذِّمَّةِ وَالْمُعَيَّنُ إنْ كَانَ بَاقِيًا فَإِنْ فَاتَ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ بِهِ لِلصَّبِيِّ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْيَمِينُ فَيَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ وَيُتْرَكُ عِنْدَهُ الْحَقُّ فَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَصَارَ مِمَّنْ يَحْلِفُ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ لَمَّا أَمْكَنَهُ ذَلِكَ وَأَخَذَ حَقَّهُ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ نَكَلَ الصَّبِيُّ بَعْدَ أَنْ بَلَغَ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهِمَا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ بِذَلِكَ قَدْ تَقَدَّمَتْ وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ يَمِينَ الْمَطْلُوبِ يَمِينُ اسْتِحْقَاقٍ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَحْلِفَ الْمُدَّعِي فَإِنْ حَلَفَ كَانَتْ أَوْلَى مِنْ هَذِهِ الْيَمِينِ لِتَقَدُّمِهَا فِي الرُّتْبَةِ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ هَذِهِ لِضَرُورَةِ تَوَقُّفِ تِلْكَ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الْمُدَّعِي صَحَّتْ يَمِينُ الْمَطْلُوبِ وَصَحَّ الْحُكْمُ لَهُ بِهَا وَكَانَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ إنَّ يَمِينَ الْمَطْلُوبِ لِتَوْقِيفِ الْحَقِّ بِيَدِهِ خَاصَّةً لَمَّا تَعَذَّرَتْ يَمِينُ الطَّالِبِ الَّتِي يَتَعَجَّلُ بِهَا حَقَّهُ فَإِذَا حَلَفَ الطَّالِبُ أَخَذَ حَقَّهُ بِشَاهِدِهِ وَيَمِينِهِ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ يَمِينَ الِاسْتِحْقَاقِ وَقُضِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ عَنْ هَذِهِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ يَمِينُهُ أَوَّلًا يَمِينَ اسْتِحْقَاقٍ لَوَجَبَ أَنْ لَا يَبْقَى بَعْدَهَا لِلْمُدَّعِي يَمِينٌ وَلَوَجَبَ إذَا نَكَلَ عَنْهَا أَنْ لَا يَنْفُذَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ وَلَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي يَمِينًا بَعْدَهَا، وَلَمَّا كَانَ إذَا حَلَفَ بَقِيَ الْحَقُّ بِيَدِهِ حَتَّى يَحْلِفَ الْمُدَّعِي فَإِذَا رَشَدَ الْمُدَّعِي وَنَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ قُضِيَ بِالْحَقِّ لِلْمَطْلُوبِ وَعُلِمَ أَنَّهَا يَمِينُ إبْقَاءِ الْحَقِّ فَيَجِبُ إذَا رَشَدَ وَنَكَلَ الطَّالِبُ أَنْ يَحْلِفَ الْمَطْلُوبُ يَمِينَ الِاسْتِحْقَاقِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَهَذَا الْأَصْلُ مُتَنَازَعٌ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ نَكَلَ الْمَطْلُوبُ أَوَّلًا غَرِمَ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ كِنَانَةَ، وَقَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ فَإِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ فَإِنْ حَلَفَ قُضِيَ لَهُ بِحَقِّهِ، وَإِنْ نَكَلَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ أَنَّهُ إنْ نَكَلَ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ وَالصَّغِيرُ بَعْدَ الرُّشْدِ وَالْبُلُوغِ رُدَّ إلَى الْمَطْلُوبِ وَنَحْوُهُ رَوَاهُ ابْنُ كِنَانَةَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُقْضَى لَهُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ حَتَّى يَقْتَرِنَ بِهِ يَمِينُهُ فَإِنْ نَكَلَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ ثَانِيَةً عَلَى الْمَطْلُوبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَحْلِفُ الصَّغِيرُ إذَا كَبِرَ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى الْبَتِّ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَا يَحْلِفُ حَتَّى يَعْلَمَ بِالْخَبَرِ الَّذِي يُتَيَقَّنُ لَهُ وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ يَحْلِفُ كَمَا يَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى مَا لَمْ يَحْضُرْ وَلَمْ يَعْلَمْ وَهُوَ لَا يَدْرِي هَلْ شَهِدَ لَهُ بِحَقٍّ أَوْ لَا فَيَحْلِفُ مَعَهُ عَلَى خَبَرِهِ وَيُصَدِّقُهُ كَمَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا شَهِدَ لَهُ بِهِ الشَّاهِدَانِ مِنْ مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ إلَّا بِقَوْلِهِمَا وَظَاهِرُ هَذَا الْقَوْلِ يَقْتَضِي أَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى مَا شَهِدَ لَهُ بِهِ شَاهِدُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَيَقَّنْ ذَلِكَ وَالصَّحِيحُ عِنْدِي وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ وَالْمَعْلُومُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ حَتَّى يَقَعَ لَهُ الْعِلْمُ بِالْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ سَوَاءٌ كَانَ الْمُخْبِرُ لَهُ عَدْلًا أَوْ غَيْرَ عَدْلٍ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ إنْ لَمْ يَبْلُغْ هَذَا الْحَدَّ امْتَنَعَ مِنْ الْيَمِينِ وَاسْتُحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا لَا يَسْتَيْقِنُهُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَصِفَةُ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى حَسَبِ مَا شَهِدَ بِهِ الشَّاهِدُ فَإِنْ شَهِدَ لَهُ الشَّاهِدُ بِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا وَلَا أَنَّهُ غَصَبَهُ كَذَا وَلَكِنْ يَحْلِفُ بِاَللَّهِ لَقَدْ أَقَرَّ لَهُ فُلَانٌ بِكَذَا قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ غَائِبًا زَادَ فِي يَمِينِهِ أَنَّ حَقَّهُ عَلَيْهِ لَبَاقٍ وَمَا عِنْدَهُ بِهِ رَهْنٌ وَلَا وَثِيقَةٌ ثُمَّ يُقْضَى لَهُ بِذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ كَبِيرًا فَإِنَّ الَّذِي فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ وَبَرِئَ، وَإِنْ نَكَلَ غَرِمَ قَالَ أَصْبَغُ كَالْعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ وَيُؤَخَّرُ السَّفِيهُ فَإِذَا رَشَدَ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ إنْ شَاءَ وَقُضِيَ لَهُ، وَإِنْ أَبَى لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ يَمِينٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا يَلْزَمُهُ الْحُدُودُ وَالطَّلَاقُ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ وَيَسْتَحِقَّ حَقَّهُ كَالرَّشِيدِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ مَنْ لَا يَحْلِفُ فِي دَفْعِ حَقٍّ عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ لَا يَحْلِفُ فِي

اسْتِحْقَاقِهِ كَالصَّغِيرِ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ أَوَّلًا وَيَبْقَى الْحَقُّ عِنْدَهُ فَإِنْ نَكَلَ أُخِذَ مِنْهُ الْحَقُّ فَإِذَا رَشَدَ السَّفِيهُ حَلَفَ وَقُضِيَ لَهُ، وَإِنْ نَكَلَ رُدَّ إلَى.

(210/5)

. . . .

[المنتقى]
الْمَطْلُوبِ، وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ، وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ نُكُولَهُ يُضْعِفُ حَقَّهُ وَيُوجِبُ قَبْضَ الْمَالِ مِنْهُ لِحَقِّ السَّفِيهِ وَالصَّبِيِّ فَإِذَا أَمْكَنَتْ أَيْمَانُهُمَا بِرُشْدِ السَّفِيهِ وَكِبَرِ الصَّغِيرِ اُسْتُحْلِفَا مَعَ شَاهِدِهِمَا فَإِنْ حَلَفَا نَفَذَ الْحَقُّ لَهُمَا، وَإِنْ نَكَلَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ نُكُولِهِمَا أَوَّلًا وَرُدَّ إلَى الْمَطْلُوبِ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ أَوَّلًا نَقَلَ الْيَمِينَ إلَى جَنْبَةِ السَّفِيهِ وَالصَّغِيرِ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ تَجِبَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَيَنْكُلُ فَيُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي فَيَنْكُلُ بِأَنَّهُ يُقْضَى لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْحَقِّ، وَلَوْ رُوعِيَ وُجُوبُ الْيَمِينِ أَوَّلًا عَلَى السَّفِيهِ وَالصَّغِيرِ وَأَنَّ يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إنَّمَا كَانَتْ لِتَأْخِيرِ أَخْذِ الْحَقِّ مِنْهُ إلَى أَنْ يَزُولَ الْمَانِعُ مِنْ الْيَمِينِ فَيُحَلِّفُ الرَّشِيدُ وَالْكَبِيرُ شَاهِدَهُمَا لَوَجَبَ إنْ نَكَلَا أَنْ تُرَدَّ الْيَمِينُ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَإِنْ حَلَفَ رُدَّ إلَيْهِ الْحَقُّ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ هِيَ الْيَمِينُ الَّتِي تَجِبُ عَلَيْهِ بِنُكُولِ الطَّالِبِ مَعَ شَاهِدِهِ، وَإِنْ نَكَلَ نَفَذَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ بِأَنَّهُ نَكَلَ عَنْ يَمِينٍ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ السَّفِيهُ مَعَ شَاهِدِهِ حَالَ سَفَهِهِ فَإِنَّهُ إنْ حَلَفَ قَبَضَ مَا اسْتَحَقَّهُ بِيَمِينِهِ النَّاظِرِ لَهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَالِاخْتِيَارُ أَنْ يَحْلِفَ وَيَقْبِضَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ فَإِذَا صَارَ إلَيْهِ قَبَضَهُ مِنْهُ مَنْ يَنْظُرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ شَيْئًا إلَّا مَنْ لَهُ قَبْضُهُ.
(فَرْعٌ) وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ وَبَرِئَ وَلَا يَمِينَ عَلَى السَّفِيهِ إذَا رَشَدَ، وَكَذَلِكَ الْبِكْرُ الْمُوَلَّى عَلَيْهَا رَوَاهُ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.
وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ لَهَا الرُّجُوعُ إلَى الْيَمِينِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرِيمُ قَدْ حَلَفَ أَوَّلًا وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ فَنَكَلَ عَنْهَا وَحُكِمَ بِالْيَمِينِ عَلَى الْمَطْلُوبِ لِنُكُولِهِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ كَالرُّشْدِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّ السَّفِيهَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ وَلَا يَجُوزُ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ نُكُولُهُ كَالصَّغِيرِ.
1 –
(فَصْلٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ لِغَيْرِ مُعَيَّنِينَ وَلَا يُحَاطُ بِعَدَدِهِمْ مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدٌ بِصَدَقَةٍ لِبَنِي تَمِيمٍ أَوْ لِلْمَسَاكِينِ أَوْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ لَا يُحْلَفُ مَعَ هَذَا الشَّاهِدِ وَلَا يُسْتَحَقُّ بِشَهَادَتِهِ حَقٌّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ مُسْتَحِقٌّ هَذَا الْحَقّ فَيَحْلِفُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ عَنْ هَذَا الْحَقّ وَيُصْرَفُ إلَى غَيْرِ مِلْكِهِ وَقَبْضِهِ، وَإِنَّمَا يَحْلِفُ فِي الْحُقُوقِ مَنْ يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ الْمِلْكَ أَوْ الْقَبْضَ وَيُطْلَبُ مِنْهُ إنْ نَكَلَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الْحَبْسُ لِغَيْرِ مُعَيَّنِينَ إلَّا أَنَّهُ يُحَاطُ بِعَدَدِهِمْ وَأُضِيفَ إلَيْهِمْ مَنْ لَا يُحْصَى مِثْلُ أَنْ يَقُولَ حَبَسْت هَذَا الْمِلْكَ عَلَى وَلَدِ زَيْدٍ وَعَقِبِهِمْ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ الَّذِي يَقُولُ أَصْحَابُنَا إنَّ كُلَّ حَبْسٍ مُسْبِلٍ وَمُعَقَّبٍ فَلَا يَصْلُحُ فِيهِ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ إذَا حَلَفَ الرَّجُلُ مِنْهُمْ نَفَذَتْ الصَّدَقَةُ لَهُمْ وَلِغَيْرِهِمْ وَغَائِبِهِمْ وَمَوْلُودِهِمْ ثُمَّ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ بَعْدَ كَلَامٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ ابْنَ وَهْبٍ وَمُطَرِّفًا وَابْنَ الْمَاجِشُونِ رَوَاهَا عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ أَهْلِ الصَّدَقَةِ رَجُلٌ وَاحِدٌ مَعَ الشَّاهِدِ وَيُثْبِتُ حَبْسًا لَهُ وَلِجَمِيعِ أَهْلِهَا، فَالظَّاهِرُ عِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الْأَقْوَالَ إنَّمَا هِيَ فِيمَنْ ذُكِرَ بِحَصْرِ عَدَدِهِ.

وَقَدْ قَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ لِمُعَيَّنٍ وَغَيْرِ مُعَيَّنٍ مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ الشَّاهِدُ أَنَّ فُلَانًا حَبَسَ عَلَى فُلَانٍ وَعَلَى عَقِبِهِ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَحِقُّ الْحَقُّ لَهُ وَلِمَنْ يَأْتِي بَعْدَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ عَدَدَ الشُّهُودِ وَجِنْسَهُمْ يَتَرَتَّبُ عَلَى مَرَاتِبِ الْحُقُوقِ وَذَلِكَ عَلَى سِتَّةِ أَضْرُبٍ فَيَثْبُتُ الزِّنَى بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَاللاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ} [النساء: 15] وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور: 4] .

(فَرْعٌ) وَأَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهَا الْعُلَمَاءُ فَرَوَى مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ فِي الْوَاضِحَةِ لَا يُجْزِئُ فِي ذَلِكَ إلَّا سِتَّةَ عَشَرَ رَجُلًا أَرْبَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إذَا شَهِدَ أَرْبَعَةُ شُهُودٍ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ فَإِنْ تَفَرَّقُوا جَازَ أَنْ يَنْقُلَ شَهَادَةَ كُلِّ وَاحِدٍ اثْنَانِ حَتَّى يَصِيرُوا ثَمَانِيَةً وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَيْنِ إحْدَاهُمَا أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ وَقِيلَ لَا يَكْفِي إلَّا الْأَرْبَعَةُ، وَإِنَّمَا الرِّوَايَتَانِ

. . . .

[المنتقى]

عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُمَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إذَا شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ حُدَّا وَجْهُ رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي الزِّنَا مُغَلَّظَةٌ بِالْعَدَدِ وَاخْتُصَّتْ بِذَلِكَ فَلِذَلِكَ اخْتَصَّتْ بِأَنْ لَا تُنْقَلَ عَنْ شَاهِدٍ لَا مَنْ لَا يَنْقُلُ عَنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَلَّظُ نَقْلُهَا مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ إلَّا بِهَذَا الْوَجْهِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قَطَعَ اللُّصُوصُ عَلَى رُفْقَةٍ فَشَهِدَ عَلَيْهِمْ مِنْهَا قَوْمٌ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ الْمُغِيرَةِ وَابْنِ دِينَارٍ لَا يَجُوزُ مِنْهُمْ أَقَلُّ مِنْ شَهَادَةِ أَرْبَعٍ فِي الْقَطْعِ وَأَمْوَالِ الرُّفْقَةِ غَيْرَ الَّذِينَ شَهِدُوا وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ لِأَنْفُسِهِمْ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ شَهَادَةُ اثْنَيْنِ جَائِزَةٌ فِي الْقَطْعِ وَفِي أَمْوَالِهِمْ وَأَمْوَالِ غَيْرِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَجُزْ فِي الْمَالِ لَمْ يَجُزْ فِي الْقَطْعِ، وَقَالَهُ مَالِكٌ وَلَا يُقْبَلُ بَعْضٌ وَيُتْرَكُ بَعْضٌ، وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ تَجُوزُ شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ مِنْهُمْ فِي الْقَطْعِ وَفِي أَمْوَالِ غَيْرِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَجُزْ فِي الْمَالِ لَمْ يَجُزْ فِي الْقَطْعِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ وَأَمْوَالُ الرُّفْقَةِ دُونَ أَمْوَالِهِمَا إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَسِيرًا فَيَجُوزُ ذَلِكَ لَهُمْ وَيَغْرَمُ كَقَوْلِ مَالِكٍ فِي الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ كَثُرَ مَالُهُمَا لَمْ يَجُزْ فِي الْقَطْعِ لِمَالِهِمَا وَلَا لِغَيْرِهِمَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي فَشَاهِدَانِ مِنْ الرِّجَالِ فِيمَا يَخْتَصُّ بِجَمِيعِ الْبَدَنِ مِنْ الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالرُّشْدِ وَالسَّفَهِ وَقَتْلِ الْعَمْدِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَكِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي لَا يَثْبُتُ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمَا بِمَا فِيهِ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ سَحْنُونٍ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْأَبْدَانِ يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا تَرْشِيدُ السَّفِيهِ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ لَا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ حَتَّى يَكُونَ ذَلِكَ فَاشِيًا وَيَجُوزُ إفْشَاءُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ، وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي شَهَادَتِهِنَّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ إنْفَاذَ الرَّجُلَيْنِ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ مِنْ حَالِهِ يَبْعُدُ وَيَتَرَتَّبُ مَعَ كَوْنِهِ مُتَصَرِّفًا بَيْنَ النَّاسِ وَلَا سِيَّمَا أَهْلُ الثِّقَةِ وَالصَّلَاحِ فَإِنَّ الرَّشِيدَ يُقْصَدُ بِمُجَالَسَتِهِ وَمُدَاخَلَتِهِ، وَلَوْ قَلَّ ذَلِكَ لَعَرَفَ النِّسَاءُ مِنْ جِيرَانِهِ وَأَهْلِ بَيْتِهِ وَمَنْ يُدَاخِلُهُمْ فَإِذَا فَشَا ذَلِكَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ جَازَ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ عِلْمُ ذَلِكَ عِنْدَ

أَحدٍ غَيْرَ الرَّجُلَيْنِ مَعَ مَا يَلْزَمُ مِنْ ظُهُورِ ذَلِكَ وَفُشُوِّهِ لَمْ تَصِحَّ الشَّهَادَةُ وَقَوْلُهُ وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي ذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – ظَاهِرُهُ عِنْدِي جَوَازُ شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي ذَلِكَ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْفُشُوِّ وَالظُّهُورِ وَذَلِكَ بِأَنْ تَجُوزَ مِنْهُنَّ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِي رَجُلٍ فِي تَرْشِيدِهِ الْمُوجِبِ لِرَفْعِ مَالِهِ لَمَّا كَانَ مَقْصُودًا لِشَهَادَةِ الْمَالِ كَشَهَادَتِهِنَّ مَعَ رَجُلٍ فِي الْوَكَالَةِ وَعَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فِي الْمَالِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالضَّرْبُ الثَّالِثُ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ وَالْعُقُودِ الَّتِي تَخْتَصُّ بِالْأَمْوَالِ، فَأَمَّا الْعُقُودُ الَّتِي لَا تَخْتَصُّ بِالْأَمْوَالِ وَلَكِنْ مَقْصُودُهَا الْمَالُ كَالْوَكَالَةِ عَلَى الْمَالِ وَالْوَصِيَّةِ بِالنَّظَرِ فِيهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَشْهَبُ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ.

وَقَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ يَجُوزُ نَقْلُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ قَالَ أَصْبَغُ مَعْنَاهُ عِنْدِي فِيمَا يَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ مَالِكٌ وَلَا أَحَدٌ مِنْ عُلَمَائِنَا فِي الْوَكَالَةِ وَلَا نَقْلِ الشَّهَادَةِ وَلَا فِي إسْنَادِ الْوَصَايَا وَلَا أُجِيزُهَا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ مَقْصُودُهَا الْمَالُ كَالْبَيْعِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ سَحْنُونٌ مِنْ أَنِّي لَوْ أَجَزْت شَهَادَةَ امْرَأَتَيْنِ وَرَجُلٍ فِي الْوَكَالَةِ لَأَجَزْت فِيهَا مِثْلَ هَذَا وَيَمِينًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالضَّرْبُ الرَّابِعُ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالضَّرْبُ الْخَامِسُ مَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ فَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ كَالْوِلَادَةِ وَالْحَمْلِ وَالْحَيْضِ وَعُيُوبِ الْفَرْجِ وَالِاسْتِهْلَالِ وَالرَّضَاعِ فَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا جَائِزَةٌ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا إنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى ذَلِكَ إذَا بَقِيَ بَدَنُ الصَّبِيِّ حَتَّى يَشْهَدَ الرِّجَالُ بِالنَّظَرِ إلَيْهِ مَيِّتًا؛ لِأَنَّ الْبَدَنَ لَا يَفُوتُ وَالِاسْتِهْلَالَ يَفُوتُ، وَأَمَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ عَلَى أَنَّ الْمَوْلُودَ ذَكَرٌ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ

. . . .

[المنتقى]

مَا أَرَاهُ إِلَّا وَسَيَكُونُ مَعَ شَهَادَتِهِمَا يَمِينٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا عَلَى مَا قَالَ أَصْبَغُ عَنْهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَصِيرُ نَسَبًا قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مَالًا وَيُورَثُ بِأَدْنَى الْمَنْزِلَتَيْنِ إلَّا أَنْ يُخَافَ أَنْ لَا يَبْقَى إلَى أَنْ يَحْضُرَهُ الرِّجَالُ فَتَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا فِيهِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ شَهَادَتُهُمَا لَا تَجُوزُ فِي أَنَّهُ ذَكَرٌ وَأَخَذَ بِهِ أَشْهَبُ قَالَ سَحْنُونٌ الْقَوْلُ قَوْلُ أَشْهَبَ؛ لِأَنَّ الْجَسَدَ لَا يَفُوتُ وَالِاسْتِهْلَالَ يَفُوتُ قَالَ سَحْنُونٌ إلَّا أَنْ تَكُونَ الْوِلَادَةُ بِمَوْضِعٍ لَا رِجَالَ فِيهِ وَيُخَافُ عَلَى الْجَسَدِ إنْ أُخِّرَ دَفْنُهُ فَتَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ حِينَئِذٍ كَمَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

1 –

(فَرْعٌ) إذَا شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ وَذَلِكَ لِارْتِفَاعِ الضَّرُورَةِ بِحُضُورِ الرِّجَالِ فَتَسْقُطُ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ وَلَا تَتِمُّ الشَّهَادَةُ بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَقَدْ سَمِعْت مَنْ أَرْضَى مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يُجِيزُ ذَلِكَ وَرَآهُ أَقْوَى مِنْ شَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَيَلْحَقُ بِهَذَا فَصْلٌ اُخْتُلِفَ فِيهِ هَلْ هُوَ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ أَوْ مِنْ بَابِ الْفَتْوَى وَالْخَبَرِ كَالْقَائِفِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ سَحْنُونٍ لَا يُقْضَى بِقَائِفٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ نَسَبٌ وَيُكْتَبُ إلَى الْبُلْدَانِ وَيُنْتَظَرُ أَبَدًا حَتَّى يُضَمَّ إلَيْهِ آخَرُ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ شَهَادَةَ الْقَائِفِ الْوَاحِدِ مَقْبُولَةٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ لَمْ يَقْبَلْ فِيهِ إلَّا قَوْلَ اثْنَيْنِ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا بِالنَّسَبِ وَمَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْفَتْوَى وَالْخَبَرِ قَبِلَ فِيهِ قَوْلَ وَاحِدٍ وَيَلْزَمُ عِنْدِي عَلَى هَذَا أَنْ يُقْبَلَ فِيهِ قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ إذَا سَأَلَهُ الْحَاكِمُ الْحُكْمَ عَنْ عِلْمِهِ لِذَلِكَ، وَمِنْ ذَلِكَ التَّرْجَمَةُ لِقَوْلِ الْخَصْمِ إذَا لَمْ يَفْهَمْهُ الْحَاكِمُ أَوْ لَمْ يَفْهَمْ أَحَدُهُمَا فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ يُجْزِئُ الْوَاحِدُ الْعَدْلُ وَالِاثْنَانِ أَحَبُّ إلَيَّ وَالْمَرْأَةُ الْعِدْلَةُ تُجْزِئُهُ فِي ذَلِكَ إذَا كَانَ مِمَّا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ.

قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ لَا تُقْبَلُ تَرْجَمَةُ النِّسَاءِ وَلَا تَرْجَمَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَهَذَا يَجْرِي عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ اخْتِلَافِهِمْ فِي أَمْرِ الْقَائِفِ، غَيْرَ أَنَّ اشْتِرَاطَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٍ فِي قَبُولِ التَّرْجَمَةِ مِنْ النِّسَاءِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِمَّا يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ نَظَرٌ وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ عَبَّرَ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ ذَلِكَ بِالشَّهَادَةِ، وَقَدْ قُبِلَ

فِيهِ الرَّجُلُ الْوَاحِدُ وَالْمَرْأَةُ فَإِنَّمَا هُوَ تَجَوُّزٌ فِي عِبَارَةٍ.
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ لَا تُقْبَلُ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ فِي شَيْءٍ مِنْ الْأَشْيَاءِ، وَإِذَا كَانَ مِنْ بَابِ الْخَبَرِ وَالْفَتْوَى فَيَجِبُ أَنْ يُقْبَلَ فِيهِ قَوْلُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ الْعَدَالَةُ كَمَا يُعْتَبَرُ فِي الْمُفْتِي وَالرَّاوِي لِلْحَدِيثِ، وَأَمَّا عُيُوبُ النِّسَاءِ وَالْعَبِيدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ يَأْمُرُ الْحَاكِمُ مَنْ يَثِقُ بِنَظَرِهِ وَعِلْمِهِ بِالْعَيْبِ أَنْ يَنْظُرَ إلَيْهِ، وَيَأْخُذُ فِيهِ بِخَبَرِهِ وَحْدَهُ وَبِقَوْلِ الطَّبِيبِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُسْلِمٍ إذْ لَيْسَ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ وَلَكِنَّهُ عِلْمٌ يُؤْخَذُ مِمَّنْ يُبْصِرُهُ مِنْ مَرْضِيٍّ أَوْ غَيْرِ مَرْضِيٍّ وَهَذَا مَا كَانَ الْمُخْتَبَرُ حَاضِرًا، فَإِنْ غَابَ أَوْ مَاتَ انْتَقَلَ إلَى بَابِ الشَّهَادَةِ عِنْدَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فَقَالَ لَا يُقْبَلُ فِيهِ إلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ قَالَ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ قُبِلَ فِيهِ خَبَرُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فَإِنْ غَابَتْ الْأَمَةُ أَوْ مَاتَتْ لَمْ يُقْبَلْ فِي ذَلِكَ إلَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَالضَّرْبُ السَّادِسُ مَا لَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ وَهُوَ شَهَادَةُ أَهْلِ الرُّفْقَةِ بِالتَّوَسُّمِ وَشَهَادَةُ الصِّبْيَانِ فِيمَا لَا يَحْضُرُهُ غَيْرُهُمْ غَالِبًا مِنْ الْجِرَاحِ وَالْقَتْلِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي لَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ، وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُنَّ فِي ذَلِكَ وَاعْتَبَرَهَا بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ.
1 –
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ سَقَطَ وَأُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، يُرِيدُ أَنَّ الْيَمِينَ تَنْتَقِلُ مِنْ جَنْبَةِ مَنْ لَهُ أَوَّلًا لِنُكُولِهِ عَنْهَا إلَى جَنْبَتِهِ الْأُخْرَى فَإِنْ ثَبَتَ أَوَّلًا فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعِي لِقُوَّتِهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ فَنَكَلَ عَنْهُ انْتَقَلَتْ إلَى جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ ثَبَتَتْ أَوَّلًا فِي جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَنَكَلَ انْتَقَلَتْ إلَى جَنْبَةِ الْمُدَّعِي

(213/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً وَلَا يَقَعُ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ مِنْ الْحُدُودِ وَلَا فِي نِكَاحٍ وَلَا فِي طَلَاقٍ وَلَا فِي عَتَاقَةٍ وَلَا فِي سَرِقَةٍ وَلَا فِي فِرْيَةٍ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ فَإِنَّ الْعَتَاقَةَ مِنْ الْأَمْوَالِ فَقَدْ أَخْطَأَ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ لَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ إذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ وَأَنَّ الْعَبْدَ إذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى مَالٍ مِنْ الْأَمْوَالِ ادَّعَاهُ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَاسْتَحَقَّ حَقَّهُ كَمَا يَحْلِفُ

الْحُرُّ)

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ الْحَقُّ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْيَمِينَ إذَا انْتَقَلَتْ إلَى جَنْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ نَكَلَ الْمُدَّعِي عَنْ الْيَمِينِ مَعَ شَاهِدِهِ فَإِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إنْ حَلَفَ سَقَطَتْ عَنْهُ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ إنَّمَا هِيَ لِذَلِكَ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ؛ لِأَنَّ جَنْبَتَهُ تَضْعُفُ حِينَئِذٍ بِنُكُولِهِ فَلَا يَنْتَقِلُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ إلَى إثْبَاتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يُحْكَمُ بِنُكُولِهِ مَعَ شَاهِدِ الدَّعْوَى، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّ النُّكُولَ بِسَبَبٍ مُؤَثِّرٍ فِي الْحُكْمِ فَوَجَبَ أَنْ يُقْضَى بِهِ مَعَ الشَّاهِدِ كَيَمِينِ الْمُدَّعِي، وَمَعْنَى تَأْثِيرِهِ أَنَّ الْيَمِينَ تَنْتَقِلُ بِنُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إلَى جَنْبَةِ الْمُدَّعِي فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ مَنْ انْتَقَلَتْ إلَيْهِ الْيَمِينُ مِنْ خَصْمِهِ فَنَكَلَ عَنْهَا وَجَبَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ كَالَّلَذَيْنِ لَا بَيِّنَةَ بَيْنَهُمَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ نَكَلَ مَنْ شَهِدَ لَهُ الشَّاهِدُ بِحَقٍّ فَرُدَّتْ الْيَمِينُ عَلَى الْمَطْلُوبِ فَحَلَفَ ثُمَّ وَجَدَ الطَّالِبُ شَاهِدًا آخَرَ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهُ لَا يُضَمُّ لَهُ إلَى الْأَوَّلِ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى وَابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُضَمُّ لَهُ إلَى الْأَوَّلِ وَيُقْضَى لَهُ بِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ هَذَا وَهْمٌ، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ لَا يُضَمُّ إلَى الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْمَرْأَةِ تُقِيمُ شَاهِدًا عَلَى طَلَاقٍ فَيَحْلِفُ الزَّوْجُ ثُمَّ تَجِدُ شَاهِدًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يُضَمُّ إلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا نُكُولٌ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَقَالَ أَصْبَغُ بِقَوْلِ مَالِكٍ يُضَافُ لَهُ الشَّاهِدُ الثَّانِي إلَى الْأَوَّلِ فِي الْحُقُوقِ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقِمْ شَاهِدًا فَيَحْلِفَ الْمَطْلُوبُ ثُمَّ يُصِيبَ الطَّالِبُ بَيِّنَتَهُ أَنَّهُ يَقُومُ بِهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ الَّتِي احْتَجَّ بِهَا أَصْبَغُ وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالْخِلَافِ فِي هَذِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا يُضَمُّ الشَّاهِدُ الثَّانِي إلَى الْأَوَّلِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يُؤْتَنَفُ لَهُ الْحُكْمُ فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ لَا يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ حَقَّهُ بِالنُّكُولِ وَنَحْوِهِ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى وَابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ فَنَكَلَ ثَانِيَةً فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ تُرَدُّ الْيَمِينُ ثَانِيَةً عَلَى الْمَطْلُوبِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ الْأَوَّلَ إنَّمَا سَقَطَ بِهَا شَهَادَةُ الشَّاهِدِ الْأَوَّلِ، وَقَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ لَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمَطْلُوبِ

ثَانِيَةً؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ عَلَى الْحَقِّ مَرَّةً.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَيُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ شَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ شَهَادَةَ الْمَرْأَتَيْنِ شَهَادَةٌ قُبِلَتْ فِي الشَّرْعِ مَعَ شَهَادَةِ رَجُلٍ فَجَازَ أَنْ يُقْضَى بِهَا مَعَ الْيَمِينِ.

(ش) : قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الْمَالِ الْمُعَيَّنِ وَغَيْرِ الْمُعَيَّنِ بِمَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْأَمْوَالِ الْجَسِيمَةِ مِنْ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْحَائِطِ وَالرَّقِيقِ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ وَفِي الْغَصْبِ وَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ مِمَّا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَمَا لَا تَحْمِلُهُ وَفِي إبْرَاءِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ وَمُصَالَحَتِهِ وَقَبْضِهِ وَفِي التَّبَرِّي مِنْ عَيْبِ الرَّقِيقِ وَإِقْرَارِ مَنْ يَشْهَدُ بِهِ شَاهِدَانِ بِمَالٍ أَنَّهُمَا شَهِدَا بِبَاطِلٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الشَّهَادَةَ بَاشَرَتْ الْمَالَ وَالْعُقُودَ الْمُخْتَصَّةَ بِالْمَالِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِنْ تَعَلَّقَتْ الشَّهَادَةُ بِالْعُقُودِ الَّتِي لَا تَخْتَصُّ بِالْمَالِ وَلَكِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا الْمَالُ كَالشَّهَادَةِ عَلَى حُكْمِ قَاضٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يَثْبُتُ كِتَابُ قَاضٍ إلَى قَاضٍ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِنْ كَانَ فِي مَالٍ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَثْبُتُ لَهُ الْقَضَاءُ وَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ لَا تَخْتَصُّ بِالْمَالِ وَلَكِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا الْمَالُ كَالشَّهَادَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ مَقْصُودُهَا الْمَالُ فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الْجِرَاحُ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ أَقْوَالُ

. . . .

[المنتقى]

شُيُوخِنَا فِيهَا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا إطْلَاقُ قَوْلِهِمْ لَا يَجُوزُ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ إلَّا حَيْثُ تَجُوزُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ أَصْلُنَا أَنَّ كُلَّ مَا جَازَ فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ جَازَتْ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَكُلُّ مَا لَا يَجُوزُ فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ لَمْ تَجُزْ فِيهِ شَهَادَةُ وَيَمِينُ النِّسَاءِ وَتَقَدَّمَ مِنْ الْقَوْلِ أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ إنَّمَا يَجُوزُ فِي الْمَالِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَشْهَبُ تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي خَطَأِ الْقَتْلِ وَالْجِرَاحَاتِ قَالَ أَشْهَبُ وَفِي الْعَمْدِ الَّذِي لَا قَوَدَ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ حَلَفَ الْمَجْرُوحُ وَاسْتَحَقَّ دِيَةَ جُرْحِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ إنَّمَا يَجِبُ بِهَا الْمَالُ وَبِهِ فَثَبَتَتْ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ كَالشَّهَادَةِ بِالْبَيْعِ وَاخْتُلِفَ فِي جِرَاحِ الْعَمْدِ فَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي ذَلِكَ، وَرَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِهِ أَنَّ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٌ يَجُوزُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ لَا يَجِبُ بِهَا مَالٌ وَلَا تَتَعَلَّقُ بِهِ فَلَمْ تَثْبُتْ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ كَالشَّهَادَةِ بِقَتْلِ الْعَمْدِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا حَقُّ الْآدَمِيِّ لَا يَتَعَلَّقُ بِتَفْوِيتِ نَفْسٍ وَلَا مِلْكِ مَنَافِعِهَا فَأَثْبَتَتْ الشَّهَادَةَ بِالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا تَجُوزُ فِي جِرَاحِ الْعَمْدِ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْوَاضِحَةِ يَجُوزُ فِيمَا صَغُرَ مِنْهَا كَالْمُوضِحَةِ وَالْأُصْبُعِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يُؤْمَنُ عَلَى النَّفْسِ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا يُخَافُ مِنْهُ تَلَفُ النَّفْسِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِهِ اخْتَلَفَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ. قَالَ وَالَّذِي رَجَعَ إلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ وَلَا يُعْجِبُنِي وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٍ أَنَّ الشَّهَادَةَ مُعْتَبَرَةٌ بِمَا يَثْبُتُ بِهَا وَوَجَدْنَا التَّغْلِيظَ فِي الشَّهَادَةِ مِنْ جِهَتَيْنِ مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ وَلَهُ أَقَلُّ وَأَكْثَرُ وَمِنْ جِهَةِ الذُّكُورَةِ، فَلَمَّا أَنْ كَانَ الزِّنَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَفْكُ الدَّمِ وَإِتْلَافُ حُرْمَةِ الْعِرْضِ وَتَدْخُلُ بِهِ الْمَعَرَّةُ عَلَى الْأَهْلِ وَالْقَرَابَةِ تَغَلَّظَ بِالْوَجْهَيْنِ بِأَكْثَرِ الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ، وَلَمَّا كَانَ قَتْلُ الْعَمْدِ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَفْكُ الدَّمِ خَاصَّةً تَعَلَّقَ بِأَقَلِّ الْعَدَدَيْنِ وَالذُّكُورَةِ، وَلَمَّا كَانَتْ الْأَمْوَالُ أَقَلَّهَا رُتْبَةً لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذُكُورَةٍ وَلَا عَدَدٍ فَثَبَتَ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَبِالْيَمِينِ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَوَجَدْنَا الْجِرَاحَ تُنَوَّعُ نَوْعَيْنِ فَمِنْهَا مَا يَصْغُرُ وَيَقِلُّ خَطَرُهُ وَيُؤْمَنُ تَعَدِّيهِ إلَى النَّفْسِ غَالِبًا فَلَمْ يَدْخُلْهُ التَّغْلِيظُ وَثَبَتَ بِمَا تَثْبُتُ بِهِ الْأَمْوَالُ وَمِنْهَا مَا عَظُمَ وَعَظُمَ خَطَرُهُ وَيُخَافُ تَعَدِّيهِ إلَى النَّفْسِ فَدَخَلَهُ التَّغْلِيظُ الَّذِي حَصَلَ فِي الْقَتْلِ لِمَا يُخَافُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا إلَيْهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الشَّهَادَةَ بِمَا دُونَ النَّفْسِ شَهَادَةٌ بِجِرَاحٍ لَا تَتَنَاوَلُ النَّفْسَ وَلَا سَفْكَ الدَّمِ فَتَثْبُتُ

بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَبِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَيَمِينٍ أَصْلُ ذَلِكَ مَا صَغُرَ مِنْ الْجِرَاحِ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَرَى الِاحْتِيَاطَ فِي إثْبَاتِ الْقَتْلِ وَالْجِرَاحِ بِالشَّاهِدَيْنِ وَالْيَمِينِ كَمَا يَرَى ذَلِكَ فِي إثْبَاتِهَا بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ، وَإِنَّمَا تَغْلُظُ النَّفْسُ بِعَدَدِ الْأَيْمَانِ وَالْحَالِفِينَ، وَلِذَلِكَ أُعْتُبِرَ الْعَدَالَةُ وَالذُّكُورَةُ فِي الشَّاهِدِ بِالْقَتْلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً دُونَ الْحُدُودِ وَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالسَّرِقَةِ وَالْفِدْيَةِ يُرِيدُ أَنَّ الْيَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ يُحْكَمُ بِهَا فِي الْأَمْوَالِ وَلَا يُحْكَمُ بِهَا فِي الْمَعَانِي الَّتِي نُصَّ عَلَيْهَا مِنْ الْحُدُودِ وَالسَّرِقَةِ وَالْفِدْيَةِ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ وَالشُّرْبِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّأِ وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقْضَ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الْحُدُودِ وَلِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى لَمْ يُتَصَوَّرْ فِيهِ الْقَضَاءُ بِالْيَمِينِ مَعَ شَهَادَةِ الْمُسْتَحِقِّ، وَأَمَّا النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ فَإِنَّهَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَمَا تَعَلَّقَ بِهَا مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ فَهُوَ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِجَمِيعِ الْبَدَنِ كَالْقِصَاصِ فِي الْقَتْلِ وَلَا يَثْبُتُ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ هِلَالُ صَوْمٍ وَلَا فِطْرٍ وَلَا حَجٍّ لِمَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْفِرْيَةُ وَهِيَ الْقَذْفُ بِالزِّنَا لَا تَثْبُتُ عَلَى الْقَاذِفِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَنَّهُ يَحْلِفُ لَهُ مَا قَذَفَهُ فَإِنْ نَكَلَ سُجِنَ لَهُ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفَ، وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ طَالَ سَجْنُهُ خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَلَا ضَرْبَ عَلَيْهِ

(215/5)

. . . .

[المنتقى]

وَتَوْجِيهُ ذَلِكَ يَأْتِي فِي حُكْمِ الشَّاهِدِ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ إنْ شَاءَ اللَّهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا أَنَّ فُلَانًا شَتَمَهُ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ لَا يُقْضَى فِي هَذَا بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَلَكِنْ إنْ كَانَ الشَّاتِمُ يُعْرَفُ بِالسَّفَهِ وَالْفُحْشِ عُزِّرَ قِيلَ أَفَهَلْ الشَّاتِمُ يُمَسُّ؟ قَالَ نَعَمْ وَعَسَى بِهِ أَنْ أَرَاهُ وَلَيْسَ كُلُّ مَا

رَأَى الْمَرْءُ أَنْ يُؤَجِّلُوهُ سُنَّةً، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الْمُشَاتَمَةِ دُونَ الْحُدُودِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ يُسْتَوْفَى مِنْهُ لَا يُوجِبُ حُرْمَةً وَهُوَ حَقُّ الْآدَمِيِّ فَثَبَتَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ كَالْمَالِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ أَنَّهُ سَرَقَ لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ وَيَحْلِفُ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ رَدَّ مَا سَرَقَ، وَإِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدٌ أَنَّهُ شَرِبَ خَمْرًا لَمْ يُحَدَّ، وَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنْ شَهِدَ بِعَقْدِ نِكَاحٍ لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ وَلَا يَجِبُ الْيَمِينُ بِهِ عَلَى مَنْ أُدُّعِيَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ، وَلَوْ ثَبَتَ النِّكَاحُ وَجُهِلَ الصَّدَاقُ ثَبَتَ قَدْرُ الصَّدَاقِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ فِي مَالٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ فَإِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا وَالْأَمَةُ عَلَى سَيِّدِهَا فَلَا يَمِينَ عَلَى السَّيِّدِ وَلَا الزَّوْجِ قَالَ مَالِكٌ وَلَا يَأْتِيهَا زَوْجُهَا إلَّا مُكْرَهَةً قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْأَمَةُ كَذَلِكَ، وَإِنْ اسْتَطَاعَتْ أَنْ تَفْتَدِيَ الزَّوْجَةُ بِجَمِيعِ مَالِهَا تَفْعَلُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا تَعْتَقِدُ الزِّنَا فِي وَطْئِهَا فَلَا يَحِلُّ لَهَا ذَلِكَ إلَّا بِالْإِكْرَاهِ الَّذِي لَا تَسْتَطِيعُ دَفْعَهُ، وَإِذَا أَمْكَنَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ بِجَمِيعِ مَا تَمْلِكُ لَزِمَهَا ذَلِكَ كَالَّتِي تَكُونُ عَلَى الزِّنَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يَحْلِفُ الزَّوْجُ وَالسَّيِّدُ إنْ أَنْكَرَ فَإِنْ حَلَفَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ مِنْ الطَّلَاقِ وَلَا الْعِتْقِ فَإِنْ نَكَلَ فَفِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ رِوَايَتَانِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ تَطْلُقُ الزَّوْجَةُ وَيَعْتِقُ الْعَبْدُ عَلَيْهِ، وَبِهَذَا قَالَ أَشْهَبُ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يُحْبَسُ وَهُوَ الَّذِي يَخْتَارُهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ كُلَّ مَنْ لَزِمَتْهُ يَمِينٌ فَإِنَّ نُكُولَهُ لَا يُوجِبُ رَدَّهَا فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةَ فِي إلْزَامِهَا إذَا كَانَ الِامْتِنَاعُ مِنْهَا يُبْطِلُ حُكْمَهَا وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ هَذَا نَكَلَ عَنْ يَمِينٍ وَجَبَتْ عَلَيْهِ لِإِبْطَالِ شَهَادَةِ شَاهِدٍ فَوَجَبَ أَنْ يُحْكَمَ عَلَيْهِ بِمَا شَهِدَ بِهِ الشَّاهِدُ كَمَا لَوْ رُدَّتْ عَلَيْهِ فِي الْأَمْوَالِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ بِأَنِّي لَوْ حَكَمْت عَلَيْهِ لَحَكَمْت بِشَاهِدٍ بِغَيْرِ يَمِينٍ فَيَكُونُ ذَلِكَ أَقَلَّ حَالًا مِنْ الْمَالِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ هَذَا الشَّاهِدَ لَيْسَ مِمَّنْ يَجِبُ أَنْ يَنْفُذَ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ مَا شَهِدَ بِهِ بِوَجْهٍ لَوْ اقْتَرَنَتْ شَهَادَتُهُ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي فَالْيَمِينُ يُوجِبُ شَهَادَتَهُ بِمَنْزِلَةِ الْيَمِينِ الَّتِي تُوجِبُهَا الدَّعْوَى فِي الْأَمْوَالِ وَلَيْسَتْ بِمَنْقُولَةٍ إلَيْهِ عَنْ جَنْبَةِ مَنْ كَانَ يُحْكَمُ لَهُ بِيَمِينِهِ فَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ، وَإِنَّمَا هِيَ لِلِاسْتِظْهَارِ، وَإِذَا

نَكَلَ عَنْهَا لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ بِهَا عَنْ مَالِكٍ لَهُ إنْ نَكَلَ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إنْ نَكَلَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْعِتْقُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ النُّكُولَ يُضْعِفُ جَنْبَتَهُ وَيُقَوِّي دَعْوَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الطَّلَاقَ فَإِذَا نَكَلَ فَقَدْ أَقَرَّ مِنْ ضَعْفِ جَنْبَتِهِ بِمَا يُوجِبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْ ذَلِكَ.
(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ يُحْبَسُ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُحْبَسُ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفُوا وَاخْتَارَهُ سَحْنُونٌ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ فِي الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ.
وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُحْبَسُ حَتَّى يُطَوَّلَ عَلَيْهِ وَتَطْلُقُ وَالطَّوْلُ سَنَةٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إنَّمَا سُجِنَ لِيَحْلِفَ فَلَا يَخْرُجُ عَنْ السِّجْنِ إلَّا بِمَا حُبِسَ لِأَجْلِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ السِّجْنَ إنَّمَا هُوَ عُقُوبَةٌ لِامْتِنَاعِهِ مِنْ الْيَمِينِ وَلِاخْتِبَارِ حَالِهِ وَالسَّنَةُ مُدَّةٌ فِي الشَّرْعِ لِمَعَانٍ مِنْ الِاخْتِبَارِ كَالْعُنَّةِ وَغَيْرِهَا.
وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ يُسْجَنُ وَيُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ الْإِيلَاءِ فَإِذَا انْقَضَى طُلِّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ هَذَا الَّذِي رَوَاهُ عَنْهُ فِي نَوَادِرِهِ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَالَّذِي فِي كِتَابِ ابْنِ مُزَيْنٍ أَنَّ يَحْيَى بْنَ يَحْيَى رُوِيَ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ خَالِدٍ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ أَطَالَ سَجْنَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ ضُرِبَ لَهُ الْأَجَلُ فَإِنْ حَلَفَ عِنْدَ انْقِضَائِهِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَرُدَّتْ إلَيْهِ الْمَرْأَةُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ طَلُقَتْ عَلَيْهِ بِالْإِيلَاءِ قَالَ يَحْيَى.
وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ قَاضِي أَهْلِ الْمَدِينَةِ مِثْلَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْوَطْءِ بِمَعْنَى حُرْمَتِهِ عَلَيْهِ فَضُرِبَ لَهُ أَجَلُ الْإِيلَاءِ كَالَّذِي يَحْلِفُ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ لَيَفْعَلَنَّ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْإِيلَاءُ مِنْ يَوْمِ رَفَعَتْهُ زَوْجَتُهُ وَيَحْكُمُ بِهِ

(216/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عَتَاقَتِهِ اُسْتُحْلِفَ سَيِّدُهُ مَا أَعْتَقَهُ وَبَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي الطَّلَاقِ إذَا جَاءَتْ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا فَإِذَا حَلَفَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ قَالَ مَالِكٌ فَسُنَّةُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ إنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا الْعَتَاقَةُ حَدٌّ مِنْ الْحُدُودِ لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّهُ إذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى، وَقَدْ أَحْصَنَ رُجِمَ، وَإِنْ قَتَلَ قُتِلَ بِهِ وَثَبَتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُوَارِثُهُ.
فَإِنْ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ فَقَالَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَإِنَّ ذَلِكَ يُثْبِتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عَتَاقَتُهُ إذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذَلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ، وَإِنَّمَا مِثْلُ

ذَلِكَ الرَّجُلُ يُعْتِقُ عَبْدَهُ ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ وَتُرَدُّ بِذَلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ، أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُخَالَطَةٌ وَمُلَابَسَةٌ فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالًا فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ احْلِفْ مَا عَلَيْك مَا ادَّعَى فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ فَيَكُونُ ذَلِكَ يَرُدُّ عَتَاقَةَ الْعَبْدِ إذَا ثَبَتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ.
قَالَ وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ

[المنتقى]
عَلَيْهِ الْحَاكِمُ وَهَذَا أَشَدُّ مِنْ الْخِلَافِ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ، وَقَدْ شَهِدَ بِهِ عَلَيْهِ شَاهِدٌ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ إنَّ الْعَتَاقَةَ مِنْ الْأَمْوَالِ فَقَدْ أَخْطَأَ، وَلَوْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ يَحْلِفُ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى عِتْقِهِ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ مَعَ شَاهِدِهِ فِي الْمَالِ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ مَبْنِيٌّ عَلَى بَيَانِ مَعْنَى قَوْلِنَا الشَّهَادَةُ عَلَى الْأَمْوَالِ، وَذَلِكَ أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْمَالِ هِيَ الشَّهَادَةُ بِطَلَبِ مَالٍ يَخْرُجُ مِنْ مُتَمَوِّلٍ لَهُ إلَى مُتَمَوِّلٍ آخَرَ وَلَيْسَ هَذَا حُكْمُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْعَتَاقَةِ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ بِالْعَتَاقَةِ لَا تَخْرُجُ إلَى مُتَمَلِّكٍ وَذَلِكَ مِثْلُ الْمَالِ يَطْلُبُهُ الرَّجُلُ مِنْ الْآخَرِ فَيَشْهَدُ لَهُ بِشَاهِدٍ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الْمَالُ دَيْنًا مُعَلَّقًا بِذِمَّتِهِ أَوْ شَيْئًا مُعَيَّنًا مِمَّا يُتَمَلَّكُ وَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يُبَاشِرَ الشَّهَادَةَ مَالًا فَيُؤَدِّي إلَى عِتْقٍ أَوْ إلَى نَقْضِهِ أَوْ إلَى طَلَاقِ زَوْجِهِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ أَوْ تَكُونُ الشَّهَادَةُ تَجُرُّ إلَى الْمَالِ لَا يُحْكَمُ فِيهَا بِغَيْرِ ذَلِكَ، وَإِنْ بَاشَرَتْ مَعْنًى آخَرَ مِثْلَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْحُرِّ يَجْرَحُ الْعَبْدَ فَيَحْلِفُ سَيِّدُهُ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ الْأَرْشَ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ إذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهَا ضَرَبَتْ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ مُضْغَةً فَلْتَحْلِفْ مَعَهُمَا وَتَسْتَحِقّ الْغُرَّةَ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَى الضَّارِبَةِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي الَّذِي شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ أَنَّهُ وَارِثُ فُلَانٍ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِغَيْرِهِ حَلَفَ وَاسْتَحَقَّ قَالَ أَشْهَبُ وَذَلِكَ إذَا كَانَ نَسَبُهُ مِنْ الْمَيِّتِ ثَابِتًا وَيَكُونُ الشَّاهِدُ يَشْهَدُ أَنَّهُ لَا يُعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ فَيَحْلِفُ مَعَهُ وَيَرِثُ؛ لِأَنَّهُ شَهِدَ عَلَى مَالٍ، وَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ يَثْبُتُ لِلْأَقْعَدِ مِنْ أَهْلِ الْوَلَاءِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ إذَا ثَبَتَ الْوَلَاءُ لِمَنْ وَرِثُوهُ عَنْهُ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مَنْ أَقَامَ شَاهِدًا أَنَّهُ وَارِثُ فُلَانٍ أَوْ مَوْلَاهُ لَا يُعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ قَالَ مَالِكٌ يُسْتَأْنَى بِالْمَالِ حَتَّى يُؤْيَسَ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدٌ بِأَثْبَتَ مِنْ ذَلِكَ فَيَحْلِفُ مَعَهُ وَيُقْضَى لَهُ بِالْمَالِ وَلَا نَسَبَ لَهُ يَثْبُتُ فَهَذَا مُخَالِفٌ لِمَا تَقَدَّمَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ الْعَبْدَ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ فِي الْمَالِ يَقْتَضِي أَنَّهُ يَحْلِفُ فِي قَلِيلِ ذَلِكَ وَكَثِيرِهِ؛ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ إنَّهُ يَحْلِفُ كَمَا يَحْلِفُ الْحُرُّ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَمْلِكُ كَمَا يَمْلِكُ الْحُرُّ فَوَجَبَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ لِيَصِلَ إلَى اسْتِحْقَاقِ مِلْكِهِ كَالْحُرِّ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عَتَاقَتِهِ اُسْتُحْلِفَ سَيِّدُهُ مَا أَعْتَقَهُ وَبَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي الطَّلَاقِ إذَا جَاءَتْ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا فَإِذَا حَلَفَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ قَالَ مَالِكٌ فَسُنَّةُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ إنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا الْعَتَاقَةُ حَدٌّ مِنْ الْحُدُودِ لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّهُ إذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى، وَقَدْ أَحْصَنَ رُجِمَ، وَإِنْ قَتَلَ قُتِلَ بِهِ وَثَبَتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُوَارِثُهُ.

فَإِنْ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ فَقَالَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَإِنَّ ذَلِكَ يُثْبِتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عَتَاقَتُهُ إذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذَلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ، وَإِنَّمَا مِثْلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يُعْتِقُ عَبْدَهُ ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ وَتُرَدُّ بِذَلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ، أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُخَالَطَةٌ وَمُلَابَسَةٌ فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالًا فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ احْلِفْ مَا عَلَيْك مَا ادَّعَى فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ فَيَكُونُ ذَلِكَ يَرُدُّ عَتَاقَةَ الْعَبْدِ إذَا ثَبَتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ. قَالَ وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ

(217/5)

يَنْكِحُ الْأَمَةَ فَتَكُونُ امْرَأَتَهُ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ إلَى الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا فَيَقُولُ لَهُ ابْتَعْت مِنِّي جَارِيَتِي فُلَانَةَ أَنْتَ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا فَيُنْكِرُ ذَلِكَ زَوْجُ الْأَمَةِ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَيَشْهَدَانِ عَلَى مَا قَالَ فَيَثْبُتُ لَهُ بَيْعُهُ وَيَحِقُّ حَقُّهُ وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا وَيَكُونُ ذَلِكَ فِرَاقًا بَيْنَهُمَا وَشَهَادَةُ النِّسَبِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ قَالَ مَالِكٌ وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَفْتَرِي عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَيَأْتِي رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِي افْتَرَى عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ فَيَضَعُ ذَلِكَ الْحَدَّ عَنْ الْمُفْتَرِي بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الْفِرْيَةِ قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَيْضًا مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَمَا مَضَى مِنْ

السُّنَّةِ أَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ إنْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَلَيْسَ مَعَ الْمَرْأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا رَجُلٌ وَلَا يَمِينٌ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ مِنْ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالرِّبَاعِ وَالْحَوَائِطِ وَالرَّقِيقِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ الْأَمْوَالِ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئًا وَلَمْ تَجُزْ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ)

[المنتقى]

يَنْكِحُ الْأَمَةَ فَتَكُونُ امْرَأَتَهُ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ إلَى الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا فَيَقُولُ لَهُ ابْتَعْت مِنِّي جَارِيَتِي فُلَانَةَ أَنْتَ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا فَيُنْكِرُ ذَلِكَ زَوْجُ الْأَمَةِ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَيَشْهَدَانِ عَلَى مَا قَالَ فَيَثْبُتُ لَهُ بَيْعُهُ وَيَحِقُّ حَقُّهُ وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا وَيَكُونُ ذَلِكَ فِرَاقًا بَيْنَهُمَا وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ قَالَ مَالِكٌ وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَفْتَرِي عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَيَأْتِي رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِي افْتَرَى عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ فَيَضَعُ ذَلِكَ الْحَدَّ عَنْ الْمُفْتَرِي بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الْفِرْيَةِ قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَيْضًا مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَمَا مَضَى مِنْ السُّنَّةِ أَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ إنْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَلَيْسَ مَعَ الْمَرْأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا رَجُلٌ وَلَا يَمِينٌ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ مِنْ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالرِّبَاعِ وَالْحَوَائِطِ وَالرَّقِيقِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ الْأَمْوَالِ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئًا وَلَمْ تَجُزْ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْعَبْدَ إذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ حَلَفَ السَّيِّدُ وَبَطَلَ الْعِتْقُ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تَدَّعِي طَلَاقَ زَوْجِهَا يَحْلِفُ الزَّوْجُ وَلَا يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ فَإِنْ وَجَدَ الْعَبْدُ أَوْ الزَّوْجَةُ بَعْدَ الْيَمِينِ شَاهِدًا آخَرَ فَإِنَّهُ يُضَمُّ إلَى الشَّاهِدِ الْأَوَّلِ وَيُقْضَى بِهِمَا بِالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لِأَنَّهُ مُنِعَ أَوَّلًا مِنْ الْيَمِينِ فَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ نُكُولٌ يَسْقُطُ بِهِ الشَّاهِدُ كَالصَّغِيرِ يَقُومُ لَهُ شَاهِدٌ بِحَقٍّ فَيَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ ثُمَّ يُوجَدُ لَهُ شَاهِدٌ آخَرُ بِذَلِكَ الْحَقِّ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ لَهُ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ إذَا أَقَامَ شَاهِدًا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَحْلِفُونَ عَلَى الْعِلْمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُمْ إلَى الْقَطْعِ بِذَلِكَ كَسَائِرِ مَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ الْحُقُوقِ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ الْعَتَاقَةَ مِنْ الْحُدُودِ يُرِيدُ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلِذَلِكَ لَوْ اتَّفَقَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ عَلَى إبْطَالِ الْعِتْقِ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا ذَلِكَ.

وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الطَّلَاقَ فَقَالَ {الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: 229] ، وَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٌ {تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا} [البقرة: 229] فَوَصَفَ الطَّلَاقَ وَمَا ذُكِرَ مَعَهُ بِأَنَّهُ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ يُرِيدُ لَا يَنْفُذُ الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ فَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ بِعِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ لَمْ تَجُزْ فِي ذَلِكَ شَهَادَتُهُمْ بِمَعْنَى أَنْ يُحْكَمَ بِالطَّلَاقِ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى رَجُلٍ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ وَجَبَتْ بِشَهَادَتِهِمَا عَلَى الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ الْيَمِينُ وَلَيْسَتْ هَاهُنَا شَهَادَةٌ عَلَى التَّحْقِيقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِمَا يَقْتَضِيهِ مِنْ الطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِهَا الْيَمِينُ عَلَى الزَّوْجِ وَهِيَ تُشْبِهُ الشَّاهِدَ الْعَدْلَ فِي الْمُقَاسَمَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ إذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى وَقَدْ أُحْصِنَ رُجِمَ، وَإِنْ قَتَلَ قُتِلَ بِهِ وَتَثْبُتُ لَهُ الْمَوَارِيثُ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ أَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حُرْمَةُ الْحُرِّيَّةِ فَتُكْمِلُ دِيَتُهُ دِيَةَ الْحُرِّ وَيَثْبُتُ الْقِصَاصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحُرِّ فِي النَّفْسِ وَالْأَطْرَافِ وَمَنْ قَذَفَهُ مَعَ الْعِفَّةِ حُدَّ، وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ أَنَّ مَنْ قَذَفَهُ حُدَّ لِقَذْفِهِ مَعَ الْعِفَّةِ وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَوَقَعَتْ الْحُدُودُ عَلَيْهِ وَتَتِمُّ لَهُ حُدُودُ الْحُرِّ فِي الْقَذْفِ وَالزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَرَجْمٍ فِي الزِّنَا مَعَ الْإِحْصَانِ، وَهَذِهِ كُلُّهَا مَعَانٍ تَثْبُتُ لِلْإِنْسَانِ مِنْ أَحْكَامِ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ، وَلِذَلِكَ اسْتَدَلَّ شُيُوخُنَا بِالْحُرِّيَّةِ عَلَى أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ لَا يُحْكَمُ بِهَا فِي الْعَتَاقَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ مَنْ يَطْلُبُهُ بِدَيْنٍ شَهِدَ لَهُ بِهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ثَبَتَ

(218/5)

. . . .

[المنتقى]

الْحَقُّ عَلَى السَّيِّدِ إنْ كَانَ مُعْسِرًا وَرَدَّ عِتْقَ الْعَبْدِ مُحْتَجًّا بِذَلِكَ لِإِجَازَةِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الْعِتْقِ فَلَيْسَ عَلَى

مَا قَالَ، وَقَدْ رَدَّ الْعِتْقُ هَذَا الْوَجْهَ بِالشَّاهِدِ عَلَى السَّيِّدِ بِدَيْنٍ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ أَوْ بِدَعْوَى الْمُدَّعِي وَنُكُولِ السَّيِّدِ هَذَا كُلُّهُ غَلَطٌ قَالَهُ مَالِكٌ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الرَّجُلِ عَبْدَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ وَالْعَبْدُ غَيْرُ جَائِزٍ سَوَاءٌ كَانَ عِتْقُهُ وَاجِبًا أَوْ تَطَوُّعًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إتْلَافُ أَمْوَالِ النَّاسِ بِأَدَاءِ الْكَفَّارَةِ مِنْهَا أَوْ عِتْقِ تَطَوُّعٍ، وَإِنَّمَا جَازَ أَنْ يُرَدَّ الْعِتْقُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَبِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ وَيَمِينِ الطَّالِبِ أَوْ شَهَادَةِ رَجُلٍ وَيَمِينِ الطَّالِبِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُبَاشِرُ رَدَّ الْعِتْقِ وَلَا تَتَنَاوَلُهُ، وَإِنَّمَا تَتَنَاوَلُ إثْبَاتَ الدَّيْنِ فَإِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مَعَ مَا يَقْتَرِنُ بِهَا رَدُّ الْعِتْقِ بِثُبُوتِ الدَّيْنِ الْمُتَقَدِّمِ عَلَيْهِ الْمَانِعِ مِنْهُ وَهَذَا كَمَا يَقُولُ إنَّهُ تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْوِلَادَةِ وَثَبَتَ النَّسَبُ بِهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بِهِ النِّسَاءُ لَمْ يَثْبُتْ بِشَهَادَتِهِنَّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ الْعِتْقَ يُرَدُّ بِنُكُولِ السَّيِّدِ عَنْ الْيَمِينِ فَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْمُوَطَّأِ، وَكَذَلِكَ وَقَعَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا تُرَدُّ بِذَلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ زَادَ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي رِوَايَتِهِ وَلَا بِإِقْرَارِهِ إنْ أَقَرَّ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ النُّكُولَ مِنْ فِعْلِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرِقَّ بِهِ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ فِي عِتْقِهِ كَإِقْرَارِهِ بِالدَّيْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ تَكُونُ تَحْتَهُ أَمَةُ غَيْرِهِ فَيَأْتِي سَيِّدُهَا بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ يَشْهَدُونَ أَنَّ الزَّوْجَ اشْتَرَاهَا مِنْ السَّيِّدِ فَيَثْبُتُ الشِّرَاءُ وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَالنِّسَاءُ فِي هَذَا لَمْ يَشْهَدْنَ فِي نَفْسِ الْفِرَاقِ، وَإِنَّمَا يَشْهَدْنَ فِي مَالٍ جَرَّ إلَى مَا ذَكَرْت قَالَ سَحْنُونٌ، وَكَذَلِكَ شَهَادَتُهُنَّ فِيمَنْ غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ بِالْحُرِّيَّةِ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِفُلَانٍ جَازَتْ فَيَحْلِفُ بَعْضُهُنَّ وَيَرِقُّ لَهُ وَيَبْطُلُ الْحَدُّ عَمَّنْ قَذَفَهُ وَتَصِيرُ حُدُودُهُ حُدُودَ عَبْدٍ، وَلَوْ كَانَ قَذَفَ أَوْ قُذِفَ فَشَهِدَ امْرَأَتَانِ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِغَائِبٍ أَوْ صَغِيرٍ فَالْحَدُّ قَائِمٌ لَهُ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَمَتَى قَدِمَ الْغَائِبُ أَوْ كَبِرَ الصَّغِيرُ حَلَفَ وَاسْتَحَقَّ رَقَبَتَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْحُكْمُ بِرِقِّهِ الْآنَ لِعَدَمِ مَنْ يَدَّعِيهِ وَيَحْلِفُ مَعَ شَهَادَةِ الْمَرْأَتَيْنِ فَيَبْقَى عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ إلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ مُدَّعٍ وَيَحْلِفَ مَعَ شَهَادَتِهِمَا قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى أَدَاءِ كِتَابَةِ مُكَاتَبٍ لَحَلَفَ وَتَمَّ عِتْقُهُ وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى نَحْوِ مَا تَقَدَّمَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ تَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ

وَيُورَثَ دُونَ أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلَّ لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ يُرِيدُ أَنَّ شَهَادَةَ الْمَرْأَتَيْنِ تُقْبَلُ وَيُحْكَمُ بِهَا دُونَ أَنْ يَقْتَرِنَ بِهَا شَيْءٌ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ كَالِاسْتِهْلَالِ وَالْوِلَادَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إلَّا الرَّضَاعَ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَكَذَلِكَ إذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ أَنَّ فُلَانَةَ أُسْقِطَتْ حَلَّتْ مِنْ عِدَّتِهَا لِلْأَزْوَاجِ قَالَ مَالِكٌ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَجُوزُ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُنَّ مِمَّا تَحْتَ الثِّيَابِ مِنْ الْعُيُوبِ وَالْحَيْضِ وَالْوِلَادَةِ وَالِاسْتِهْلَالِ وَشِبْهِ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ مِمَّا لَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ النَّظَرُ إلَيْهِ لَمْ تَصِحَّ شَهَادَتُهُمْ فِيهِ وَهُوَ مِمَّا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ النِّسَاءُ فَتَدْعُو الضَّرُورَةُ إلَى تَجْوِيزِ شَهَادَتِهِنَّ وَفِيهِ قَدْ نَصَّ اللَّهُ عَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِنَّ حَيْثُ تَجُوزُ شَهَادَةُ الرِّجَالِ فَبِأَنْ تَجُوزَ حَيْثُ لَا تَصِحُّ شَهَادَةُ الرِّجَالِ وَلَا يُمْكِنُ اطِّلَاعُهُمْ عَلَيْهِ أَوْلَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّ زَوْجَتَهُ رَتْقَاءُ أَوْ بِهَا دَاءُ الْفَرْجِ قَالَ سَحْنُونٌ أَصْحَابُنَا يَرَوْنَ أَنَّهَا مُصَدَّقَةٌ وَأَنَا أَرَى أَنْ يَنْظُرَ النِّسَاءُ إلَى عُيُوبِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الَّتِي فِي الْفَرْجِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا فِي النِّكَاحِ وَأَمَرَ سَحْنُونٌ فِي صَبِيَّةٍ أَرَادَ أَوْلِيَاؤُهَا

(219/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمِنْ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ لَا يَكُونُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَقَوْلُهُ الْحَقُّ {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282]

[المنتقى]

تَزْوِيجَهَا فَأَمَرَ امْرَأَتَيْنِ عَادِلَتَيْنِ أَنْ تَنْظُرَا هَلْ أَنْبَتَتْ فَأَخْبَرَتَاهُ أَنْ قَدْ أَنْبَتَتْ فَأَذِنَ لَهُمْ فِي إنْكَاحِهَا، وَأَمَّا مَا كَانَ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ فَإِنَّهُ يَبْعُدُ عَنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ لِيَنْظُرَ إلَيْهِ الشُّهُودُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَتْهَا عِلَّةٌ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ أَنْ يَنْظُرَ إلَيْهِ الطَّبِيبُ بَعُدَ عَنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ فَيَنْظُرُ إلَيْهِ الْأَطِبَّاءُ قَالَ سَحْنُونٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُغَلَّظٍ كَنَفْسِ الْعَوْرَةِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ النَّظَرُ بِكُلِّ حَالٍ فِي حَقِّ الرَّجُلِ إلَى نَفْسِ الْعَوْرَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ عَلَى الرَّضَاعِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ:

إحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَفْشُوَ عِنْدَ الْجِيرَانِ وَيَظْهَرَ وَيَنْتَشِرَ، وَالْأُخْرَى أَنَّ شَهَادَتَهُمَا مَقْبُولَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَفْشُ قَالَ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الرَّضَاعَ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْفَرِدُ بِهِ النِّسَاءُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ شَرْعِيَّةٌ وَلَا يَكَادُ يَخْفَى أَمْرُهُ غَالِبًا بَلْ يَفْشُو فَإِذَا عَرَا مِنْ الظُّهُورِ وَالِانْتِشَارِ ضَعُفَتْ الشَّهَادَةُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الشَّهَادَاتِ قَالَ وَهَذَا أَصَحُّ.

وَقَدْ ذَكَرَ شُيُوخُنَا الْمُتَقَدِّمُونَ فِي ذَلِكَ مَا يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ أَيْضًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ شَهَادَةَ الْمَرْأَتَيْنِ فِي الرَّضَاعِ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ لَا تَجُوزُ إلَّا بِالسَّمَاعِ الْفَاشِي الْقَوِيِّ الَّذِي يَأْتِي مِنْ غَيْرِ وَجْهٍ وَلَا وَجْهَيْنِ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ مِثْلُهُ وَزَادَ وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ مِنْهُ إلَّا بِالْأَمْرِ الْقَوِيِّ الْمُنْتَشِرِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ التَّزْوِيجِ، وَإِنْ ضَعُفَ فَحَقِيقٌ عَلَى الْمَرْءِ فِيهِ التَّوَقِّي وَالْحِيْطَةُ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ إنَّمَا هُوَ فَسْخُ النِّكَاحِ الْمُنْعَقِدِ قَبْلَ الشَّهَادَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِي الرَّضَاعِ فَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ فِيهَا مَا فِيهِ كِفَايَةٌ، وَأَمَّا شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ بِالرَّضَاعِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا يُعْمَلُ بِهَا إلَّا أَنْ يَفْشُوَ فِي الصِّغَرِ عِنْدَ الْمَعَارِفِ.

وَقَالَ أَيْضًا لَا يُقْضَى بِقَوْلِهَا وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ الزَّوْجُ قَالَ مُحَمَّدٌ يُرِيدُ إنْ كَانَتْ عَادِلَةً فَإِنَّمَا يَقَعُ الْخِلَافُ مِنْهُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، وَأَمَّا التَّوَقِّي مِنْهُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ قَالَ مُحَمَّدٌ إلَّا أَنْ يَطُولَ مُقَامُهُ مَعَهَا بِعِلْمِ الْمَرْأَتَيْنِ فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا يُرِيدُ وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا الْخَبَرُ فَاشِيًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) فَإِذَا قُلْنَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ بِانْفِرَادِهِنَّ فِيمَا تَقَدَّمَ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ دُونَ يَمِينِ الطَّالِبِ هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ.

وَقَالَ عَطَاءٌ وَالشَّعْبِيُّ لَا يُجْزِئُ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعٍ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ جِنْسٍ يَجُوزُ الْجِنْسُ مِنْهُ بِانْفِرَادِهِ فَإِنَّهُ يُجْزِئُ مِنْهُ الِاثْنَانِ كَالرِّجَالِ وَلَا تُجْزِئُ الْوَاحِدَةُ خِلَافًا لِلَّيْثِ وَأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَاحِدَةِ فِي الْعَوْرَةِ وَهُوَ مَا بَيْنَ الرُّكْبَةِ إلَى السُّرَّةِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي حَقٍّ مِنْ الْحُقُوقِ شَهَادَةُ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ أَبْلَغُ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ مِنْ الْمَرْأَةِ، وَلِذَلِكَ جُعِلَ الرَّجُلُ فِي مُقَابَلَةِ امْرَأَتَيْنِ ثُمَّ ثَبَتَ وَتَقَرَّرَ أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ دُونَ أَنْ يُقَارِنَهُ شَيْءٌ فَبِأَنْ لَا يُحْكَمَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قَوْلُهُ لِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ عَلَى الْوِلَادَةِ وَالِاسْتِهْلَالِ تُثْبِتُ الْمِيرَاثَ وَتَمَلُّكَ بِذَلِكَ الْأَمْوَالَ الْعِظَامَ مِنْ الْعَيْنِ وَالرِّبَاعِ وَغَيْرِهَا وَلَا يُحْكَمُ بِشَهَادَتِهِمَا فِي دِرْهَمٍ فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا تَجُوزُ فِي الْمَوَاضِعِ الْمَذْكُورَةِ الَّتِي لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهَا الرِّجَالُ فَيُحْكَمُ بِذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَيَئُولُ ذَلِكَ إلَى الْحُكْمِ بِأَمْوَالٍ عَظِيمَةٍ جَسِيمَةٍ عَلَى وَجْهِ الْمَآلِ لَا عَلَى وَجْهِ الْمُبَاشَرَةِ فَلَوْ بَاشَرَتْ شَهَادَتُهُنَّ دِرْهَمًا وَاحِدًا لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا فِي دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ الْعَدَدَ الْكَثِيرَ مِنْهُنَّ حَيْثُ يَجُوزُ الرِّجَالُ إنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ فَكَذَلِكَ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُنَّ فِي الْعِتْقِ وَتَجُوزُ فِيمَا يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ وَيَئُولُ إلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(220/5)

يَقُولُ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَلَا يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ قَالَ مَالِكٌ فَمِنْ الْحُجَّةِ عَلَى مَنْ قَالَ ذَلِكَ الْقَوْلَ أَنْ يُقَالَ لَهُ أَرَأَيْت لَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا أَلَيْسَ يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا مِمَّا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ النَّاسِ وَلَا بِبَلَدٍ مِنْ الْبُلْدَانِ فَبِأَيِّ شَيْءٍ أَخَذَ هَذَا أَوْ فِي أَيِّ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدَهُ فَإِنْ أَقَرَّ بِهَذَا فَلْيُقْرِرْ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنَّهُ لَيَكْفِي مِنْ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنْ السُّنَّةِ وَلَكِنَّ الْمَرْءَ قَدْ يُحِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ فَفِي هَذَا بَيَانُ مَا أَشْكَلَ مِنْ ذَلِكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ إنْ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ عَلَى مَنْ يُجِيزُ الْيَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ {فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ} [البقرة: 282] قَالَ وَهَذَا يَقْتَضِي إنْ عُدِمَ الرَّجُلَانِ لَا يُجْزِئُ إلَّا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَالزِّيَادَةُ فِي النَّصِّ عِنْدَهُمْ نَسْخٌ وَلَا يَجُوزُ نَسْخُ الْقُرْآنِ بِالْقِيَاسِ وَلَا بِأَخْبَارِ الْآحَادِ وَالْجَوَابُ مَا أَجَابَ بِهِ أَنَّ مَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا فَإِنَّ الْمَطْلُوبَ يَحْلِفُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ وَهَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الْأَئِمَّةِ وَلَيْسَ هَذَا فِي كِتَابِ اللَّهِ وَيَلْزَمُ أَبَا حَنِيفَةَ عَلَى قَوْلِهِ هَذَا أَنْ لَا يَثْبُتَ حُكْمٌ بِحَدِيثٍ صَحِيحٍ وَلَا قِيَاسٍ وَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِمَا يَجُوزُ فِيهِ النَّسْخُ لِلْقُرْآنِ؛ لِأَنَّ هَذَا كُلَّهُ زِيَادَةٌ فِي نَصِّ الْقُرْآنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هَذَا زِيَادَةً فِي نَصِّ الْقُرْآنِ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي النَّصَّ فَكَذَلِكَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَإِنَّهُ لَا يُنَافِي النَّصَّ فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ فَرَجُلٌ وَيَمِينُ الطَّالِبِ لَصَحَّ ذَلِكَ.

وَقَالَ كَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي النَّصِّ لَيْسَتْ بِنَسْخٍ؛ لِأَنَّ النَّسْخَ إزَالَةُ الْحُكْمِ الثَّابِت بِشَرْعٍ مُتَأَخِّرٍ عَنْهُ عَلَى وَجْهٍ لَوْلَاهُ لَكَانَ ثَابِتًا وَالزِّيَادَةُ فِي النَّصِّ لَا تُزِيلُ حُكْمَ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ بَلْ تُبَيِّنُهُ وَتُضِيفُ إلَيْهِ شَيْئًا آخَرَ، وَلِذَلِكَ إذَا فُرِضَتْ الصَّلَاةُ ثُمَّ فُرِضَ الصِّيَامُ لَمْ يَكُنْ فَرْضُ الصِّيَامِ نَسْخًا لِفَرْضِ الصَّلَاةِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ إنَّ الزِّيَادَةَ فِي النَّصِّ إذَا غَيَّرَتْ حُكْمَ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ فَهُوَ نَسْخٌ، وَإِذَا لَمْ تُغَيِّرْهُ فَلَيْسَ بِنَسْخٍ وَمَعْنَى تَغْيِيرِهِ لَهُ أَنْ يُؤْمَرَ بالصَّلَاةِ رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ يُؤْمَرَ بِهَا أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَهَذَا نَسْخٌ؛ لِأَنَّ الرَّكْعَتَيْنِ لَيْسَتَا بِشَرْعِيَّةٍ بَعْدَ الْأَمْرِ بِالْأَرْبَعِ، وَلَوْ افْتَتَحَ الصَّلَاةَ عَلَى رَكْعَتَيْنِ وَأَتَمَّهَا عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يُصَلِّيهَا قَبْلَ ذَلِكَ وَسَلَّمَ مِنْهَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُضِيفَ إلَيْهِمَا رَكْعَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ يُتِمُّ بِهِمَا ظُهْرَهُ أَوْ عَصْرَهُ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فَهَذَا نَسْخٌ، وَأَمَّا الَّذِي لَا يُغَيِّرُ حُكْمَ الْمَزِيدِ فَمِثْلُ أَنْ يَأْمُرَ بِالْحَدِّ أَرْبَعِينَ ثُمَّ يُؤْمَرَ بِهِ ثَمَانِينَ فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ لَا تُغَيِّرُ حُكْمَ الْمَزِيدِ، وَلَوْ ابْتَدَأَ ضَرْبَهُ عَلَى أَرْبَعِينَ وَأَتَمَّهَا عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يَأْتِي بِهَا قَبْلَ الْأَمْرِ بِالثَّمَانِينَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ عَلَيْهِ الثَّمَانِينَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ وَفِي مَسْأَلَتِنَا هَذِهِ الزِّيَادَةُ الَّتِي يَزْعُمُهَا بِالْحُكْمِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ لَمْ تُغَيِّرْ حُكْمَ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ بَلْ يُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّاهِدَيْنِ وَشَهَادَةُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَتَيْنِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يُقْبَلُ ذَلِكَ قَبْلَ الْأَمْرِ بِالْحُكْمِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ لَيْسَ مِمَّا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَكْثَرَ الْكُوفِيِّينَ لَا يَرَوْنَ رَدَّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي بِنُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَهُمْ فِي جَنْبَةِ مُدَّعِي الْمَالِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ أَنَّهُ مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ فِي بَلَدٍ مِنْ الْبُلْدَانِ وَلَا بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ النَّاسِ إيجَابُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْكِرِ دُونَ رَدِّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي بِنُكُولِ الْمُنْكِرِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ خِلَافِ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنَّهُ لَيَكْفِي فِي هَذَا مَا مَضَى مِنْ السُّنَّةِ لَعَلَّهُ يُرِيدُ الْحَدِيثَ الَّذِي أَوْرَدَهُ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْكُوفَةِ وَسَائِرَ النَّاسِ كَانُوا فِي ذَلِكَ الزَّمَنِ يَقُولُونَ بِالْمَرَاسِيلِ، وَقَوْلُهُ وَلَكِنَّ الْمَرْءَ يُحِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ يُرِيدُ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى وَالْقِيَاسِ وَقَطْعِ اعْتِرَاضِ

(221/5)

الْقَضَاءُ فِيمَنْ هَلَكَ وَلَهُ دَيْنٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَهُ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ دَيْنٌ عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَيَأْبَى وَرَثَتُهُ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى

حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ قَالَ فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الْأَيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ فَتَرَكُوهَا إلَّا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلًا وَيَعْلَمُ أَنَّهُمْ إنَّمَا تَرَكُوا الْأَيْمَانَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ)

[المنتقى]

الْمُعْتَرِضِ عَلَيْهِ بِتَأْوِيلٍ أَوْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْوَى لِغَلَبَةِ الظَّنِّ وَأَبْيَنُ لِوَجْهِ تَعَلُّقِ ذَلِكَ الْحُكْمِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وَمَا هُوَ مِثْلُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْقَضَاءُ فِيمَنْ هَلَكَ وَلَهُ دَيْنٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَهُ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُتَوَفَّى إذَا كَانَ عَلَيْهِ دُيُونٌ، وَلَهُ دَيْنٌ فَشَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ أَنَّ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَحْلِفُوا مَعَ الشَّاهِدِ، وَيَبْدَأُ الْغُرَمَاءُ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ لَهُمْ بِالْمِيرَاثِ فَإِنْ نَكَلَ الْوَرَثَةُ حَلَفَ الْغُرَمَاءُ، وَهَذَا الظَّاهِرُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَبْدَؤُنَ بِالْيَمِينِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ قَالَ سَحْنُونٌ: إنَّمَا كَانَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَحْلِفُوا أَوَّلًا فِي مَسْأَلَةِ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْغُرَمَاءَ لَوْ نَكَلُوا عَنْ الْيَمِينِ أَنَّهُمْ لَمْ يَقْبِضُوا دَيْنَهُمْ كَانَ لِلْوَرَثَةِ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ أَوَّلًا إذَا لَمْ يَقُمْ الْغُرَمَاءُ، فَإِنْ قَامُوا وَثَبَتَتْ حُقُوقُهُمْ، وَطَلَبُوا أَنْ يَحْلِفُوا فَهُمْ الْمُبْدِئُونَ بِهَا؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَى بِتَرِكَتِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوَرَثَةَ أَوْلَى بِالتَّرِكَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَدْفَعُوا إلَى الْغُرَمَاءِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وَيَخْتَصُّونَ بِالتَّرِكَةِ دُونَ الْغُرَمَاءِ، وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ حَيًّا لَمَا كَانَ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا فَكَذَلِكَ مَعَ وَرَثَتِهِ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَهُ مَا أَرَادُوا التَّرِكَةَ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي قَوْله تَعَالَى {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 11] فَلَمَّا كَانَ أَصْحَابُ الدَّيْنِ مُبْدَئِينَ قَبْلَ الْوَرَثَةِ فِي الْأَخْذِ فَكَذَلِكَ فِي الْأَيْمَانِ إذَا حُكِمَ لَهُمْ بِصِحَّةِ دَيْنِهِمْ.

(فَرْعٌ) : إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالِاخْتِلَافُ بَيْنَ مَالِكٍ وَسَحْنُونٍ فِي تَبْدِئَةِ الْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ بِالْأَيْمَانِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَالْمَعْرُوفُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْوَرَثَةَ مُبْدِئُونَ بِالْأَيْمَانِ إنْ كَانَ فِي الْمَالِ فَضْلٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ حَلَفَ الْغُرَمَاءُ فَإِنْ نَكَلُوا حَلَفَ الْغَرِيمُ وَبَرِئَ وَالَّذِي رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ خِلَافُ هَذَا، وَخِلَافُ قَوْلِ سَحْنُونٍ، وَهُوَ أَشْبَهُ بِمَا فِي الْمُوَطَّأِ فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ إذَا قَامَ لِلْغُرَمَاءِ شَاهِدٌ لِلْمَيِّتِ بِدَيْنٍ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَحْلِفُونَ مَعَهُ فَإِنْ نَكَلُوا حَلَفَ غُرَمَاؤُهُ وَاسْتَحَقُّوا قَدْرَ دَيْنِهِمْ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ لَمْ يَأْخُذْهُ الْوَرَثَةُ إلَّا بِيَمِينٍ فَدَلَّ قَوْلُهُ أَنَّ الْغُرَمَاءَ إذَا قَامُوا بِالشَّاهِدِ أَنَّهُمْ إنَّمَا قَامُوا بِهِ بَعْدَ ثُبُوتِ حُقُوقِهِمْ وَاسْتِحْلَافِهِمْ أَنَّهُمْ قَبَضُوا دَيْنَهُمْ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمَا كَانَ لَهُمْ الْقِيَامُ بِالشَّاهِدِ وَمَعَ ذَلِكَ فَالْوَرَثَةُ مُبْدَءُونَ بِالْأَيْمَانِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ وَدَلَّ قَوْلُهُ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ لَمْ يَأْخُذْهُ الْوَرَثَةُ إلَّا بِيَمِينٍ عَلَى أَنَّهُ لَمْ

يُفْضَلْ شَيْءٌ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهِ مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) : وَإِذَا امْتَنَعَ الْوَرَثَةُ مِنَ الْيَمِينِ أَوَّلًا فَحَلَفَ الْغُرَمَاءُ، وَبَقِيَ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ الْغُرَمَاءُ فَهَلْ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَحْلِفُوا، وَيَأْخُذُوهُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ لَيْسَ لِلْوَرَثَةِ مُعَاوَدَةُ الْيَمِينِ؛ لِنُكُولِهِمْ عَنْهَا أَوَّلًا إلَّا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ أَنَّ فِي دَيْنِ الْمَيِّتِ فَضْلًا عَنْ الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَنَعْلَمُ ذَلِكَ الْآنَ فَيَحْلِفُونَ، وَيَأْخُذُونَ الْفَضْلَ، وَهُوَ مَعْنَى مَا فِي الْمُوَطَّأِ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ نُكُولَهُمْ أَوَّلًا لَمْ يَكُنْ نُكُولًا عَنْ الْيَمِينِ وَتَسْلِيمِ الْحَقِّ، وَإِنَّمَا كَانَ امْتِنَاعًا مِنْ يَمِينٍ يَصِيرُ مَا اسْتَحَقَّ بِهَا إلَى غَيْرِهِمْ، وَلَوْ كَانَ نُكُولًا لَهُ حُكْمُ النُّكُولِ لَمَا انْتَقَلَتْ الْيَمِينُ إلَى الْغُرَمَاءِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ تَنْتَقِلُ إلَى الْمَطْلُوبِ، وَهَذِهِ الْيَمِينُ فِي الْحَقِيقَةِ إنَّمَا هِيَ يَمِينٌ يَنُوبُ فِيهَا الْوَرَثَةُ عَنْ الْغُرَمَاءِ فَإِذَا اسْتَوْفَى الْغُرَمَاءُ أَيْمَانَ الْوَرَثَةِ حِينَئِذٍ يَسْتَحِقُّونَ بِهَا مَا يَحْلِفُونَ عَلَيْهِ فَإِنْ نَكَلُوا حِينَئِذٍ عَنْ الْيَمِينِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ

(222/5)

. . . .

[المنتقى]

مُعَاوَدَتُهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ الْوَرَثَةَ إذَا حَلَفُوا فَإِنَّمَا يَحْلِفُونَ عَلَى جَمِيعِ الدَّيْنِ فَإِذَا نَكَلُوا فَقَدْ بَطَلَ حَقُّهُمْ مِنْهُ كَالشُّرَكَاءِ فِي الْمِيرَاثِ مَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ فَإِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى إثْبَاتِ جَمِيعِ الدَّيْنِ مَنْ نَكَلَ بَطَلَ حَقُّهُ، وَثَبَتَتْ الْيَمِينُ لِغَيْرِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا عَلِمَ الْوَرَثَةُ بِالْفَضْلِ فَنَكَلُوا عَنْ الْيَمِينِ فَقَدْ أَبْطَلُوا حَقَّهُمْ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا بِهِ ثَبَتَ لَهُمْ الْيَمِينُ عِنْدَ ظُهُورِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ حَلَفَ الْغُرَمَاءُ، وَطَرَأَ مَالٌ آخَرُ لِلْمَيِّتِ فَلَهُمْ الْأَخْذُ مِنْهُ، وَلَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ أَخْذُ الدَّيْنِ الَّذِي فِيهِ الشَّاهِدُ إلَّا بِأَيْمَانِهِمْ قَالَهُ أَصْبَغُ وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَزَادَ إذَا كَانَ الْغُرَمَاءُ لَمْ يَأْخُذُوا حُقُوقَهُمْ مِنَ الدَّيْنِ حَلَفُوا مَعَ الشَّاهِدِ فِيهِ، وَأَرَاهُ مَعْنَى قَوْلِ أَصْبَغَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ، وَلَا لِلْوَرَثَةِ أَخْذُ الدَّيْنِ إلَّا بِيَمِينِ الْوَرَثَةِ، وَلَا يُغْنِي يَمِينُ الْغُرَمَاءِ الَّتِي حَلَفُوا؛ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمَّا حَلَفَ الْغُرَمَاءُ كَانَ لَهُمْ أَخْذُ دَيْنِهِمْ بِمَا حَلَفُوا عَلَيْهِ فَأَمَّا إذَا أَخَذُوا مِنْ غَيْرِهِ وَتَرَكُوا ذَلِكَ الدَّيْنَ فَقَدْ صَارَ حَقًّا لِلْوَرَثَةِ فَلَا يَصِحُّ يَمِينُ الْغُرَمَاءِ فِيهِ

فَلَا بُدَّ أَنْ يُقْرَنَ بِالشَّاهِدِ يَمِينُ الْوَرَثَةِ الَّذِينَ يَنْتَقِلُ إلَيْهِمْ الدَّيْنُ بِالْمِيرَاثِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَ الْمَالُ لِلْمَيِّتِ تَبَيَّنَ أَنَّ أَيْمَانَ الْغُرَمَاءِ كَانَتْ لَغْوًا لَا يُسْتَحَقُّ بِهَا حَقٌّ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُمْ فِي الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إلَى اسْتِحْقَاقِهِ إلَى يَمِينٍ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَحْلِفُوا مَعَ ظُهُورِ الْمَالِ، وَيَخْتَارُوا الْحَلِفَ وَالْأَخْذَ مِنْ الدَّيْنِ دُونَ الْمَالِ الظَّاهِرِ.

وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا يَحْلِفُ هَاهُنَا إلَّا الْوَرَثَةُ، وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْغُرَمَاءُ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ مَالٌ ظَاهِرٌ يُقْتَضَى مِنْهُ الدَّيْنُ غَيْرَ الْمَالِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ يَرَى ذَلِكَ فِي الْمَالِ الْمَعْلُومِ دُونَ الْمَالِ الَّذِي لَا يُعْلَمُ بِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْغُرَمَاءِ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي شَهِدَ بِهِ الشَّاهِدُ جَمِيعَهُ حَقٌّ لَيْسَ عَلَى مَا يَنْوِ بِهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ فِي الْمُفْلِسِ يَحْلِفُ غُرَمَاؤُهُ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى دَيْنِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَهَذَا عِنْدِي مِثْلُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَقَّ كُلِّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ شَائِعٌ فِي جَمِيعِ الدَّيْنِ فَإِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى إثْبَاتِ جَمِيعِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ فَلَا مُحَاصَّةَ لَهُ مَعَ مَنْ حَلَفَ قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ فِي مَسْأَلَةِ الْمُفْلِسِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ بِنُكُولِهِ قَدْ أَبْطَلَ حَقَّهُ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ أَصْحَابُهُ كَمَا لَوْ نَكَلَ جَمِيعُهُمْ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ حَلَفَ أَخَذَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ هَذَا الدَّيْنِ لَا مِقْدَارَ مَا يَقَعُ لَهُ مِنْهُ لَوْ حَلَفَ أَصْحَابُهُ أَوْ قَامَ بِهِ شَاهِدَانِ قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ نَكَلَ يُعْطِي الْغُرَمَاءُ لِمَنْ حَلَفَ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَبَعْدَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ عَنْ الْيَمِينِ فَقَدْ بَطَلَ حَقُّهُ مِنْ الدَّيْنِ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي هَذَا الْمَالِ حَقٌّ فَلَا تَأْثِيرَ لِمَا ادَّعَاهُ فِيهِ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَالِ الْمَيِّتِ إلَّا دَيْنُ مَنْ حَلَفَ فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ الْمُحَاصَّةُ عَلَى ذَلِكَ وَوَجْهُ رِوَايَةِ عِيسَى أَنَّ الْغُرَمَاءَ لَمْ يُنَاكِرْ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فَمَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ اسْتَحَقَّ حَقَّهُ فِي مَالِ الْمَيِّتِ وَمَنْ نَكَلَ بَطَلَ حَقُّهُ فَلَمْ يَرْجِعْ ذَلِكَ إلَى أَصْحَابِهِ، وَلِذَلِكَ لَا تُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا رَجَعَ نَصِيبُهُ إلَى مَنْ يَسْتَحِقُّ مَالَ الْمَيِّتِ مِمَّنْ يُنَاكِرُ هَذَا الْمُدَّعَى، وَعَلَيْهِ تُرَدُّ الْيَمِينُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ رَجَعَ أَحَدٌ مِنْ الْغُرَمَاءِ بَعْدَ نُكُولِهِ إلَى أَنْ يَحْلِفَ، وَيَأْخُذَ حِصَّتَهُ قَالَ مُطَرِّفٌ فِي مَسْأَلَةِ الْمُفْلِسِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ: لَهُ ذَلِكَ فَوَجْهُ رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ أَنَّ النُّكُولَ يُبْطِلُ حَقَّ النَّاكِلِ، وَيَمْنَعُهُ مُعَاوَدَةَ مَا نَكَلَ عَنْهُ كَمَا لَوْ نَكَلَ صَاحِبُ الدَّيْنِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ يَقُولُ لَمْ أَكُنْ تَحَقَّقْتُ الْأَمْرَ فَأَرَدْتُ أَنْ أَكْشِفَ عَنْهُ، وَأَبْحَثَ وَقَدْ تَحَقَّقْتُهُ الْآنَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَحْلِفُ الْغُرَمَاءُ مَعَ الشَّاهِدِ بِإِبْرَاءِ الْمَيِّتِ مِنْ دَيْنٍ يَثْبُتُ عَلَيْهِ بِشَاهِدَيْنِ، وَقَامَ لَهُ شَاهِدٌ بِالْإِبْرَاءِ مِنْهُ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْلِفُ الْغُرَمَاءُ عَلَى إبْرَائِهِ، وَيَنْفَرِدُونَ بِالتَّرِكَةِ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ لَا يَحْلِفُ الْغُرَمَاءُ فِي إبْرَاءِ الْمَيِّتِ، وَإِنَّمَا يَحْلِفُونَ فِي دَيْنٍ لَهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ هَذِهِ يَمِينٌ يَصِلُ بِهَا الْغَرِيمُ إلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ فَوَجَبَ أَنْ

(223/5)

الْقَضَاءُ فِي الدَّعْوَى (ص) : (قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَذِّنِ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا نَظَرَ فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أَحْلَفَ الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُحَلِّفْهُ قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ مَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بِدَعْوَى نُظِرَ فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ أَخَذَ حَقَّهُ)

[المنتقى]

يُسْتَوْفَى فِيهَا الْإِبْرَاءُ، وَإِثْبَاتُ الدَّيْنِ كَيَمِينِ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ يَمِينَ الْغَرِيمِ عَلَى إبْرَاءِ الْمَيِّتِ رَجْمٌ بِالْغَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ ذَلِكَ وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَيْسَ هَذَا رَجْمًا بِالْغَيْبِ، وَإِنَّمَا حَلِفٌ بِخَبَرِ مُخْبِرٍ كَحَلِفِهِ عَلَى إثْبَاتِ دَيْنٍ لَهُ.

[الْقَضَاءُ فِي الدَّعْوَى وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُهُ فِي الَّذِي يَدَّعِي عَلَى رَجُلٍ حَقًّا إنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُحَلِّفْهُ هَذَا قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ بِالْمَدِينَةِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ: يُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إثْبَاتِ خُلْطَةٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مُجَرَّدَ الدَّعْوَى لَا يُوجِبُ حُكْمًا إلَّا لِوَجْهِ ضَرُورَةٍ وَاسْتِحْلَافُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَضَرَّةٌ تَلْحَقُهُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْذَى بِالْيَمِينِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ إلَّا أَنْ تَكُونَ ضَرُورَةٌ بِأَنْ يَكُونَ مِنْ الْأُمُورِ الَّتِي تَقَعُ عَلَيْهِ كَثِيرًا مِنْ غَيْرِ مُخَالَطَةٍ، وَلِذَلِكَ تَأْثِيرٌ فِي الشَّرْعِ، وَبِذَلِكَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ فِي الْقِتَالِ لَمَّا كَانَ يَتَعَذَّرُ إثْبَاتُ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَفِي ذَلِكَ أَبْوَابٌ ثَلَاثَةٌ الْأَوَّلُ فِي الدَّعَاوَى الَّتِي يُعْتَبَرُ فِيهَا الْخُلْطَةُ وَتَمْيِيزُهَا مِنْ غَيْرِهَا وَالثَّانِي فِي تَفْسِيرِ مَعْنَى الْخُلْطَةِ وَتَمْيِيزِهَا مِنْ غَيْرِهَا وَالثَّالِثُ فِيمَا تَثْبُتُ بِهِ الْخُلْطَةُ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي تَفْسِيرِ مَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْخُلْطَةُ] 1

ُ مَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْخُلْطَةُ هُوَ الْمُدَايَنَةُ وَادِّعَاءُ دَيْنٍ مِنْ مُعَاوَضَةٍ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَكَذَلِكَ إنْ اُدُّعِيَ عَلَيْهِ كَفَالَةٌ بِحَقٍّ فَلَا يَلْزَمُهُ، وَيَلْحَقُهُ إنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا خُلْطَةٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَفَالَةَ نَوْعٌ مِنْ الْمُعَاوَضَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُشَاحَّةِ بَيْنَ الْكَفِيلِ وَمَنْ تَكَفَّلَ لَهُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَوْصَى أَنَّ لِي عِنْدَ فُلَانٍ كَذَا حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إثْبَاتِ خُلْطَةٍ رَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ وَقَالَ: إنَّ الْمَيِّتَ عِنْدَ مَوْتِهِ أَقْرَبُ مَا يَكُونُ إلَى الصِّدْقِ فَيُوجِبُ مِنْ ذَلِكَ مَا تُوجِبُهُ الْمُخَالَطَةُ، وَمَا قَالَهُ لَهُ وَجْهٌ؛ لِأَنَّ لِقَوْلِ الْمُدَّعِي عِنْدَ مَوْتِهِ تَأْثِيرًا فِي تَحْقِيقِ الدَّعَاوَى الْمُوجِبَةِ لِلْأَيْمَانِ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي قَوْلِ الْمُدَّعِي دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ادَّعَى ثَوْبًا بِيَدِ إنْسَانٍ أَنَّهُ لَهُ فَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ مَنْ لَهُ ثَوْبٌ أَوْ عَرَضٌ يُمْكِنُهُ إثْبَاتُهُ بِالْبَيِّنَةِ، وَلَوْ اُحْتِيجَ إلَى ذَلِكَ لَتَعَذَّرَ حِفْظُ الشُّهُودِ لَهُ وَضَبْطُهُمْ لِذَلِكَ مَعَ كَثْرَتِهِ، وَلَزِمَهُمْ مِنْ مُرَاعَاتِهِ مَا يَشُقُّ فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إلَى إبْطَالِ الْحُقُوقِ فَلِذَلِكَ يَثْبُتُ فِي مِثْلِهِ الْيَمِينُ بِغَيْرِ خُلْطَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالصُّنَّاعُ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِمْ الْيَمِينُ لِمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِمْ فِي صِنَاعَتِهِمْ دُونَ إثْبَاتِ خُلْطَةٍ قَالَهُ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ وَقَالَ؛ لِأَنَّهُمْ نَصَّبُوا أَنْفُسَهُمْ لِلنَّاسِ، وَهَذَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ تُجَّارُ السُّوقِ فَإِنَّهُمْ نَصَّبُوا أَنْفُسَهُمْ لِلشِّرَاءِ مِنْ النَّاسِ وَالْبَيْعِ مِنْهُمْ غَيْرَ أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمْ أَنَّ الصُّنَّاعَ نَصَّبُوا أَنْفُسَهُمْ لِمَا يُوجِبُ عَلَيْهِمْ الْمُطَالَبَةَ بِالْعَمَلِ وَالْمَعْمُولِ خَاصَّةً دُونَ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ عَلَى أَحَدٍ مُطَالَبَةٌ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ فِي التِّجَارَةِ يَبِيعُ مَتَاعًا فَيَقْتَضِي الثَّمَنَ هُوَ وَسَيِّدُهُ فَيَدَّعِي الْمُتَبَايِعُونَ قَضَاءَ السَّيِّدِ بَعْضَ الثَّمَنِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ وَابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ إنْ أَنْكَرَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْيَمِينَ الَّتِي تُعْتَبَرُ فِيهَا الْمُخَالَطَةُ

(224/5)

. . . .

[المنتقى]

إنَّمَا هِيَ مَا حَقَّقَتْ دَعْوَى تَنَاوَلَتْ مُعَاوَضَةً؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُنْكِرٌ لِسَبَبِهَا، وَأَمَّا مَنْ اُدُّعِيَ عَلَيْهِ قَضَاءُ دَيْنِهِ فَلَا اعْتِبَارَ فِيهَا بِالْخُلْطَةِ؛ لِأَنَّهُ مُقِرٌّ بِهَا بِالثَّمَنِ قَدْ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ الْيَمِينَ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَعْنَى وَمَنْ أَوْصَى أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَيْهِ دَيْنًا فَطَلَبَ الْوَرَثَةُ يَمِينَ الْمُقَرِّ لَهُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: لَا يَأْخُذُهَا حَتَّى يَحْلِفَ وَقَدْ قُضِيَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي مِثْلِ هَذَا مَرَّةً بِالْيَمِينِ وَمَرَّةً بِلَا يَمِينٍ وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ يُرِيدُ لَبَاقٍ لَمْ يَقْبِضْهُ وَأَمَّا أَنْ يَحْلِفَ عَلَى تَحْقِيقِ مَا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ فَلَا مَعْنَى لِذَلِكَ وَجْهُ إثْبَاتِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ لِجَوَازِ أَنْ يَقْبِضَهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَوَجْهُ نَفْيِ الْيَمِينِ أَنَّ الْمُوصِيَ قَدْ صَدَّقَهُ فِي حَيَاتِهِ وَمَاتَ عَلَى تَصْدِيقِهِ، وَلَمْ يَقْضِهِ أَحَدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ إنَّمَا يَكُونُ مِنْ فِعْلِ الْوَارِثِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ فَلَا مَعْنَى لِاسْتِحْلَافِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا تَجِبُ الْيَمِينُ فِي الدَّعَاوَى مَعَ تَحْقِيقِهَا وَتَحْقِيقِ الْإِنْكَارِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ أَنَا أَحْلِفُ أَنَّ لِي عَلَيْك كَذَا لَمْ يَلْزَمْهُ يَمِينٌ حَتَّى يُحَقِّقَ يَمِينَهُ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا لَمْ تَكُنْ خُلْطَةٌ وَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُتَّهَمًا فَهَلْ تَجِبُ الْيَمِينُ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ يُسْتَحْلَفُ وَالْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ الْمَنْعُ مِنْ ذَلِكَ، وَاحْتَجَّ سَحْنُونٌ عَلَى قَوْلِهِ هَذَا بِأَنَّ لِلتُّهْمَةِ تَأْثِيرًا فِي

الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ فِي الْمَرْأَةِ تَدَّعِي أَنَّ رَجُلًا مِمَّنْ يُشَارُ إلَيْهِ بِالْخَيْرِ اسْتَكْرَهَهَا أَنَّهَا تُحَدُّ، وَإِنْ كَانَ يُشَارُ إلَيْهِ بِذَلِكَ نَظَرَ الْإِمَامُ فِيهِ، فَالتُّهْمَةُ تُوجِبُ مَا تُوجِبُهُ الْخُلْطَةُ مِنْ الْيَمِينِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ حُكْمَ الْعَدْلِ وَالْفَاجِرِ فِي الْأَيْمَانِ الَّتِي تُحَقَّقُ فِيهَا الدَّعَاوَى سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يُخْتَلَفُ فِي يَمِينِ التُّهْمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي تَفْسِيرِ مَعْنَى الْخُلْطَةِ وَتَمْيِيزِهَا مِنْ غَيْرِهَا] 1

إذَا ثَبَتَ اعْتِبَارُ الْخُلْطَةِ فَالْخُلْطَةُ الْمُعْتَبَرَةُ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ هِيَ: أَنْ يُسَالِفَهُ مُبَايَعَةً، وَيَشْتَرِي مِنْهُ مِرَارًا، وَإِنْ تَقَابَضَا فِي ذَلِكَ السِّلْعَةَ وَالثَّمَنَ وَتَفَاصَلَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ.

وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَا تَكُونُ الْخُلْطَةُ إلَّا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ الرَّجُلَيْنِ يُرِيدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْمُسَالَفَةَ وَاتِّصَالَهَا مِنْ الْمُتَدَاعِيَيْنِ تَقْتَضِي التَّعَامُلَ، وَيَشْهَدُ لِلْبَائِعِ أَنَّهُ إذَا كَانَ يُسَلِّفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ جَازَ أَنْ يُبَايِعَهُ، وَرُبَّمَا كَانَتْ الدَّعْوَى مِنْ جِهَةِ السَّلَفِ فَيَثْبُتُ بَيْنَهَا بِذَلِكَ مَا يُوجِبُ الْيَمِينَ وَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ الْخُلْطَةَ إنَّمَا تُعْتَبَرُ فِي دُيُونِ الْمُبَايَعَةِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الِاعْتِبَارُ بِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا تَثْبُتُ بَيْنَ أَهْلِ السُّوقِ مُخَالَطَةٌ بِكَوْنِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ مِنْ أَهْلِ السُّوقِ حَتَّى يَثْبُتَ التَّبَايُعُ بَيْنَهُمَا قَالَهُ الْمُغِيرَةُ وَسَحْنُونٌ قَالَ سَحْنُونٌ: وَكَذَلِكَ الْقَوْمُ يَجْتَمِعُونَ فِي الْمَسْجِدِ لِلصَّلَاةِ وَالْأُنْسِ وَالْحَدِيثِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ خُلْطَةٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ التَّدَاعِيَ مِنْ جِهَةِ الْبَيْعِ فَيَجِبُ أَنْ تَثْبُتَ بَيْنَهُمَا خُلْطَةٌ بِسَبَبِ الْبَيْعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الْخُلْطَةُ بِتَارِيخٍ قَدِيمٍ وَانْقَطَعَتْ بَقِيَ حُكْمُ الْمُخَالَطَةِ بَيْنَهُمَا قَالَهُ أَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إنْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَدْ كَانَتْ بَيْنَنَا خُلْطَةٌ وَانْقَطَعَتْ فَإِنْ ثَبَتَ انْقِطَاعُهَا لَمْ يَحْلِفْ إلَّا بِخُلْطَةٍ ثَانِيَةٍ مُجَدَّدَةٍ تَثْبُتُ بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ قُضِيَ لَهُ عَلَيْهِ الْيَوْمَ بِمِائَةِ دِينَارٍ أَقَامَ فِيهَا بَيِّنَةً ثُمَّ جَاءَ مِنْ الْغَدِ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا آخَرَ فَلَا يَمِينَ لَهُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ تِلْكَ الْخُلْطَةِ لِانْقِطَاعِهَا حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى خُلْطَةٍ لَمْ يَنْقَطِعْ أَمْرُهَا، وَإِلَى نَحْوِ هَذَا ذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ وَقَالَ: إنَّ مَنْ قَبَضَ حَقَّهُ مِنْ مُخَالَطَةٍ قَدِيمَةٍ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَى حَقًّا غَيْرَهُ لَا يُعْرَفُ لَهُ سَبَبٌ فَلَا يُحَلِّفُهُ بِالْخُلْطَةِ الْأُولَى فَقَوْلُ أَصْبَغَ وَسَحْنُونٍ يَقْتَضِي أَنَّ مَعْرِفَةَ الْخُلْطَةِ بَيْنَهُمَا تُوجِبُ الْيَمِينَ فِي دَعَاوِيهِمَا دُونَ أَنْ يَعْرِفَ سَبَبَ تِلْكَ الدَّعَاوَى، وَإِنْ عَرَفَ انْقِطَاعَ الدَّعَاوَى وَقَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ وَابْنِ حَبِيبٍ تَقْتَضِي أَنَّ كُلَّ مُعَامَلَةٍ تَجْرِي بَيْنَهُمَا يَلْزَمُ مَعْرِفَتُهَا وَمَعْرِفَةُ التَّعَامُلِ بَيْنَهُمَا مِنْ وَقْتِهَا، وَإِلَّا لَمْ تَلْزَمْ الْيَمِينُ.

. . . .

[المنتقى]

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَا تَثْبُتُ بِهِ الْخُلْطَةُ]

ﺃَمَّا مَا تَثْبُتُ بِهِ الْخُلْطَةُ فَإِقْرَارُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِهَا، وَالْبَيِّنَةُ تَشْهَدُ بِهَا قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَأَمَّا مَنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا بِالْخُلْطَةِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تُوجِبُ الْيَمِينَ أَنَّهُ خَلِيطُهُ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ فِي الشَّاهِدِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إذَا أَقَامَ بِالْخُلْطَةِ شَاهِدًا وَاحِدًا حَلَفَ الْمُدَّعِي مَعَهُ وَتَثْبُتُ الْخُلْطَةُ ثُمَّ يَحْلِفُ حِينَئِذٍ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَاحْتَجَّ ابْنُ كِنَانَةَ بِقَوْلِهِ إنَّمَا هُوَ أَمْرٌ لَا يَجِبُ بِهِ عَلَيْهِ غَيْرُ الْيَمِينِ فَتَثْبُتُ بِسَبَبٍ أَوْ بِشَيْءٍ يُرِيدُ مِمَّا تَقْوَى بِهِ دَعْوَى الْمُدَّعِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ مَعْنًى يَثْبُتُ فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِمَا يَثْبُتُ بِهِ الْحُقُوقُ، وَلَمَّا اخْتَصَّ بِالْمَالِ ثَبَتَ بِمَا ثَبَتَ بِهِ الْمَالُ مِنْ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَثْبَتَ حَقَّهُ بِبَيِّنَةٍ فَدَفَعَهَا الْمَطْلُوبُ بِعَدَاوَةٍ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ هُوَ كَمَنْ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ مِثْلَهُ قَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدٍ: وَقَدْ قِيلَ يَحْلِفُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْمَرْدُودَةَ لَمَّا لَمْ تُؤَثِّرْ فِيمَا شَهِدَتْ بِهِ مِنْ الْحَقِّ فَبِأَنْ لَا تُؤَثِّرَ فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يُشْهَدْ بِهِ مِنْ الْخُلْطَةِ أَوْلَى، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةَ، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ رُدَّتْ بَعْدَ الْقَبُولِ فَإِنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْإِرْثِ فِي إيجَابِ الْيَمِينِ وَالشَّاهِدِ فِي الدِّمَاءِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَكَانَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا يَقْتَضِي أَنَّ الدَّعَاوَى إنَّمَا تَكُونُ عَلَى الْحَاكِمِ وَقَدْ كَانَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَمِيرًا عَلَى الْمَدِينَةِ ثُمَّ كَانَ خَلِيفَةً، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ يَقْضِي فِي الْحَالَتَيْنِ أَوْ فِي إحْدَاهُمَا فَأَمَّا الْخَلِيفَةُ فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ حُكْمِهِ وَقَدْ حَكَمَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ، وَإِنَّمَا اسْتَقْضَى الْقُضَاةُ حِينَ اتَّسَعَ الْأَمْرُ وَشُغِلَ الْخُلَفَاءُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَمِيرٌ غَيْرُ مُؤَمَّرٍ يُرِيدُ أَنَّهُ غَالِبٌ مَالِكٌ لِلْأَمْرِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ وَمُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ:

هُوَ كَالْخَلِيفَةِ يَنْفُذُ حُكْمُهُ إلَّا فِي جَوْرٍ أَوْ خَطَأٍ بَيِّنٍ، يُرِيدُ فَلَا يَجُوزُ حُكْمُهُ قَالَ، وَإِنْ كَانَ مُؤَمَّرًا يُرِيدُ وَلَّاهُ غَيْرُهُ يُفَوِّضُ إلَيْهِ حُكُومَةً فَلَا يَجُوزُ حُكْمُهُ، وَلَا أَنْ يَسْتَقْضِيَ غَيْرَهُ، وَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَنْفُذْ حَتَّى يُفَوِّضَ إلَيْهِ نَصًّا فَيَكُونُ لَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يَسْتَقْضِيَ قَاضِيًا، وَيَجُوزُ حُكْمُهُ وَحُكْمُ قَاضِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إذَا كَانَ مِثْلُ وَالِي الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ أَوْ وَالِي الْفُسْطَاطِ أَمِيرَ الصَّلَاةِ فَإِنَّ قَضَاءَهُ مَاضٍ وَقَضَاءَ قَاضِيهِ إلَّا فِي جَوْرٍ بَيِّنٍ.

وَنَحْوُهُ رُوِيَ عَنْ سَحْنُونٍ وَزَادَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَمِيرُ عَدْلًا لَمْ يَجُزْ قَضَاؤُهُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ الْوِلَايَةَ إذَا كَانَتْ بِغَلَبَةٍ وَمَلَكَةٍ لِلْأَمْرِ فَهِيَ عَامَّةٌ، وَإِذَا وَلَّاهُ غَيْرُهُ فَهِيَ مَقْصُورَةٌ عَلَى مَا وَلَّاهُ إيَّاهُ دُونَ غَيْرِ ذَلِكَ فَإِذَا لَمْ يُوَلِّ عَلَى الْقَضَاءِ وَالْأَحْكَامِ وَتَقْدِيمِ الصَّلَاةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ وِلَايَةَ الْإِمَارَةِ عَامَّةٌ فَتَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى الْقَضَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَضَى صَاحِبُ السُّوقِ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَرْضِينَ، وَلِلنَّاسِ قَاضٍ أَوْ مَاتَ قَاضِيهِمْ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ وَالْمَجْمُوعَةِ: إنْ جَعَلَ إلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمِيرُ الَّذِي يُوَلِّي الْقُضَاةَ كَأَمِيرِ مِصْرَ، وَإِفْرِيقِيَةَ وَالْأَنْدَلُسِ جَازَ قَضَاؤُهُ إذَا كَانَ عَدْلًا فَقِيهًا، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ ذَلِكَ إلَيْهِ لَمْ يَجُزْ قَضَاؤُهُ إلَّا فِيمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَوَالِي الْمِيَاهِ إذَا جَعَلَ إلَيْهِ الْأَمِيرُ الْقَضَاءَ وَكَانَ عَدْلًا وَحَكَمَ بِصَوَابٍ جَازَ حُكْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا لَمْ يَجُزْ قَضَاؤُهُ قَالَهُ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ وَكِتَابِ ابْنِ عَبْدُوسٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْحُكْمِ فَإِذَا قُدِّمَ لِلْقَضَاءِ وَالِي الْمِيَاهِ أَوْ غَيْرُهُ، وَوَجَدْنَا فِيهِ شُرُوطَ الْقَضَاءِ مِنْ الْعَدَالَةِ وَغَيْرِهَا صَحَّتْ أَحْكَامُهُ، وَإِنْ عُدِمَتْ لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ مِنْهُ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ حَكَّمَ رَجُلَانِ بَيْنَهُمَا رَجُلًا فَقَضَى بَيْنَهُمَا فَقَضَاؤُهُ جَائِزٌ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ قَضَى بِمَا يُخْتَلَفُ فِيهِ، وَيَرَى الْقَاضِي خِلَافَهُ فَحُكْمُهُ مَاضٍ إلَّا فِي جَوْرٍ بَيِّنٍ.

وَقَالَهُ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا قَدَّمَاهُ لِلْحُكْمِ بَيْنَهُمَا بِمَا يَرَاهُ وَالْتَزَمَا ذَلِكَ فَلَا يَلْزَمُهُمَا ذَلِكَ إلَّا بِمُوَافَقَتِهِمَا

. . . .

[المنتقى]

عَلَيْهِ وَمُوَافَقَتِهِ هُوَ لَهُمَا فِي ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَمَتَى يَلْزَمُهُمَا ذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إذَا حَكَّمَاهُ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عِنْدَهُ ثُمَّ بَدَا لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ قَالَ أَرَى أَنْ يُقْضَى بَيْنَهُمَا، وَيَجُوزُ حُكْمُهُ وَنَحْوُهُ فِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ لِمُطَرِّفٍ وَأَصْبَغَ قَالَ مُطَرِّفٌ: لَهُ النُّزُوعُ قَبْلَ نَظَرِ الْحَاكِمِ بَيْنَهُمَا فِي شَيْءٍ فَأَمَّا بَعْدَ أَنْ يَنْشَبَا فِي الْخُصُومَةِ عِنْدَهُ وَنَظَرِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْرِهِمَا فَلَا نُزُوعَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيَلْزَمُهُمَا التَّمَادِي قَالَ أَصْبَغُ: كَمَا لَيْسَ لَهُ إذَا تَوَاضَعَا الْخُصُومَةَ عِنْدَ الْقَاضِي أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا أَوْ يَعْزِلَ وَكِيلًا لَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ: لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَبْدُوَ لَهُ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُفَاتِحَهُ صَاحِبُهُ أَوْ بَعْدَ مَا نَاشَبَهُ الْخُصُومَةَ وَحُكْمُهُ لَازِمٌ لَهُمَا كَحُكْمِ السُّلْطَانِ لِمَنْ أَحَبَّ مِنْهُمَا أَوْ كَرِهَ نَظَرَ لِصَاحِبِهِ كَمَا يَنْظُرُ السُّلْطَانُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ فِي ذَلِكَ مَا لَمْ يَمْضِ الْحُكْمُ فِيهِ فَإِذَا أَمْضَاهُ بَيْنَهُمَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِالتَّحْكِيمِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمَنْ تَابَعَهُ أَنَّهُ عِنْدَهُ مِنْ بَابِ الْوَكَالَةِ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ حَاكِمٌ خَاصٌّ وَالْوِلَايَةُ عَامَّةٌ وَالثَّانِي: أَنَّ حُكْمَهُ إنَّمَا يَكُونُ بِإِذْنِ مَنْ يُحْكَمُ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ، وَهَذَا مَعْنَى الْوَكَالَةِ، وَأَمَّا الْوِلَايَةُ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ تَحْكِيمُ الْمُتَخَاصِمَيْنِ، وَهِيَ عِنْدَ ابْنِ الْمَاجِشُونَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ لِاخْتِصَاصِهَا بِالْحُكْمِ عَلَى الْمُتَخَاصِمَيْنِ بِخِلَافِ مَا يَرْضَيَانِ بِهِ، وَالْوَكَالَةُ لَا تَكُونُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ إلَّا بِمَا يَرْضَاهُ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَلْزَمُ بِشُرُوعِهِ فِي النَّظَرِ بَيْنَهُمَا، وَلَا يَلْزَمُ بِالْقَوْلِ مَا احْتَجَّ بِهِ أَصْبَغُ مِنْهُمَا مِنْ أَنَّهَا كَالْوَكَالَةِ لَا يَصِحُّ لِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ وَكِيلَهُ بَعْدَ مَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي، وَلَهُ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَشْرَعَ فِيهَا وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ يَلْزَمُ بِالتَّحْكِيمِ وَرِضَاهُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَ آدَمِيَّيْنِ فَلَزِمَ بِالْقَوْلِ كَالتَّحْكِيمِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ الْخُصُومَةَ عِنْدَ الْقَاضِي يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ التَّنْفِيذِ لِلْقَاضِي؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ، وَهَذَا الْوَكِيلُ لَا يَشْرَعُ عِنْدَ غَيْرِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ عَلَى النَّظَرِ لِلْمُوَكَّلِ لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ مَتَى شَاءَ عَمَّا يَسْتَقْبِلُ مِنْ عَمَلِهِ دُونَ الْقَاضِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) وَلَوْ حَكَّمَ الْمُتَخَاصِمَانِ رَجُلَيْنِ فَحَكَمَ أَحَدُهُمَا، وَلَمْ يَحْكُمْ الْآخَرُ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَهُ قَالَهُ

سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ، وَلَوْ حَكَّمَ جَمَاعَةً فَاتَّفَقُوا عَلَى حُكْمٍ نَفَّذُوهُ وَقَضَوْا بِهِ جَازَ قَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا إذَا رَضِيَا بِحُكْمِ رَجُلَيْنِ أَوْ رِجَالٍ فَلَا يَلْزَمُهُمَا حُكْمُ بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ كَمَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ يَشْتَرِيَانِ لَهُ ثَوْبًا أَوْ يُطَلِّقَانِ امْرَأَتَهُ فَفَعَلَ ذَلِكَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وُجِدَ الْحُكْمُ مِنْ جَمِيعِ مَنْ تَرَاضَيَا بِحُكْمِهِ كَمَا لَوْ كَانَ وَاحِدٌ فَانْفَرَدَ حُكْمُهُ عَلَى الصَّوَابِ، وَهَذَا كَمَا نَقُولُهُ فِي الْحَكَمَيْنِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَفِي جَزَاءِ الصَّيْدِ أَنَّهُ يَجُوزُ مِنْ اثْنَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُوَلِّيَ رَجُلَيْنِ الْقَضَاءَ عَلَى أَنْ يَحْكُمَا جَمِيعًا فِي حُكُومَةٍ وَاحِدَةٍ يَشْهَدُ بِهَا الشُّهُودُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَا يَنْفُذُ أَنَّهَا إلَّا بِاتِّفَاقٍ مِنْهُمَا، وَلَا أَنْ يَتَّفِقَ قَاضِيَانِ عَلَى أَنْ يَنْظُرَا فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ لَا يَنْفُذُ إلَّا بِإِنْفَاذِهَا، وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ.

وَيَكْفِي فِي ذَلِكَ مَا اتَّصَلَ بِهِ الْعَمَلُ مُنْذُ بَعَثَ اللَّهُ مُحَمَّدًا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى يَوْمِنَا هَذَا فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ وَالْبِلَادِ لَمْ يُعْلَمْ أَنَّهُ جَرَى شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إلَى أَنْ ظَهَرَتْ هَذِهِ الْبِدْعَةُ بِأُنْدَةَ مِنْ كُوَرِ الْأَنْدَلُسِ فَتَوَلَّى التَّقْدِيمَ فِيهَا لِلْقُضَاةِ رَجُلٌ مُسْرِفٌ عَلَى نَفْسِهِ مَعَ فَرْطِ جَهْلِهِ فَقَدَّمَ ثَلَاثَةً لَا يُنَفِّذُ أَحَدُهُمْ فِيهَا قَضِيَّةً إلَّا بِاتِّفَاقٍ مِنْهُمْ، وَلَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ الشُّهُودَ كَانُوا يَشْهَدُونَ عِنْدَ الْأَوَّلِ فَيَكْتُبُ عَلَى شَهَادَةِ الشَّاهِدِ شَهِدَ ثُمَّ يَشْهَدُ ذَلِكَ الشَّاهِدُ عِنْدَ الثَّانِي فَيَكْتُبُ عَلَى شَهَادَتِهِ عِنْدَنَا ثُمَّ يَشْهَدُ عِنْدَ الثَّالِثِ فَيَكْتُبُ عَلَى شَهَادَتِهِ فَيَحْصُلُ بِمَا كَتَبُوهُ شَهِدَ عِنْدَنَا فَأَمَّا أَحَدُهُمْ فَنُزِعَ عَنْ ذَلِكَ، وَلَا أَرَاهُ إلَّا بَلَغَهُ إنْكَارِي لِلْأَمْرِ، وَأَمَّا الْآخَرَانِ فَأَصَرَّا وَتَمَادَيَا عَلَى ضَلَالَتِهِمَا وَسَوَّغَ لَهُمْ حُكَّامُ الْجَزِيرَةِ، وَفُقَهَاؤُهُمْ ذَلِكَ لِقِلَّةِ مُرَاعَاتِهِمْ لِهَذَا الْمَعْنَى وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْقَاضِي الْمُوَلَّى لِلْقَضَاءِ، وَبَيْنَ الرَّجُلَيْنِ يُحَكِّمَانِهِمَا الْخَصْمَانِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقَضَاءَ وِلَايَةٌ كَالْإِمَارَةِ وَالْإِمَامَةِ

(227/5)

. . . .

[المنتقى]

فَلَا تَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ، وَيَكْفِي فِي ذَلِكَ مَا قَامَ بِهِ الْأَنْصَارُ يَوْمَ السَّقِيفَةِ وَقَالُوا لِلْمُهَاجِرِينَ مِنَّا أَمِيرٌ وَمِنْكُمْ أَمِيرٌ فَقَالَ عُمَرُ لَسَيْفَانِ فِي غِمْدٍ لَا يَصْطَلِحَانِ أَبَدًا وَرَجَعَ النَّاسُ إلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَالْمُهَاجِرِينَ، وَأَجْمَعُوا عَلَيْهِ.

وَوَجْهٌ ثَانٍ: أَنَّ إمَامَةَ الْخِلَافَةِ تَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَيَيْنِ عَلَى الصَّلَاةِ وَالْأَحْكَامِ، وَهِيَ أَصْلُ التَّقْدِيمِ فِيهِمَا

فَكَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَقَدَّمَ رَجُلَانِ يُصَلِّيَانِ بِالنَّاسِ صَلَاةً وَاحِدَةً كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَدَّمَ لِلنَّاسِ حَاكِمَانِ يَحْكُمَانِ جَمِيعًا فِي كُلِّ حُكْمٍ وَوَجْهٌ ثَالِثٌ: وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ إنَّمَا قَدَّمَ لِلْأَحْكَامِ مَنْ يَرْضَى دِينَهُ، وَأَمَانَتَهُ وَعِلْمَهُ وَمَنْ يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا يُؤَدِّيهِ إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ، وَهَذَا يُنَافِي مُقَارَنَةَ آخَرَ لَهُ لَا يَجُوزُ حُكْمُهُ إلَّا بِمُوَافَقَتِهِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ صِفَةُ مَنْ يُخَافُ عَلَيْهِ الضَّلَالُ؛ لِكَثْرَتِهِ مِنْهُ وَتَقْصِيرِهِ عَنْ الْقِيَامِ بِالْحَقِّ قَالَ اللَّهُ – تَعَالَى – {فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى} [البقرة: 282] وَلَا خِلَافَ أَنَّ حُكْمَ الْوَاحِدِ هُوَ الْمَشْهُورُ الْمَعْلُومُ الظَّاهِرُ الَّذِي لَا يُعْرَفُ غَيْرُهُ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْ أَحَدٍ مِنْ الْأُمَّةِ سِوَاهُ كَمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّاهِدَيْنِ يَقُومُ مَقَامَ شَاهِدٍ كَامِلِ الْعَدَالَةِ. فَإِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ لِكَثْرَةِ حَاجَةِ النَّاسِ إلَى الشَّهَادَاتِ، وَأَنَّهُ لَمْ يُوَلَّ أَحَدٌ هَذَا فَيُعَوَّلُ فِيهِ عَلَيْهِ فَالْمَرْأَتَانِ لِنُقْصَانِ دِينِهِمَا يَقُومَانِ مَقَامَ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ، وَلَا يُقَامُ رَجُلَانِ مِنْ الشُّهَدَاءِ مَقَامَ رَجُلٍ فَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ أَنْ يُقَامَ حَاكِمَانِ مَقَامَ حَاكِمٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَجَازَ تَقْدِيمُ النِّسَاءِ وَتَوْلِيَتِهِنَّ الْحُكُومَةَ فَتَقُومُ امْرَأَتَانِ مَقَامَ رَجُلٍ، وَهَذَا بَاطِلٌ بِاتِّفَاقٍ وَمِمَّا يَجْرِي مَجْرَى هَذَا مَا جَرَى بِبَلَدِنَا بِجِهَةِ الرَّقَّةِ فَإِنَّهُمْ قَدَّمُوا لِلْقَضَاءِ ابْنَ عُمَرَ وَكَانَ رَجُلًا أَعْمَى، وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ مِنْ الْمَنْعِ وَالتَّحْرِيمِ لَهُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَبَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ وَقَدْ أَنْكَرْتُ هَذَا حِينَ وُقُوعِهِ.

[مَسْأَلَةِ التَّحْكِيمِ وَفِيهَا بَابَانِ]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ مَنْ يَجُوزُ تَحْكِيمُهُ]

وَفِيمَا بَقِيَ مِنْ مَسْأَلَةِ التَّحْكِيمِ بَابَانِ أَحَدُهُمَا فِي صِفَةِ مَنْ يَجُوزُ تَحْكِيمُهُ وَالثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهَا (الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ مَنْ يَجُوزُ تَحْكِيمُهُ) فَأَمَّا صِفَةُ مَنْ يَحْكُمُ فَأَنْ يَكُونَ رَجُلًا حُرًّا مُسْلِمًا بَالِغًا عَاقِلًا عَدْلًا رَشِيدًا قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابِ ابْنِهِ لَوْ حَكَّمَا مَسْخُوطًا أَوْ امْرَأَةً أَوْ مُكَاتَبًا أَوْ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا فَحُكْمُهُ بَاطِلٌ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَكَذَلِكَ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ. وَقَالَ فِي الْوَاضِحَةِ وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ وَالْمَسْخُوطُ وَالنَّصْرَانِيُّ قَالَ أَشْهَبُ: وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ وَالْمَعْتُوهُ وَالْمُوَسْوِسُ، وَإِنْ أَصَابُوا الْحُكْمَ لَمْ يَجُزْ حُكْمُهُمْ.

وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ فِي الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ وَقَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ إنْ حَكَّمَا بَيْنَهُمَا امْرَأَةً فَحُكْمُهَا مَاضٍ إذَا كَانَ مِمَّا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ وَالْحُرُّ الْمَسْخُوطُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ إنْ كَانَ الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ بَصِيرَيْنِ عَارِفَيْنِ مَأْمُونَيْنِ فَإِنَّ تَحْكِيمَهُمَا وَحُكْمَهُمَا جَائِزٌ إلَّا فِي خَطَأٍ بَيِّنٍ وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَأَشْهَبُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَبِهِ آخُذُ.

وَقَدْ وَلَّى عُمَرُ الشِّفَاءَ، وَهِيَ أُمُّ سُلَيْمَانَ بِنْتُ أَبِي حَثْمَةَ سُوقَ الْمَدِينَةِ، وَلَا بُدَّ لِوَالِي السُّوقِ مِنْ الْحُكْمِ

بَيْنَ النَّاسِ، وَلَوْ فِي صِغَارِ الْأُمُورِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إنْ حَكَّمَا مَسْخُوطًا فَحَكَمَ فَأَصَابَ جَازَ، وَكَذَلِكَ الْمَحْدُودُ وَالصَّبِيُّ إذَا كَانَ قَدْ عَقَلَ وَعَرَفَ وَعَلِمَ فَرُبَّ غُلَامٍ لَمْ يَبْلُغْ لَهُ عِلْمٌ بِالسُّنَّةِ وَالْقَضَاءِ، وَأَصْلُ هَذَا كُلِّهِ أَنَّ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْوَكَالَةِ لَمْ يُرَاعِ فِيهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ ذَاهِبَ الْعَقْلِ، وَمَنْ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ فِي حُكْمٍ خَاصٍّ لَمْ يُجِزْ فِيهِ إلَّا مَنْ قَدَّمْنَا وَصْفَهُ قَبْلَ هَذَا مِمَّنْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ صِفَاتُ الْحُكْمِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهَا] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهَا) ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ حُكْمُهُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ يُحَكِّمَانِهِ فِي الْأَمْوَالِ، وَمَا جَرَى مَجْرَاهَا، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُقِيمَ حَدًّا، وَلَا يُلَاعِنَ قَالَهُ سَحْنُونٌ.

وَقَالَ أَصْبَغُ لَا يُقْضَى بَيْنَهُمَا فِي قِصَاصٍ، وَلَا حَدِّ قَذْفٍ، وَلَا عِتْقٍ، وَلَا طَلَاقٍ، وَلَا نَسَبٍ، وَلَا وَلَاءٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ أَشْيَاءُ لَا يَقْطَعُهَا إلَّا الْإِمَامُ قَالَ أَصْبَغُ فَإِنْ حَكَّمَاهُ فَحَكَمَ فِيمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ فِيهِ نَفَذَ حُكْمُهُ، وَيَنْهَاهُ

(228/5)

الْقَضَاءُ فِي شَهَادَةِ الصِّبْيَانِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى قَالَ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ شَهَادَةَ الصِّبْيَانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ، وَلَا تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ وَحْدَهَا لَا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ إذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا أَوْ يُخَبَّبُوا أَوْ يُعَلَّمُوا فَإِنْ افْتَرَقُوا فَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ إلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقُوا)

[المنتقى]

السُّلْطَانُ عَنْ الْعَوْدَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ أُمُورٌ لَهَا قَدْرٌ فَيُحْتَاطُ لَهَا بِأَنْ لَا يَحْكُمُ فِيهَا إلَّا مَنْ قَامَ بِالْوِلَايَةِ الْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَةِ الْإِمَامِ بِأَحْوَالِهِ الَّتِي تَقْتَضِي ذَلِكَ لَهُ أَوْ يُؤْمَنُ فِي الْأَغْلَبِ أَمْرُهُ أَوْ مَنْ قَدَّمَهُ الْإِمَامُ أَوْ الْحَاكِمُ لِمَعْنًى يَخْتَصُّ بِهِ فِي ضَرُورَةٍ دَاعِيَةٍ إلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي شَهَادَةِ الصِّبْيَانِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَبِهِ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَمُعَاوِيَةُ وَمِنْ التَّابِعِينَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ وَالشَّافِعِيُّ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ مَعْنَاهُ عِنْدَنَا فِي شَهَادَتِهِمْ عَلَى الْكِبَارِ وَرَوَى وَكِيعٌ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ مَا رَأَيْتُ الْقُضَاةَ أَخَذَتْ إلَّا بِقَوْلِ ابْنِ الزُّبَيْرِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ عَلِيٌّ وَمَنْ تَابَعَهُ مَا احْتَجَّ بِهِ شُيُوخُنَا مِنْ أَنَّ الدِّمَاءَ يَجِبُ الِاحْتِيَاطُ لَهَا وَالصِّبْيَانُ فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِمْ يَنْفَرِدُونَ فِي مَلَاعِبِهِمْ حَتَّى لَا يَكَادَ أَنْ يُخَالِطَهُمْ غَيْرُهُمْ، وَيَجْرِي بَيْنَهُمْ مِنْ اللَّعِبِ وَالتَّرَامِي مَا رُبَّمَا كَانَ سَبَبًا لِلْقَتْلِ وَالْجِرَاحِ فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ بَيْنَهُمْ إلَّا الْكِبَارُ، وَأَهْلُ الْعَدْلِ لَأَدَّى ذَلِكَ إلَى هَدْرِ دِمَائِهِمْ وَجِرَاحِهِمْ فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ بَيْنَهُمْ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقَعُ عَلَى الصِّحَّةِ فِي غَالِبِ الْحَالِ وَسَنُبَيِّنُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَفِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي ذِكْرِ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ مِنْهُمْ وَالْبَابُ الثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْحَالَةِ الَّتِي تَجُوزُ عَلَيْهَا شَهَادَتُهُمْ.

وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي ذِكْرِ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ مِنْ الصِّبْيَانِ] 1

اتَّفَقَ أَصْحَابُ مَالِكٍ عَلَى أَنَّهَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا دُونَ الْقَتْلِ مِنْ الْجِرَاحِ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهَا لَا تَجُوزُ فِي الْحُقُوقِ قَالَ سَحْنُونٌ: إنَّمَا أَجَزْتُهَا فِي الْجِرَاحِ، وَلَمْ أُجِزْهَا فِي الْحُقُوقِ لِلضَّرُورَةِ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ يَحْضُرُهَا الْكِبَارُ، وَلَا يَحْضُرُونَ فِي جِرَاحِ الصِّغَارِ فِي الْأَغْلَبِ، وَلَوْ حَضَرَهَا كَبِيرٌ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمْ قِيلَ لَهُ فَيَلْزَمُك عَلَى هَذَا الْغَصْبُ أَنْ يَغْصِبَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ثَوْبًا قَالَ غَيْرُهُ قَدْ يُقْبَلُ فِي الدِّمَاءِ مَا لَا يُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ احْتِيَاطًا لِلدِّمَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي جَوَازِهَا فِي الْقَتْلِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ أَنَّهَا تَجُوزُ بَيْنَهُمْ فِي الْقَتْلِ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَشْهَبُ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ إنَّمَا أُجِيزَتْ لِلِاحْتِيَاطِ لِلدِّمَاءِ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَجُزْ فِي الْحُقُوقِ،

وَالِاحْتِيَاطُ لِلنُّفُوسِ أَعْظَمُ مِنْ الِاحْتِيَاطِ لِلْجِرَاحِ

فَإِذَا لَمْ تَتَكَرَّرْ لِكَثْرَةِ لَعِبِهِمْ وَتَرَامِيهِمْ بِالْحِجَارَةِ وَغَيْرِهَا فَإِنَّمَا جُوِّزَ لِلضَّرُورَةِ فِيمَا يَكْثُرُ بَيْنَهُمْ مِمَّا انْفَرَدُوا بِهِ دُونَ مَا يَقِلُّ، وَيَنْدُرُ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ فِي الْحُقُوقِ وَالْغَصْبِ فَإِنَّهُ يَقِلُّ بَيْنَهُمْ، وَيَنْدُرُ حَالَ انْفِرَادِهِمْ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا جُوِّزَتْ فِي الْقَتْلِ فَقَدْ قَالَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ: لَا يَجُوزُ فِيهِ حَتَّى يَشْهَدَ الْعُدُولُ عَلَى رُؤْيَةِ الْبَدَنِ مَقْتُولًا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا شَهَادَةٌ أُجِيزَتْ لِلضَّرُورَةِ فَلَا تَثْبُتُ إلَّا بِثُبُوتِ أَصْلِهَا وَمَا يَتَعَلَّقُ فِيهِ شَهَادَةُ الْعُدُولِ كَشَهَادَةِ النِّسَاءِ عَلَى الِاسْتِهْلَالِ وَالْقَتْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ذَا الَّذِي تَجُوزُ شَهَادَتُهُ مِنْ الصِّبْيَانِ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْإِنَاثِ

(229/5)

. . . .

[المنتقى]

وَقَالَ سَحْنُونٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ اخْتَلَفَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي شَهَادَةِ إنَاثِهِمْ فِي الْجِرَاحِ فَلَمْ يُجِزْهَا فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ، وَأَجَازَهَا فِي كِتَابِ الدِّيَاتِ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ: تَجُوزُ شَهَادَةُ إنَاثِهِمْ وَذُكُورِهِمْ فِي الْقَتْلِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ: تَجُوزُ شَهَادَةُ إنَاثِهِمْ قَالَ سَحْنُونٌ: وَالَّذِي آخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ صِغَارًا حَيْثُ تَجُوزُ كِبَارًا وَجْهُ رِوَايَةِ الْمَنْعِ أَنَّ الضَّرُورَةَ إنَّمَا تَدْعُو إلَى مَا يَكْثُرُ، وَيَتَكَرَّرُ دُونَ مَا يَقِلُّ وَيَنْدُرُ، وَحُضُورُ الْإِنَاثِ مَعَ الذُّكُورِ مِنْهُمْ يَقِلُّ لَا سِيَّمَا فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَقِلُّ مِنْهُمْ مِثْلُ هَذَا فَلِذَلِكَ لَمْ تَدْعُ الضَّرُورَةُ إلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِنَّ وَوَجْهُ الْإِجَازَةِ أَنَّ الصِّغَارَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا انْفَرَدُوا بِحُضُورِهِ كَالذُّكُورِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْإِنَاثِ فَقَدْ رَوَى مَعْنُ بْنُ عِيسَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُمْ غُلَامٌ وَجَارِيَتَانِ وَرَوَاهُ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ أَقَلُّ مَا يُجْزِئُ مِنْ شَهَادَةِ الصِّبْيَانِ غُلَامَانِ أَوْ غُلَامٌ وَجَارِيَتَانِ، وَلَا يَجُوزُ غُلَامٌ وَجَارِيَةٌ، وَلَا جَوَارٍ، وَإِنْ كَثُرْنَ؛ لِأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ مَقَامُ اثْنَتَيْنِ وَاثْنَتَانِ مَقَامُ غُلَامٍ، وَلَا يُحْكَمُ بِشَهَادَةِ الْغُلَامِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَا يَكُونُ مَعَهُ قَسَامَةٌ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ: وَلَا يَحْلِفُ مَعَهُ فِي الْجِرَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَهِدَ مَعَهُ كَبِيرٌ عَدْلٌ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ فَيَمِينُ الْوَلِيِّ مَعَهُ كَشَاهِدٍ مَعَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْعَبْدِ مِنْهُمْ زَادَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ، وَلَا شَهَادَةُ مَنْ عَلَى غَيْرِ الْإِسْلَامِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ كِبَارِهِمْ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ صِغَارِهِمْ كَالْمَجَانِينِ وَالْمَخْبُولِينَ، وَإِنْ شَهِدَ أَحْرَارُهُمْ لِعَبِيدِهِمْ جَازَ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُنْظَرُ فِي الصِّبْيَانِ إلَى عَدَالَةٍ، وَلَا عَدَاوَةٍ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي أَنَّهُ لَا يُنْظَرُ إلَى عَدَالَةٍ، وَلَا جُرْحَةٍ فِيهِمْ قَالَ سَحْنُونٌ؛ لِأَنَّ عَدَاوَتَهُمْ لَا عَوْدَ لَهَا، وَلَا نَفْعَ فِي مَوْضِعِ الْعَدَاوَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ، وَلَيْسَ لَهُمْ مِنْ الْحَالِ مَا يَقْصِدُونَ بِهِ إلَى أَذَى مَنْ يُعَادِيهِمْ بِمِثْلِ هَذَا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: إذَا ثَبَتَتْ الْعَدَاوَةُ لَمْ يَجُزْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ فَأَثَّرَ فِي إبْطَالِهَا الْعَدَاوَةُ كَشَهَادَةِ الْكِبَارِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَجُوزُ لِذَوِي الْقَرَابَةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَا يُنْظَرُ فِي شَهَادَتِهِمْ إلَى جُرْحَةٍ، وَلَا قَرَابَةٍ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ تَسْقُطُ فِي الْقَرَابَةِ.

وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: يَجْرِي مَجْرَى الْكَبِيرِ فِي الْأَبَوَيْنِ وَالْجُدُودِ وَالزَّوْجَةِ فَتُرَدُّ فِي هَذَا؛ لِأَنَّهُ يَجُرُّ إلَى نَفْسِهِ، وَقَالَهُ سَحْنُونٌ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ لَمْ يُعْتَبَرْ بِعَدَاوَتِهِ، وَلَا عَدَالَتِهِ فَيَجِبُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ بِقَرَابَتِهِ؛ لِأَنَّ الْعَدَاوَةَ تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ بِكُلِّ وَجْهٍ وَالْقَرَابَةَ لَا تَمْنَعُهَا إلَّا عَلَى صِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ فَكَانَتْ الْعَدَاوَةُ أَبْلَغَ فِي رَدِّ الشَّهَادَةِ مِنْ الْقَرَابَةِ فَإِذَا لَمْ تَمْنَعْ الْعَدَاوَةُ شَهَادَةَ الصِّبْيَانِ فَبِأَنْ لَا يَمْنَعَ مِنْهَا الْقَرَابَةُ أَوْلَى، وَأَحْرَى وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ اعْتِبَارُهَا بِشَهَادَةِ الْكِبَارِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْحَالَةِ الَّتِي تَجُوزُ عَلَيْهَا شَهَادَتُهُمْ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي تَبْيِينِ الْحَالَةِ الَّتِي تَجُوزُ عَلَيْهَا شَهَادَتُهُمْ) هِيَ أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُمْ كَبِيرٌ وَتُقَيَّدُ شَهَادَتُهُمْ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا فَأَمَّا الْكَبِيرُ يَكُونُ مَعَهُمْ فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ قَبُولَ شَهَادَتِهِمْ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ إذَا انْفَرَدُوا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ إنَّمَا أُجِيزَتْ بَيْنَهُمْ لِلضَّرُورَةِ وَالضَّرُورَةُ إنَّمَا تَكُونُ إذَا انْفَرَدَ، وَإِذَا كَانَ مَعَهُمْ كَبِيرٌ فَقَدْ زَالَتْ الضَّرُورَةُ وَصَارُوا عَلَى حَالَةٍ يُمْكِنُ إثْبَاتُ أَحْكَامِهِمْ مَعَهَا فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ.

وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَوْ شَهِدَ صَبِيَّانِ أَنَّ صَبِيًّا قَتَلَ صَبِيًّا مُبَاغَتَةً وَشَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ، وَأَنَّهُمَا حَاضِرَانِ حَتَّى سَقَطَ الصَّبِيُّ فَمَاتَ دُونَ أَنْ يَضْرِبَهُ أَحَدٌ أَوْ يَقْتُلَهُ فَشَهَادَةُ الصِّبْيَانِ تَامَّةٌ، وَلَا يُنْظَرُ إلَى

قَوْلِ الْكَبِيرَيْنِ كَمَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ، وَلَا يُنْظَرُ إلَى الْأَعْدَلِ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ أَنْكَرَ سَحْنُونٌ قَوْلَ أَصْبَغَ هَذَا وَقَالَ: قَوْلُ أَصْحَابِنَا أَنَّ شَهَادَةَ الْكَبِيرَيْنِ أَحَقُّ، وَأَنَّهَا كَالْجُرْحَةِ لِلصِّغَارِ، وَغَيْرُ هَذَا خَطَأٌ غَيْرُ مُشْكِلٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الْكِبَارُ رِجَالًا أَوْ نِسَاءً؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ يَجُزْنَ فِي الْخَطَأِ وَعَمْدُ الصَّبِيِّ كَالْخَطَأِ قَالَهُ كُلَّهُ

(230/5)

. . . .

[المنتقى]

سَحْنُونٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إذَا كَانَ مَعَهُمْ كَبِيرٌ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ شَاهِدٌ أَوْ مَشْهُودٌ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ لَمْ تَجُزْ شَهَادَةُ الصِّغَارِ إلَّا كَبِيرٍ مَقْتُولٍ لَمْ يَبْقَ حَتَّى يُعْلِمَهُمْ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ قَتَلَهُ بِعَصًا لَا يَبْقَى لَهُ بَعْدَ سَبَبِهِ حَيَاةٌ يُعْلِمُهُمْ، وَيُلَقِّنُهُمْ الشَّهَادَةَ مِثْلَ أَنْ يُلْقِيَهُ أَحَدُ الصِّبْيَانِ مِنْ عُلُوٍّ عَظِيمٍ لَا يَصِحُّ أَنْ يَعِيشَ مَنْ سَقَطَ مِنْهُ أَوْ يُلْقِيَهُ مِنْ عُلُوٍّ فِي بَحْرٍ فَيَغْرَقُ أَوْ يَضْرِبَهُ بِسَيْفٍ ضَرْبَةً يُبِينُ بِهَا رَأْسَهُ أَوْ مَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ تُرَاعَى الْعَدَالَةُ فِي الْكَبِيرِ الَّذِي يَكُونُ مَعَهُمْ قَالَ مَالِكٌ إذَا شَهِدَ صَبِيَّانِ مَعَ كَبِيرٍ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمْ قَالَ مُطَرِّفٌ: إذَا كَانَ الْكَبِيرُ عَدْلًا فَأَمَّا إذَا كَانَ مَسْخُوطًا أَوْ نَصْرَانِيًّا أَوْ عَبْدًا لَمْ تَضُرَّ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونَ وَأَصْبَغُ وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ إنْ كَانَ مَعَهُمْ كَبِيرٌ غَيْرُ عَدْلٍ وَكَانَ ظَاهِرَ السَّفَهِ وَالْجُرْحَةِ جَازَتْ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ ثُمَّ وَقَفَ عَلَى إجَازَتِهَا.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ إذَا كَانَ الَّذِي حَضَرَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَبِأَنْ لَا تُؤَثِّرَ فِي رَدِّ شَهَادَةِ غَيْرِهِ أَوْلَى وَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ الْآخَرِ فِي تَوَقُّفِهِ عَنْ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ صَلُحَتْ حَالُهُمْ بِحُضُورِ الْفَاسِقِ مَعَهُمْ عَنْ حَالِ الضَّرُورَةِ وَالْحَالِ الْمُتَكَرِّرَةِ إلَى حَالٍ يَنْدُرُ، وَيَقِلُّ مِنْ جَرَيَانِ مِثْلِ هَذَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا مُخْتَصٌّ بِمَوْضِعٍ يَحْضُرُهُ الْكِبَارُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلِذَلِكَ لَوْ شَهِدَ الْكَبِيرُ بِمِثْلِ مَا شَهِدَ بِهِ الصِّبْيَانُ بَطَلَتْ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يُقْبَلُ صَبِيٌّ أَوْ صَبِيَّانِ وَرَجُلٌ عَلَى صَبِيٍّ، وَيُكَلَّفُ شَهَادَةَ رَجُلٍ آخَرَ وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فَثَبَتَ أَنَّ الَّذِي يُؤَثِّرُ فِي مَنْعِ قَبُولِ شَهَادَتِهِمْ حُضُورُ الْكَبِيرِ دُونَ

اعْتِبَارِ حَالِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا افْتِرَاقُهُمْ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ إِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ مَا لَمْ يَفْتَرِقُوا أَوْ يُخَبَّبُوا فَلَا تَجُوزُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا إِنَّمَا أُجِيزَتْ شَهَادَتُهُمْ لِلضَّرُورَةِ الَّتِي قَدَّمْنَا ذِكْرَهَا مِنْ أَنَّهُمْ يَنْفَرِدُونَ بِاللَّعِبِ بِمَا تَكْثُرُ بِهِ الْجِرَاحُ، وَرُبَّمَا أَدَّتْ إِلَى الْقَتْلِ، وَالشَّرْعُ قَدْ وَرَدَ بِحِفْظِ الدِّمَاءِ وَالِاحْتِيَاطِ لَهَا بِأَنْ تَثْبُتَ بِمَا لَا يَثْبُتُ بِهَا غَيْرُهَا، وَمِمَّا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِي الْمَالِ، وَلَيْسَ لَهُمْ مِنْ الضَّبْطِ وَالثَّبَاتِ مَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ الِانْتِقَالِ مِنْ قَوْلٍ إِلَى قَوْلٍ وَمِنْ رَأْيٍ إِلَى رَأْيٍ، وَلَا عُلِمَتْ لَهُمْ عَدَالَةٌ يُؤْمَنُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّمَا يُحْكَمُ بِأَوَّلِ قَوْلِهِمْ وَمَا ضُبِطَ مِنْهُ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمْ وَأَمَّا تَفَرُّقُهُمْ مَا لَمْ تُقَيَّدْ شَهَادَتُهُمْ قَبْلَ التَّفَرُّقِ فَتَبْطُلُ شَهَادَتُهُمْ فَإِنْ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِي شَهَادَتِهِمْ تَفَرُّقُهُمْ، وَهَذَا كُلُّهُ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَنْ يُخَبِّبُوا أَنْ يَدْخُلَ بَيْنَهُمْ كَبِيرٌ أَوْ كِبَارٌ عَلَى وَجْهٍ يُمْكِنُهُمْ أَنْ يُلَقِّنُوهُمْ الشَّهَادَةَ، وَيَصْرِفُوهُمْ عَنْ وَجْهِهَا أَوْ يُزَيِّنُوا لَهُمْ الزِّيَادَةَ فِيهَا أَوْ النُّقْصَانَ مِنْهَا فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ، وَبَطَلَتْ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي الشَّهَادَةِ فَقَالَ اثْنَانِ مِنْهُمْ فُلَانٌ شَجَّ فُلَانًا وَقَالَ آخَرَانِ مِنْهُمْ بَلْ شَجَّهُ فُلَانٌ فَفِي النَّوَادِرِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ فِي كُتُبٍ قَدَّمَ ذِكْرَهَا إِلَّا كِتَابَ ابْنِ حَبِيبٍ: تَبْطُلُ شَهَادَتُهُمْ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ إِنَّمَا تُقْبَلُ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا تَهَاتُرٌ، وَلَوْ اخْتَلَفَتْ اخْتِلَافًا يَقْتَضِي فِي الْكِبَارِ الْأَخْذَ بِشَهَادَةِ أَحَدِهِمَا لَمْ تَبْطُلْ بِذَلِكَ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ: لَوْ شَهِدَ صَبِيَّانِ أَنَّ صَبِيًّا قَتَلَ صَبِيًّا وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ، وَإِنَّمَا أَصَابَتْهُ دَابَّةٌ قُضِيَ بِشَهَادَةِ الَّذِينَ شَهِدُوا بِالْقَتْلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ لَوْ كَانُوا كِبَارًا عُدُولًا لَحُكِمَ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْ الْقَتْلِ فَكَذَلِكَ هَذَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا رُجُوعُهُمْ عَنْ الشَّهَادَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يُبَالِي بِرُجُوعِهِمْ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ إِلَّا أَنْ يَرْجِعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ، وَبَعْدَ أَنْ صَارُوا رِجَالًا فَيَكُونُ ذَلِكَ مُبْطِلًا لِشَهَادَتِهِمْ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ الصِّبْيَانِ بَاطِلٌ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونَ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

(ص) : (مَا جَاءَ فِي الْحِنْثِ عَلَى مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –) (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ هِشَامِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ» مَالِكٌ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مَعْبَدِ بْنِ كَعْبٍ السُّلَمِيِّ عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ قَالُوا وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ قَالَهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ») .

[المنتقى]

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ]

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ) فَإِنَّهُمْ إنْ شَهِدُوا بِقَتْلِ صَبِيٍّ لِصَبِيٍّ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ تَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ الدِّيَةُ بِلَا قَسَامَةٍ وَقَالَهُ أَصْبَغُ قَالَ سَحْنُونٌ: وَعَمْدُ الصَّبِيِّ كَالْخَطَأِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا شَهَادَةٌ كَامِلَةٌ فَاسْتَغْنَتْ عَنْ الْقَسَامَةِ وَوَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ الْخَطَأِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي سِتَّةِ صِبْيَانٍ لَعِبُوا فِي الْبَحْرِ فَغَرِقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَشَهِدَ ثَلَاثَةٌ عَلَى اثْنَيْنِ أَنَّهُمَا غَرَّقَاهُ وَشَهِدَ الِاثْنَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ أَنَّهُمْ غَرَّقُوهُ قَالَ الْقَتْلُ عَلَى الْخَمْسَةِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ مُخْتَلِفَةٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: هَذَا غَلَطٌ؛ لِاخْتِلَافِهِمْ، وَلَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ: وَلَوْ كَانُوا كِبَارًا فَاخْتَلَفُوا هَكَذَا كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ؛ لِأَنَّهُ صَارَتْ شَهَادَتُهُمْ إقْرَارًا وَقَوْلُ مَالِكٍ الْأَوَّلُ يَقْتَضِي أَنَّ اخْتِلَافَ شَهَادَتِهِمْ لَا يَمْنَعُ قَبُولَهَا لَا سِيَّمَا إذَا لَمْ يَكُنْ يَقْتَضِي التَّهَاتُرَ، وَإِبْطَالَ بَعْضِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْحِنْثِ عَلَى مِنْبَرِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ]

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي إنَّمَا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – حَانِثًا عَلَى وَجْهٍ يَأْثَمُ بِهِ تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – قَعَدَ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ مِنْبَرَهُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْظِيمِ لَهُ،

وَالْإِعْلَامِ بِتَغْلِيظِ أَمْرِهِ عَلَى مَنْ حَلَفَ عَلَيْهِ آثِمًا.

وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْحَدِيثِ الثَّانِي حَدِيثَ أَبِي أُمَامَةَ الْحَارِثِيِّ أَنَّهُ مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ، وَلَمْ يَذْكُرْ مِنْبَرَهُ وَكَذَلِكَ حَدِيثُ أَبِي وَائِلٍ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينِ صَبْرٍ يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ» فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ ذَلِكَ {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلا} [آل عمران: 77] الْآيَةَ فَعُلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ ذِكْرَ الْمِنْبَرِ فِي الْحَدِيثِ الْأَوَّلِ عَلَى مَعْنَى التَّغْلِيظِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْيَمِينُ عَلَى الْمِنْبَرِ فِي قَضِيبٍ مِنْ أَرَاكٍ لِقِلَّتِهِ وَتَفَاهَتِهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ ذَلِكَ فِيمَا لَهُ بَالٌ لَكِنَّهُ إنْ وَقَعَ مِنْ أَحَدٍ الْيَمِينُ عَلَى مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي قَضِيبٍ مِنْ أَرَاكٍ أَوْ شَيْءٍ تَافِهٍ فَهَذَا حُكْمُهُ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْيَمِينِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ فِي هَذَا الْمِقْدَارِ، وَإِنَّمَا تَضَمَّنَ الْحَدِيثُ حُكْمَ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُ آثِمًا، وَهَذَا الْقَوْلُ مِنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْبَتِّ فِيمَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِهِ أَوْ حَلَفَ فَاقْتَطَعَ بِيَمِينِهِ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ فَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ فَإِنَّ لِشُيُوخِنَا فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْوَعِيدَ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْخَبَرِ فَلَا يُقَالُ لِمَنْ رَجَعَ عَنْهُ كَاذِبٌ، وَلِذَلِكَ قَالَ الشَّاعِرُ

وَإِنِّي وَإِنْ أَوْعَدْتُهُ أَوْ وَعَدْتُهُ ... لَمُخْلِفُ إيعَادِي وَمُنْجِزُ مَوْعِدِي

يَمْدَحُ نَفْسَهُ بِإِخْلَافِ الْوَعِيدِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ كَذِبًا لِمَا مَدَحَ نَفْسَهُ بِهَا فَعَلَى هَذَا الْوَعِيدُ مُتَوَجِّهٌ إلَى كُلِّ عَاصٍ وَقِيلَ: إنَّ الْوَعِيدَ مِنْ بَابِ الْخَبَرِ، وَإِنَّ الْخُلْفَ فِيهِ ضَرْبٌ مِنْ الْكَذِبِ وَذَلِكَ مُحَالٌ فِي صِفَةِ الْبَارِي – تَعَالَى – فَعَلَى هَذَا الْوَعِيدُ مُتَوَجِّهٌ إلَى كُلِّ مَنْ عَلِمَ الْبَارِي – تَعَالَى – أَنَّهُ لَا يَغْفِرُ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يُعَاقِبَهُ

(232/5)

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي الْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ دَاوُد بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا غَطَفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِّيَّ يَقُولُ اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَابْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا إلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَحْلِفُ لَهُ مَكَانِي قَالَ فَقَالَ مَرْوَانُ لَا وَاَللَّهِ إلَّا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ قَالَ فَجَعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَيَأْبَى أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الْمِنْبَرِ قَالَ فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ يَحْلِفَ أَحَدٌ عَلَى

الْمِنْبَرِ عَلَى أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ)

[المنتقى]

دُونَ مَنْ أَرَادَ الْعَفْوَ.

وَقَدْ قَالَ - تَعَالَى - {ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ} [هود: 65] وَقَالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ فِي إسْمَاعِيلَ: {إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ} [مريم: 54] فَوَصَفَ الْوَعْدَ بِالصِّدْقِ وَالْكَذِبِ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي الْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ]

(ش) : قَضَاءُ مَرْوَانَ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ هُوَ مَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَلَمْ يَكُنْ زَيْدٌ يَقُولُ إنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا كَانَ يَمْتَنِعُ مِنْهُ إعْظَامًا لَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا، وَيَقُولُ أَخْشَى أَنْ يُوَافِقَ قَدَرًا فَيُقَالُ إنَّ ذَلِكَ لِيَمِينِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْيَمِينُ تُغَلَّظُ بِالْمَكَانِ فِي الْأَمْوَالِ وَغَيْرِهَا مِنْ الْحُقُوقِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ عَلَى الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ» ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ لَهُ تَأْثِيرًا فِي الْأَيْمَانِ وَتَعَلُّقِهَا بِهَا، وَلَا يَفْعَلُ ذَلِكَ أَحَدٌ فِي الْغَالِبِ مُخْتَارًا فَثَبَتَ أَنَّهُ إنَّمَا تَوَجَّهَ إلَى الْحُكْمِ بِهِ، وَإِلَّا بَطَلَتْ فَائِدَةُ التَّخْصِيصِ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ التَّغْلِيظَ يَتَعَلَّقُ بِالْكَثِيرِ مِنْ الْأَمْوَالِ لِلرَّدْعِ عَنْهَا كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ تُغَلَّظُ بِالزَّمَانِ أَمْ لَا رَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ يَتَحَرَّى بِأَيْمَانِهِمْ فِي الْمَالِ الْعَظِيمِ، وَفِي الدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ السَّاعَاتِ الَّتِي يَحْضُرُ النَّاسُ فِيهَا الْمَسَاجِدَ، وَيَجْتَمِعُونَ لِلصَّلَاةِ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ مَالٍ وَحَقٍّ فَفِي كُلِّ حِينٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ لَا يَحْلِفُ حِينَ الصَّلَوَاتِ إلَّا فِي الدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ فَأَمَّا فِي الْحُقُوقِ فَفِي أَيِّ وَقْتٍ حَضَرَ الْإِمَامُ اسْتَحْلَفَهُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: قَوْله تَعَالَى {تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا} [المائدة: 106] ، وَهَذِهِ يَمِينٌ فِي مَالٍ فَجَازَ أَنْ يُغَلَّظَ بِالزَّمَانِ كَاللِّعَانِ وَالْقَسَامَةِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

هَلْ تُغَلَّظُ الْأَيْمَانُ بِتَكَرُّرِ الصِّفَاتِ رَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ يَحْلِفُونَ فِيمَا يَبْلُغُ مِنْ الْحُقُوقِ رُبُعَ دِينَارٍ، وَفِي الْقَسَامَةِ وَاللِّعَانِ عَلَى الْمِنْبَرِ بِاَللَّهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ مَا كَانَتْ فِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ حَلَفَ هَكَذَا وَمَا رُدِّدَتْ رُدِّدَتْ هَكَذَا، وَحَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ الْأَيْمَانَ فِي الْحُقُوقِ وَالدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ، وَفِي كُلِّ مَا فِيهِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِاَللَّهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ زَادَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ سَوَاءٌ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَنَّ هَذَا مَعْنًى تُغَلَّظُ بِهِ الْأَيْمَانُ فَجَازَ أَنْ يَحْكُمَ بِهَا أَهْلُ ذَلِكَ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الصِّفَاتِ كَثِيرَةٌ لَا يُمْكِنُ أَنْ تُسْتَوْعَبَ، وَلَيْسَ مَا نُورِدُ مِنْهَا بِأَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا وَمَا يُغَلَّظُ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا فَلَهُ غَايَةٌ لَا تَلْحَقُ الْمَشَقَّةُ بِبُلُوغِهَا وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا مَعْنًى يَقْتَضِي التَّكْرَارَ فَلَمْ تُغَلَّظْ بِهِ الْأَيْمَانُ فِي الْأَمْوَالِ كَتَكْرَارِ الْيَمِينِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَاتَّفَقَ أَصْحَابُنَا عَلَى أَنَّ الَّذِي يُجْزِئُ مِنْ التَّغْلِيظِ بِالْيَمِينِ وَاَللَّهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ فَإِنْ قَالَ وَاَلَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ أَوْ قَالَ وَاَللَّهِ فَقَطْ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ حَتَّى يَقُولَ وَاَللَّهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَمِينُ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ

(233/5)

. . . .

[المنتقى]

وَالنَّصْرَانِيِّ فِي الْحُقُوقِ سَوَاءٌ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ، وَيَحْلِفُ النَّصْرَانِيُّ بِاَللَّهِ فَقَطْ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى وَالْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ عِنْدَ مَالِكٍ سَوَاءٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْمَجُوسُ يَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ فَهُوَ بِالْجَامِعِ، وَهُوَ الْمَسْجِدُ الْأَعْظَمُ الَّذِي تُقَامُ فِيهِ الْجُمُعَةُ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَكُونُ تَغْلِيظُهَا بِسَائِرِ الْمَسَاجِدِ فِي النَّوَادِرِ، وَلَا يَحْلِفُ فِي مَسَاجِدِ الْقَبَائِلِ فِي قَلِيلٍ، وَلَا كَثِيرٍ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ مَا عَلِمْت أَنَّهُ يَحْلِفُ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ كَالْأَمْصَارِ رَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَحْلِفُ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَةِ فِيمَا لَهُ بَالٌ، وَلَا أَشُكُّ أَنَّهُ يَحْلِفُ فِيهَا فِي رُبُعِ دِينَارٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: فَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ الْمَسْجِدَ الْجَامِعَ فَقَدْ رَوَى عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَحْلِفُ فِي الْمَسْجِدِ قَالَ: يُرِيدُ الْمَسْجِدَ الْجَامِعَ تَخْرُجُ إلَيْهِ بِاللَّيْلِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ غَيْرَهُ مِنْ الْمَسَاجِدِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ فِي امْرَأَتَيْنِ اُدُّعِيَ عَلَيْهِمَا فِي أَرْضٍ وَدُورٍ، وَهُمَا مِمَّنْ لَا تَخْرُجَانِ فَأَرَى أَنْ تَخْرُجَا مِنْ اللَّيْلِ إلَى الْجَامِعِ قَالَ فَسُئِلَ أَنْ يُحَلِّفَهُمَا فِي أَقْرَبِ الْمَسَاجِدِ إلَيْهِمَا وَشَقَّ عَلَيْهِمَا الْخُرُوجُ إلَى الْجَامِعِ فَأَجَابَ إلَى ذَلِكَ فَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ نَصٌّ فِي أَنَّ الْيَمِينَ كَانَتْ فِي غَيْرِ الْجَامِعِ.
وَالظَّاهِرُ أَنَّ سَحْنُونًا هُوَ الَّذِي أَسْعَفَ سُؤَالَ السَّائِلِ فِي ذَلِكَ؛ لِمَا يَرَاهُ مِنْ الْمَصْلَحَةِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ حَقٌّ لِلْحُكْمِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُعَظَّمٌ مِنْ الْمَسَاجِدِ، فَجَازَ أَنْ تُغَلَّظَ بِهِ الْأَيْمَانُ مَعَ إرَادَةِ السِّتْرِ لِمَنْ ثَبَتَ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ كَالْجَامِعِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ التَّغْلِيظَ إنَّمَا هُوَ عَلَى مَعْنَى الْمُبَالَغَةِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِأَعْظَمِ الْمَسَاجِدِ حَالًا، وَلِذَلِكَ يَخْتَصُّ بِأَرْفَعِ الْمَسَاجِدِ مَكَانًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: لَا يُحْلَفُ عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ، وَيُحْلَفُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قُلْنَا إنَّ الْيَمِينَ تَكُونُ فِي الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ فَإِنَّهَا تَكُونُ فِي مَسْجِدِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِنْدَ الْمِنْبَرِ قَالَ مَالِكٌ: وَلَا أَعْرِفُ الْمِنْبَرَ فِي سَائِرِ الْآفَاقِ، وَإِنَّمَا أَعْرِفُ مِنْبَرَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَلَكِنْ لِلْمَسَاجِدِ مَوَاضِعُ هِيَ أَعْظَمُ زَادَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ، وَلَكِنْ يَحْلِفُ حَيْثُ يُعَظَّمُ فِيهِ فَيَحْتَمِلُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ لَا أَعْرِفُ الْمِنْبَرَ فِي الْمَسَاجِدِ الْمَنْعَ مِنْ اتِّخَاذِ الْمِنْبَرِ فِي مَسَاجِدِ الْآفَاقِ.

وَقَدْ أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ عَهْدِ الصَّحَابَةِ عَلَى اتِّخَاذِهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ، وَهُوَ مِنْ أَعْلَمِ النَّاسِ بِهَا فَمُحَالٌ أَنْ يُرِيدَ هَذَا، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ أَنَّ حُكْمَ سَائِرِ الْمَنَابِرِ فِي الْبِلَادِ حُكْمُهَا فِي ذَلِكَ حُكْمُ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَإِنَّمَا هَذَا حُكْمٌ يَخْتَصُّ بِمِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.
وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يُحْلَفُ عِنْدَ مِنْبَرٍ مِنْ الْمَنَابِرِ إلَّا عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ يُسْتَحْلَفُونَ فِيمَا لَهُ بَالٌ أَوْ فِي رُبُعِ دِينَارٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ

عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَبِغَيْرِهَا فِي مَسْجِدِهِمْ الْأَعْظَمِ حَيْثُ يُعَظِّمُونَ مِنْهُ عِنْدَ مِنْبَرِهِمْ أَوْ تِلْقَاءَ قِبْلَتِهِمْ وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ مِنْبَرَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي وَسَطِ الْمَسْجِدِ، وَهُوَ فِي مَوْضِعِهِ الَّذِي كَانَ فِيهِ زَمَنَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَهُوَ بَعِيدٌ مِنْ الْقِبْلَةِ وَالْمِحْرَابِ الَّذِي أُحْدِثَ حِينَ زِيدَ فِي الْمَسْجِدِ؛ لِأَنَّ حَائِطَ الْقِبْلَةِ نُقِلَ مِنْ قُرْبِ الْمِنْبَرِ حِينَ زِيدَ فِي الْمَسْجِدِ فَصَارَ الْمِنْبَرُ فِي وَسَطِ الْمَسْجِدِ فَكَانَتْ الْيَمِينُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ مُصَلَّى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَعِنْدَ مِنْبَرِهِ وَأَمَّا الْقِبْلَةُ وَالْمِحْرَابُ فَشَيْءٌ بُنِيَ بَعْدَهُ، وَأَمَّا مَنَابِرُ سَائِرِ الْمَسَاجِدِ فَعِنْدَ الْمِحْرَابِ فَمَنْ حَلَفَ فَإِنَّمَا يَحْلِفُ عِنْدَ الْمِحْرَابِ بِقُرْبِ الْمِنْبَرِ، وَأَعْظَمُ شَيْءٍ فِي الْمَسَاجِدِ الْمَحَارِيبُ، وَلَوْ اُتُّفِقَ أَنْ يَكُونَ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ الْمِنْبَرُ فِي وَسَطِ الْمَسْجِدِ لَكَانَتْ الْيَمِينُ عِنْدَ الْمِحْرَابِ دُونَ الْمِنْبَرِ فَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَمَعْنَى قَوْلِ الشَّيْخِ أَبِي الْقَاسِمِ لَا يُحْلَفُ عِنْدَ مِنْبَرٍ مِنْ الْمَنَابِرِ إلَّا عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَذَا حُكْمُ الرِّجَالِ

(234/5)

. . . .

[المنتقى]

وَالنِّسَاءِ فَمَنْ كَانَتْ مِنْ النِّسَاءِ تَخْرُجُ وَتَتَصَرَّفُ فَحُكْمُهَا فِي ذَلِكَ حُكْمُ الرِّجَالِ وَمَنْ كَانَتْ مِنْهُنَّ لَا تَخْرُجُ نَهَارًا خَرَجَتْ لَيْلًا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَأُمُّ الْوَلَدِ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْحُرَّةِ مَنْ كَانَتْ مِنْهُنَّ تَخْرُجُ وَمَنْ كَانَتْ لَا تَخْرُجُ قَالَ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ سَوَاءٌ وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ وَالْمُدَبَّرُ سَوَاءٌ، وَأَمَّا الْيَهُودُ فَيَحْلِفُونَ فِي كَنَائِسِهِمْ وَالنَّصَارَى فِي بِيَعِهِمْ وَالْمَجُوسُ حَيْثُ يُعَظِّمُونَ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ وَوَجْهُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ فَيُغَلَّظُ عَلَى حُكْمِ أَهْلِ كُلِّ شَرِيعَةٍ بِالْمَوَاضِعِ الَّتِي يُعَظِّمُونَ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَالْمِقْدَارُ الَّذِي يَلْزَمُ فِيهِ الْيَمِينُ فِي الْجَامِعِ، وَفِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي تُعَظَّمُ مِنْهُ فِي حَقِّ الرِّجَالِ وَمَنْ كَانَ حُكْمُهَا

حُكْمَهُمْ مِنْ النِّسَاءِ قَالَ مَالِكٌ: لَا يُسْتَحْلَفُ فِي الْمَدِينَةِ عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا فِي رُبُعِ دِينَارٍ أَوْ فِي ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَهُوَ كَانَ رُبُعَ دِينَارٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تُغَلَّظُ الْأَيْمَانُ إلَّا فِي مِائَتَيْ دِرْهَمٍ أَوْ عِشْرِينَ دِينَارًا وَدَلِيلُنَا عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الرُّبُعَ دِينَارٍ قَدْ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ كَالْعِشْرِينَ دِينَارًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا تُغَلَّظُ الْأَيْمَانُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ بَعْضَ الْمُتَأَخِّرِينَ قَالَ: إنَّ الْأَيْمَانَ لَا تَكُونُ إلَّا عِنْدَ الْمِنْبَرِ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنْ الرَّدْعِ عَنْ الْمَالِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْقَلِيلِ مِنْهُ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَوَجْهٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ هَذَا ابْتِذَالٌ لِلْمَوْضِعِ مَعَ مَا يَلْزَمُ مِنْ تَعْظِيمِهِ وَتَوْقِيرِهِ، وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا يَحْلِفُ عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ أَعَلَى دَمٍ قَالُوا لَا قَالَ أَفَعَلَى عَظِيمٍ مِنْ الْمَالِ لَقَدْ خَشِيتُ أَنْ يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بِهَذَا الْمَكَانِ، وَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَحَدٌ وَقَدْ احْتَجَّ بِهَا الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ لَا تَخْرُجُ مِنْ النِّسَاءِ نَهَارًا أَوْ تَخْرُجُ لَيْلًا فَتَحْلِفُ فِي الْجَامِعِ فَفِي كَمْ تَخْرُجُ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ تَخْرُجُ فِي رُبُعِ دِينَارٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ لَا تَخْرُجُ فِيهِ، وَلَا تَخْرُجُ إلَّا فِي الْمَالِ الْكَثِيرِ الَّذِي لَهُ بَالٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ هَذَا شَخْصٌ تُغَلَّظُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فِي الْمَالِ فَغُلِّظَتْ فِي رُبُعِ دِينَارٍ كَالرَّجُلِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ الْمَرْأَةَ الَّتِي لَهَا الْقَدْرُ يَلْزَمُهَا مِنْ التَّصَاوُنِ مَا لَا يَلْزَمُ الرِّجَالَ فَلَا تَبْتَذِلُ بِالْأَيْمَانِ فِي الْجَوَامِعِ إلَّا فِي الْقَدْرِ الْكَثِيرِ الَّذِي يَحْتَاجُ رَدْعَ مِثْلِهَا عَنْ مِثْلِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَاعَ ثَوْبًا فَوَجَدَ بِهِ الْمُبْتَاعُ عَيْبًا فَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ أَعْلَمَهُ بِهِ وَتَبَرَّأَ إلَيْهِ مِنْهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ: إنْ كَانَ نُقْصَانُ الْعَيْبِ رُبُعَ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ لَمْ يَحْلِفْ إلَّا فِي الْجَامِعِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمُرَاعَى فِي ذَلِكَ مَا تَدَاعَيَا فِيهِ، وَهُوَ قَدْرُ الْعَيْبِ، وَفِيهِ تَجِبُ الْيَمِينُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلَيْنِ أَوْ رِجَالٍ رُبُعَ دِينَارٍ فَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يُسْتَحْلَفُونَ إلَّا فِي الْجَامِعِ قِيلَ لَهُ أَيُسْتَحْلَفُونَ عِنْدَ الْمُصْحَفِ فَقَالَ بَلْ يُسْتَحْلَفُونَ عِنْدَ الْمَسْجِدِ وَوَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ اسْتِحْلَافِهِمْ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ، وَلَوْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ

إلَّا قَدْرُ حِصَّتِهِ مِنْهُ وَقَوْلُهُ بَلْ يَحْلِفُ فِي الْمَسْجِدِ مَنْعٌ مِنْ أَنْ يَقْصِدَ إلَى التَّغْلِيظِ عَلَيْهِمْ بِجَامِعٍ أَوْ عِنْدَ الْمُصْحَفِ وَقَالَ بَلْ يَحْلِفُونَ فِي الْمَسْجِدِ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْحَاكِمَ الَّذِي يَقْضِي بِذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ يَكُونُ فِي الْمَسْجِدِ عَلَى أَصْلِهِ وَمَذْهَبِهِ فَيُحَلَّفُ فِي مَوْضِعِهِ، وَلَا يُقَامُ مِنْهُ إلَى مَوْضِعٍ تُغَلَّظُ عَلَيْهِ فِيهِ الْيَمِينُ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: لَا يَحْلِفُونَ فِي الْجَامِعِ، وَلَا عِنْدَ الْمِنْبَرِ إلَّا فِي رُبُعِ دِينَارٍ، وَلَعَلَّهُ يُرِيدُ لَا يَحْلِفُونَ إلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِيظِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ فِي طَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي عَبْدٍ حَنِثَ فِي يَمِينٍ بِطَلَاقٍ فَقَالَ حَلَفْتُ بِوَاحِدَةٍ وَسَيِّدُ الزَّوْجَةِ شَهِدَ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَحْلِفُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ مَا حَلَفَ إلَّا بِطَلْقَةٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ صَدَاقَ الزَّوْجَةِ لَا يَكُونُ أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ فَلَا يَحْلِفُ فِي عِوَضِهِ إلَّا عِنْدَ الْمِنْبَرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ

(235/5)

. . . .

[المنتقى]

يَكُونَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا صِفَةُ الْحَالِفِ حَالَ يَمِينِهِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ الرَّجُلُ قَائِمًا إلَّا مَنْ بِهِ عِلَّةٌ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِيمَا أُدُّعِيَ عَلَيْهِمْ لَوْ اقْتَطَعُوهُ بِأَيْمَانِهِمْ فِي رُبُعِ دِينَارٍ وَمَا لَمْ يَبْلُغْهُ فَإِنَّمَا يَحْلِفُونَ جُلُوسًا إنْ شَاءُوا وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ جَالِسًا، وَلَا يَحْلِفُ قَائِمًا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ مَا شُرِعَ فِيهِ التَّغْلِيظُ عَلَيْهِ، وَإِلْزَامُهُ الْقِيَامَ مِنْ مَعْنَى التَّغْلِيظِ فَيَجِبُ أَنْ يَلْزَمَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَحْلِفُ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةَ فِيمَا لَهُ بَالٌ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ قَالَ

ابْنُ الْقَاسِمِ: مَا سَمِعْت أَنَّهُ يُسْتَقْبَلُ بِالْحَالِفِ الْقِبْلَةَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ تَغْلِيظٌ عَلَيْهِمْ لِمَا يَلْزَمُ مِنْ تَعْظِيمِ الْجِهَةِ فَغُلِّظَ بِاسْتِقْبَالِهَا كَمَا غُلِّظَ عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ عِنْدَ الْمَوْضِعِ الْمُوَجَّهِ لَهَا الْمُعَظَّمِ مِنْهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ حَالَةٌ لَا يَلْزَمُهُ فِيهَا الطَّهَارَةُ فَلَا يَلْزَمُهُ اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَحْلِفُ مَكَانِي يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْحَقُّ عِنْدَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَغِّبَ فِي أَنْ يُقْنَعَ بِذَلِكَ مِنْهُ أَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْحَاكِمِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِ سَحْنُونٍ أَوْ مِنْ حُقُوقِ الطَّالِبِ بِالْيَمِينِ، وَقَوْلُ مَرْوَانَ، وَهُوَ الْحَاكِمُ فِي قَضِيَّةٍ لَا وَاللَّهِ إلَّا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ زَيْدٌ، وَلَا غَيْرُهُ يَقْتَضِي أَنَّ لِلْحُقُوقِ مَقَاطِعَ مُعَيَّنَةً، وَأَنَّهُ لَا يَقْنَعُ مِنْهُ إنْ كَانَ الْحَقُّ لَهُ بِالْيَمِينِ فِيهَا أَوْ لَا يُفْتِي عَلَيْهِ إنْ كَانَ حَقًّا لِلطَّالِبِ إلَّا بِذَلِكَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ مِمَّنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ الْمَوَاضِعِ، فَقَالَ: أَنَا أَحْلِفُ مَكَانِي فَهُوَ كَنُكُولِهِ عَنْ الْيَمِينِ إنْ لَمْ يَحْلِفْ فِي مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ وَغُرِّمَ إنْ اُدُّعِيَ عَلَيْهِ أَوْ بَطَلَ حَقُّهُ إنْ كَانَ مُدَّعِيًا، وَبِذَلِكَ قَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَحْلِفُ إنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَيَأْبَى أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ الْمِنْبَرِ يُرِيدُ تَحْقِيقَ مَا قَالَهُ مِنْ دَعْوَى أَوْ إنْكَارٍ، وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ الْيَمِينِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ مَا يَعْتَقِدُونَ إبْطَالَ مَا يَقُولُ، وَيُخَاصِمُ بِهِ، وَلَكِنْ لِتَعْظِيمِ حُرْمَةِ مِنْبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَلَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْيَمِينُ مَا يَسْتَحِقُّ بِهَا حَقًّا، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا غُرْمًا؛ لِأَنَّ مُسْتَحِقَّ الْيَمِينِ لَمْ يَقْبِضْهَا مِنْهُ هُنَاكَ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ فَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ وَحَلَفَ فِي مَقَامِهِ أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ عِنْدِي لَوْ حَلَفَ عِنْدَ الْمِنْبَرِ دُونَ أَنْ يَقْتَضِيَهُ صَاحِبُ الْيَمِينِ لَمْ يَبَرَّ بِهَا حَتَّى يَحْلِفَ وَصَاحِبُ الْحَقِّ مُقْتَضِيًا لِيَمِينِهِ، وَلَوْ اقْتَضَاهُ يَمِينُهُ فِي صَحْنِ الْجَامِعِ، وَرَضِيَ بِهَا أَوْ فِي مَنْزِلِهِ أَوْ فِي غَيْرِهِ أَجْزَأَتْهُ يَمِينُهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ يَمِينٌ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا اقْتَضَى مِنْهُ مَا رَضِيَ بِهِ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ بَعْدَ رِضَاهُ وَاسْتِيفَائِهِ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَاخْتِصَامُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَابْنِ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا إلَى مَرْوَانَ لَا نَدْرِي مَنْ الطَّالِبُ مِنْ الْمَطْلُوبِ، وَلَا هَلْ كَانَتْ لِلطَّالِبِ بَيِّنَةٌ أَوْ كَيْفَ كَانَ حُكْمُهَا غَيْرَ أَنَّهُ إنْ وَقَفَ الطَّالِبُ الْمَطْلُوبَ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ إذَا لَمْ يُبَيِّنْ الْمُدَّعِي دَعْوَاهُ مَا هُوَ وَكَمْ هُوَ لَمْ يَسْأَلْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهُ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنَا أَطْلُبُ مِنْك هَذِهِ الدَّارَ فَبَيِّنْ مِنْ أَيْنَ هِيَ لَك فَلَا يُسْأَلُ الْمَطْلُوبُ عَنْ ذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي حَتَّى يَقُولَ: إنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِي فَهَلْ صَارَتْ إلَيْك مِنْ جِهَتِي أَوْ مِنْ جِهَةِ أَحَدٍ بِسَبَبِي فَيَلْزَمُ الْمَطْلُوبَ الْجَوَابُ أَنَّهَا لَمْ تَصِرْ إلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا مِنْ جِهَةِ أَحَدٍ بِسَبَبِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ حَقَّقَ الْمُدَّعِي دَعْوَاهُ، وَبَيَّنَهُ لَزِمَ الْمَطْلُوبَ جَوَابُهُ بِإِقْرَارٍ أَوْ إنْكَارٍ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ ابْنَ كِنَانَةَ سَأَلَ مَالِكًا عَمَّنْ فِي يَدِهِ دَارٌ فَيَدَّعِي رَجُلٌ أَنَّهَا لِجَدِّهِ فَقَالَ الْمَطْلُوبُ لَا أُقِرُّ، وَلَا أُنْكِرُ، وَلَكِنْ أَقِمْ الْبَيِّنَةَ عَلَى دَعْوَاك قَالَ مَالِكٌ يُجْبَرُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ مِثْلَ ذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَذَلِكَ صَوَابٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَيْهِ بِسِتِّينَ دِينَارًا فَأَقَرَّ بِخَمْسِينَ وَتَأَبَّى

(236/5)

. . . .

[المنتقى]

فِي الْعَشَرَةِ أَنْ يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ بِالْحَبْسِ حَتَّى يُقِرَّ بِهَا أَوْ يُنْكِرَ إذَا طَلَبَ ذَلِكَ الْمُدَّعِي كَمَا قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ.

وَقَالَ: أَسْتَحْسِنُ إذَا تَمَادَى عَلَى شَكٍّ فَأَنَا أُحَلِّفُهُ أَنَّهُ مَا وَقَفَ عَنْ الْإِقْرَارِ أَوْ الْإِنْكَارِ إلَّا أَنَّهُ عَلَى غَيْرِ يَقِينٍ فَإِذَا حَلَفَ عَلَى هَذَا أَوْ رَدَّ الْعَشَرَةَ، وَيُحْبَسُ بِهَا فَالْحُكْمُ بِلَا يَمِينٍ عَلَى الْمُدَّعِي أَنَّ كُلَّ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ لَا يُدْفَعُ مَعَ الدَّعْوَى فَإِنَّهُ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَكَذَلِكَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دُورٌ فِي يَدِهِ لَا يُقِرُّ، وَلَا يُنْكِرُ فَأَنَا أُجْبِرُهُ عَلَى ذَلِكَ فَتَمَادَى حَكَمْت عَلَيْهِ لِلْمُدَّعِي بِلَا يَمِينٍ، وَهُوَ مَعْنَى مَسْأَلَةِ مَالِكٍ عِنْدِي فِي الَّذِي يُصِرُّ عَلَى الِامْتِنَاعِ مِنْ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ، وَلَا يَدَّعِي شَكًّا وَمَسْأَلَةُ ابْنِ الْمَوَّازِ فِي الْعَشَرَةِ دَنَانِيرَ فِي الَّذِي يَقُولُ لَا أَعْلَمُ، وَيَدَّعِي الشَّكَّ وَكَانَ الصَّوَابُ عِنْدَهُ أَنْ لَا يَحْلِفَ فَإِنَّهُ لَا مَعْنَى لِيَمِينِهِ فَإِنَّ الْحُكْمَ الْمُتَوَجِّهَ إلَى النَّاكِلِ لَا يَفْتَقِرُ إلَى يَمِينٍ فِي النُّكُولِ؛ لِأَنَّهُ إذَا نَكَلَ عَنْ هَذِهِ الْيَمِينِ الَّتِي أَلْزَمَهُ إيَّاهَا لَمْ يَجِدْ سَبِيلًا إلَّا إلَى الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِمَا أُدُّعِيَ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ إنْ تَمَادَى عَلَيْهِ أُكْرِهَ بِالسَّجْنِ وَغَيْرِهِ وَقَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ وَعَنْ أَبِيهِ فَإِنْ تَمَادَى أُدِّبَ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ غَيْرُهُ، وَيَقْتَضِي قَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ إذَا أَصَرَّ وَقَدْ

أَعْذَرَ إلَيْهِ بِالْجَبْرِ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ، وَيَغْرَمَ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ نُكُولٌ لَا يُوجِبُ رَدَّ الْيَمِينِ عَلَى حِصَّتِهِ فَأَوْجَبَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ كَنُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تُرَدُّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ قَالَ الْمَطْلُوبُ: قَدْ تَقَدَّمَتْ بَيْنِي، وَبَيْنَ الطَّالِبِ مُخَالَطَةٌ فَمِنْ أَيِّ وَجْهٍ يَدَّعِي هَذَا أُلْزِمَ أَنْ يَسْأَلَ عَنْ ذَلِكَ الطَّالِبَ فَإِنْ بَيَّنَ وَجْهَ طَلَبِهِ وَقَفَ الْمَطْلُوبُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَزِمَهُ أَنْ يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ، وَإِنْ أَبَى الطَّالِبُ أَنْ يُبَيِّنَ سَبَبَ دَعْوَاهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقُولَ لَا أَذْكُرُ ذَلِكَ السَّبَبَ أَوْ لَا يَقُولُ ذَلِكَ، وَيُمْنَعُ مِنْ وَجْهِ طَلَبِهِ فَإِنْ قَالَ أُنْسِيته قُبِلَ ذَلِكَ مِنْهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَلَزِمَ الْمَطْلُوبَ أَنْ يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ، وَإِنْ أَبَى مِنْ تَبْيِينِهِ مَعَ ذِكْرِهِ لَهُ لَمْ يُسْأَلْ الْمَطْلُوبُ عَنْ شَيْءٍ.

قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَنَحْوُهُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَكَانَ الْقِيَاسُ عِنْدِي أَنْ لَا يُوقَفَ الْمَطْلُوبُ حَتَّى يَحْلِفَ الطَّالِبُ أَنَّهُ لَا يَذْكُرُ سَبَبَ مَا يَدَّعِيهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَوْ ذَكَرَ السَّبَبَ وَجَدَ مِنْهُ مَخْرَجًا، وَإِذَا كَتَمَهُ لَمْ يُمْكِنْهُ الْمَخْرَجُ مِنْهُ فَيُرِيدُ كِتْمَانَهُ لِتَلْزَمَهُ الْيَمِينُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَيَّنَ الْمُدَّعِي السَّبَبَ فَأَنْكَرَ الْمَطْلُوبُ وَقَالَ أَنَا أَحْلِفُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عِنْدِي مِنْ هَذَا السَّبَبِ لَمْ يُجْزِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَقُولَ وَاَللَّهِ لَا أَعْلَمُ لَهُ عَلَيَّ شَيْئًا بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَشْهَبُ وَنَحْوُهُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَكَانَ الظَّاهِرُ أَنْ تُجْزِئَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عِنْدَهُ مِنْ وَجْهٍ يَطْلُبُهُ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ لَمْ يَطْلُبْهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ مَعَ أَنَّ الْمَطْلُوبَ لَا يَحْلِفُ حَتَّى يَقُولَ لَهُ الطَّالِبُ هَذَا آخِرُ حُقُوقِي عِنْدَك فَلَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يُسْتَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ وَالطَّالِبُ قَدْ بَرِئَ مِنْهُ، وَلَكِنْ ذَهَبَ أَشْهَبُ إلَى ذَلِكَ مَخَافَةَ الْإِلْغَاءِ وَالتَّأْوِيلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ أَسْلَفَهُ أَوْ بَاعَ مِنْهُ لَمْ يُجْزِهِ مِنْ الْجَوَابِ أَنْ يَقُولَ لَا حَقَّ لَك عِنْدِي حَتَّى يَقُولَ لَمْ تُسْلِفْنِي مَا تَدَّعِيهِ أَوْ لَمْ تَبِعْ مِنِّي شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْت رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ، وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ مَالِكٍ قَالَ: فَإِنْ تَمَادَى عَلَى اللَّدَدِ سَجَنَهُ فَإِنْ تَمَادَى أَدَّبَهُ قَالَ وَكَانَ رُبَّمَا قُبِلَ مِنْهُ فِي الْجَوَابِ قَوْلُهُ مَا لَهُ عَلَيَّ حَقٌّ، وَإِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ رَجَعَ آخِرًا مَالِكٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِإِجْزَاءِ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إذَا قَالَ لَهُ مَا لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ فَقَدْ ادَّعَى بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ، وَهَذَا يُجْزِئُ مِنْ الْجَوَابِ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ إنِّي اشْتَرَيْت مِنْك؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا قَدْ اشْتَرَى مِنْهُ وَقَضَاهُ، وَلَا تَقُومُ لَهُ بَيِّنَةٌ وَالْمُدَّعِي مِمَّنْ يَغْتَنِمُ إقْرَارَهُ بِالْبَيْعِ، وَيَرْضَى بِالْيَمِينِ

الْغَمُوسِ أَنَّهُ مَا قَبَضَ مِنْهُ الثَّمَنَ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ الْمُدَّعِيَ قَدْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَعْوَى حَقٍّ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَكُونَ جَوَابُهُ عَلَى مُوَافَقَةِ قَوْلِهِ كَمَا لَوْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ قَضَاهُ الثَّمَنَ لَمْ يَجُزْ لِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ لِي عَلَيْك حَقٌّ حَتَّى يَقُولَ لَمْ أَقْبِضْ مِنْك مَا تَدَّعِيهِ مِنْ الثَّمَنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا أَنْكَرَ الْمَطْلُوبُ الْمُعَامَلَةَ كُلِّفَ الطَّالِبُ الْبَيِّنَةَ فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً فَمَا ادَّعَاهُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ سَلَفٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ

(237/5)

. . . .

[المنتقى]

ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدَيْهِ أَنَّهُمَا شَهِدَا بِحَقٍّ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْوَاضِحَةِ وَرَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ قَالَا عَنْهُ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ قَضَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَى الْقَضَاءِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ قَدْ أَحَقَّتْ لَهُ دِينَهُ فَلَا مَعْنَى لِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ فِي تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ أَقْوَى مِنْ يَمِينِهِ، وَلِذَلِكَ بَرِئَ بِهَا عَنْ يَمِينِ الْمَطْلُوبِ، وَيَمِينِ الطَّالِبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلطَّالِبِ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ، وَمَا الَّذِي يَلْزَمُهُ مِنْ الْيَمِينِ فِي إنْكَارِهِ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبَائِعِ يَجْحَدُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَيُنْكِرُهُ الْمُبْتَاعُ، وَيُرِيدُ أَنْ يَحْلِفَ مَا لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ قَالَ بَلْ يَحْلِفُ مَا اشْتَرَى مِنْهُ سِلْعَةَ كَذَا فَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ إذَا حَلَفَ مَا لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ مِنْ كُلِّ مَا يَدَّعِيهِ فَقَدْ بَرِئَ وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَبِيبٍ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الْقَوْلَانِ، وَهُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ إنْكَارِهِ وَمَا يُجْزِئُ فِي ذَلِكَ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَحْلِفُ الْمُنْكِرُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَوْ ادَّعَاهُ مِنْ حُقُوقِ نَفْسِهِ عَلَى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ، وَمَا وَرِثَهُ عَنْ أَبِيهِ حَلَفَ عَلَى الْعِلْمِ مِثْلَ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ قَضَاءَ أَبِيهِ الْمَيِّتِ دِينَهُ فَيَحْلِفُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُهُ قَبَضَهُ، وَلَا شَيْئًا مِنْهُ رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ أَوْ يَدَّعِي قِبَلَ مُوَرِّثِهِ حَقًّا فَيَحْلِفُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ لَهُ قِبَلَهُ شَيْئًا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عِلْمَ ذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ يَدَّعِهِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ وَعَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ يَحْلِفُ عَلَى عِلْمِهِ أَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إلَى غَيْرِ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يُقِيمَ شَاهِدُ الْمَوْرُوثَةِ بِحَقٍّ فَيَحْلِفُ مَعَهُ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ

عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي مَعْرِفَةَ ذَلِكَ وَتَحْقِيقَهُ فَيَحْلِفُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ الْمَعْرِفَةِ فِي الْإِثْبَاتِ، وَأَمَّا فِي النَّفْيِ فَلَا طَرِيقَ لَهُ إلَى ذَلِكَ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ بَرِئَ فَإِنْ نَكَلَ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَصْحَابُهُ: لَا يَجِبُ الْحَقُّ بِنُكُولِ الْمَطْلُوبِ عَنْ الْيَمِينِ حَتَّى يُرَدَّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَيَحْلِفَ قَالَ مَالِكٌ، وَإِذَا جَهِلَ ذَلِكَ الطَّالِبُ فَلْيَذْكُرْ لَهُ الْقَاضِي حَتَّى يَحْلِفَ الطَّالِبُ إذْ لَا يَتِمُّ الْحُكْمُ إلَّا بِذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ بِنَفْسِ النُّكُولِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا حَقٌّ يَثْبُتُ بِالْيَمِينِ فَإِذَا نَكَلَ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ جَازَ أَنْ تَنْتَقِلَ الْيَمِينُ إلَى الْجَنْبَةِ الْأُخْرَى كَالْقَسَامَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ رَدَّ الْمَطْلُوبُ الْيَمِينَ عَلَى الطَّالِبِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ، وَلَزِمَهُ رَدُّهَا رَوَاهُ عِيسَى، وَأَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ كَانَ رَدُّهُ لِلْيَمِينِ عِنْدَ السُّلْطَانِ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَذَلِكَ أَنَّ رَدَّهُ الْيَمِينَ عَلَى الطَّالِبِ رِضًا بِيَمِينِهِ وَتَصْدِيقٌ لِقَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ فَلَمَّا تَعَلَّقَ بِذَلِكَ حَقُّ الطَّالِبِ لَمْ يَكُنْ لِلْمَطْلُوبِ الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَلَا إبْطَالُ حَقٍّ يَثْبُتُ لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ مِنْ الْأَيْمَانِ الَّتِي تُرَدُّ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُرَدُّ مِثْلَ أَيْمَانِ التُّهْمَةِ مِثْلَ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ عَبْدَهُ بِالْبَرَاءَةِ ثُمَّ يَظْهَرَ الْمُبْتَاعُ فِيهِ عَلَى عَيْبٍ قَدِيمٍ فَيَحْلِفُ الْبَائِعُ أَنَّهُ مَا عَلِمَ بِهِ فَإِنْ نَكَلَ رُدَّ عَلَيْهِ الْعَبْدُ دُونَ يَمِينِ الْمُبْتَاعِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ لَا طَرِيقَةَ لَهُ إلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ فَلَا يُكَلَّفُ تَفَحُّمَ الْيَمِينِ عَلَى مَا لَا سَبِيلَ لَهُ، وَلَا لِغَيْرِهِ إلَى مَعْرِفَتِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ادَّعَى الْمُودَعُ ضَيَاعَ الْوَدِيعَةِ وَادَّعَى الْمُودِعُ تَعَدِّيَهِ عَلَيْهَا فَالْمُودَعُ مُصَدَّقٌ إلَّا أَنْ يُتَّهَمَ فَيَحْلِفَ قَالَهُ أَصْحَابُنَا فِي النَّوَادِرِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ، وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ هَاهُنَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا يَمِينُ تُهْمَةٍ دُونَ تَحْقِيقٍ، وَلِذَلِكَ اخْتَصَّتْ بِمَنْ يُتَّهَمُ دُونَ مَنْ لَا يُتَّهَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ فَقَالَ لِلْحَاكِمِ اضْرِبْ لِي أَجَلًا حَتَّى أَنْظُرَ فِي يَمِينِي، وَفِي حِسَابِي، وَأَتَثَبَّتُ فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ بِقَدْرِ مَا يَرَاهُ قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُرِيدُ التَّثَبُّتَ فِيمَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ فَيَجِبُ أَنْ يُجَابَ

إلَيْهِ فَقَدْ يَكُونُ الْحِسَابُ يَكْثُرُ، وَيطُولُ أَمْرُهُ، وَيَتَسَامَحُ فِي الدَّعْوَى أَوْ الْإِنْكَارِ، وَيُتَحَرَّزُ فِي الْيَمِينِ؛ لِأَنَّهَا أَعْظَمُ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي عَقْدٍ كَبَيْعٍ أَوْ سَلَفٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَأَمَّا مَنْ أَثْبَتَ بِبَيِّنَةٍ بِعَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ أَنَّهُ مِلْكُهُ لَا يَعْلَمُونَهُ بَاعَ، وَلَا وَهَبَ، وَلَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ

(238/5)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ فِيهِ فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ إنْ جِئْتُك بِحَقِّك إلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَك بِمَا رُهِنَ فِيهِ قَالَ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَحِلُّ، وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ فَهُوَ لَهُ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مَفْسُوخًا) .

[المنتقى]

عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُحَلِّفُهُ الْإِمَامُ مَا بَاعَ، وَلَا وَهَبَ، وَلَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ بِشَيْءٍ فَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ وَيَسْتَحِقُّهُ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: لَيْسَ عَلَيْهِ يَمِينٌ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الَّذِي فِي يَدِهِ ذَلِكَ أَمْرًا يَظُنُّ أَنَّ صَاحِبَهُ فَعَلَهُ فَيَحْلِفُ مَا فَعَلَهُ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ أَصْحَابِنَا أَنَّهَا يَمِينٌ لِلْحُكْمِ لَا يَصِحُّ لَهُ الْقَضَاءُ إلَّا بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إنَّمَا شَهِدَتْ لَهُ بِالْمِلْكِ عَلَى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ وَشَهِدَتْ فِي بَقَائِهِ عَلَى مِلْكِهِ عَلَى الْعِلْمِ فَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِحْلَافِهِ عَلَى الْبَتِّ فِيمَا بَقِيَ وَمَا عَسَى أَنْ يُزِيلَ مِلْكَهُ عَنْهُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَحِقُّ أَنْ يُقْضَى لَهُ، وَإِلَّا كَانَ قَدْ حَكَمَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمُسْتَحِقُّ أَسْبَابَ الِاسْتِحْقَاقِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَطْلُوبَ إذَا لَمْ يَدَّعِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَلَا مَعْنَى لِاسْتِحْلَافِ الطَّالِبِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ الْمِلْكُ، وَلَا يَدَّعِي خُرُوجَهُ عَنْ مِلْكِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا لَا يَجُوزُ مِنْ غَلْقِ الرَّهْنِ]

ِ غَلْقُ الرَّهْنِ مَعْنَاهُ أَنْ لَا يُفَكَّ يُقَالُ غَلِقَ الرَّهْنُ إذَا لَمْ يُفَكَّ فَمَعْنَى التَّرْجَمَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْقَدَ الرَّهْنُ عَلَى وَجْهٍ يَئُولُ إلَى الْمَنْعِ مِنْ فَكِّهِ، وَأَنْشَدَ الرَّبَعِيُّ

، وَفَارَقْتُك بِرَهْنٍ لَا فِكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى رَهْنُهَا غَلَقَا

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ فِيهِ فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ إنْ جِئْتُك بِحَقِّك إلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَك بِمَا رُهِنَ فِيهِ قَالَ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَحِلُّ، وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِاَلَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ فَهُوَ لَهُ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مَفْسُوخًا) .

(ش) : قَوْلُهُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لَا يُمْنَعُ مِنْ فَكِّهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ نَهْيٌ عَنْ عَقْدٍ يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ وَعَنْ اسْتِدَامَتِهِ إنْ عَقَدَ عَلَى وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ، فَإِنْ وَقَعَ فَقَدْ قَالَ يُرْهَنُ الرَّهْنُ فِي دَيْنِهِ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَحِلُّ يُرِيدُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَهُوَ فِي دَيْنٍ ثَابِتٍ وَمِثْلُ ذَلِكَ أَنْ يَبِيعَهُ ثَوْبًا بِمِائَتَيْ دِرْهَمٍ إلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَرْهَنَهُ بِهِ رَهْنًا عَلَى أَنَّهُ إنْ جَاءَهُ بِالثَّمَنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَهُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ وَالرَّهْنُ فَاسِدٌ، وَلَهُ إنْ قَبَضَهُ الْبَائِعُ حُكْمُ الرَّهْنِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ سَلِمَ مِنْ هَذَا الشَّرْطِ، وَالرَّهْنُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُنْقَضُ مِنْ قَرْضٍ كَانَ أَوْ مِنْ بَيْعٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ مَالِكٌ مِنْ النَّهْيِ عَنْهُ وَالنَّهْيُ عَنْهُ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ؛ وَلِأَنَّهُ فِي الْقَرْضِ تَارَةً يَكُونُ بَيْعًا وَتَارَةً يَكُونُ قَرْضًا، وَهُوَ إذَا كَانَ الدَّيْنُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ مِنْ قَرْضٍ بِمَعْنَى فَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ مَا عَمِلَا عَلَيْهِ مِنْ غَلْقِ الرَّهْنِ، وَهُوَ بَيْعُهُ بِالدَّيْنِ الَّذِي رَهَنَ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا إنْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَيْعٍ انْعَقَدَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ بِأَنْ يَبِيعَهُ ثَوْبًا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ إلَى أَجَلٍ عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ بِهِ دَابَّةً عَلَى أَنْ جَاءَهُ بِالثَّمَنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، وَإِلَّا فَالدَّابَّةُ لَهُ عِوَضًا مِنْ الثَّوَابِ فَإِنَّ هَذَا الْبَيْعَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَدْرِي بِمَا بَاعَ ثَوْبَهُ بِالْمِائَةِ دِرْهَمٍ أَوْ بِالدَّابَّةِ فَيُنْقَضُ الْبَيْعُ، وَالرَّهْنُ مَا لَمْ يَفُتْ الثَّوْبُ فَيَمْضِي الثَّوْبُ بِالْقِيمَةِ، وَيَبْطُلُ الْأَجَلُ وَشَرْطُ الرَّهْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ حَلَّ الْأَجَلُ، وَلَمْ يُفْسَخْ الرَّهْنُ إلَى رَبِّهِ، وَأَخَذَ الْمُرْتَهِنُ دَيْنَهُ سَوَاءٌ تَغَيَّرَ قَبْلَ الْأَجَلِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ أَوْ حَوَالَةِ أَسْوَاقٍ أَوْ لَمْ يَتَغَيَّرْ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبِسَهُ بِحَقِّهِ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ الْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ أَخَذَهُ، وَإِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِهِ إنَّهُ يُفْسَخُ أَنَّهُ إنْ كَانَ مَا عَلَيْهِ مُؤَجَّلًا إلَى سَنَةٍ أَنَّهُ يُفْسَخُ قَبْلَ السَّنَةِ، وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ

مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَعِنْدِي أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يُفْسَخَ غِلَاقُهُ، وَأَمَّا أَنْ يُؤْخَذَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، وَيَبْقَى دَيْنُهُ دُونَ رَهْنٍ فَلَا

(239/5)

الْقَضَاءُ فِي رَهْنِ الثَّمَرِ وَالْحَيَوَانِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ رَهَنَ حَائِطًا لَهُ إلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَيَكُونُ ثَمَرُ ذَلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الْأَجَلِ أَنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مِنْ الْأَصْلِ إلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ، وَأَنَّ الرَّجُلَ إذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً، وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إيَّاهَا أَنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا قَالَ مَالِكٌ: وَفُرِّقَ بَيْنَ الثَّمَرِ، وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «مَنْ بَا عَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» قَالَ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ بَا عَ وَلِيدَةً أَوْ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ أَنَّ ذَلِكَ الْجَنِينَ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ فَلَيْسَتْ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانِ، وَلَيْسَ الثَّمَرُ مِثْلَ الْجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ، وَلَا يَرْهَنُ النَّخْلَ، وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنْ النَّاسِ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ مِنْ الرَّقِيقِ، وَلَا مِنْ الدَّوَابِّ)

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ يُرَدَّ بَعْدَ الْأَجَلِ وَمَا يَقْرُبُ مِنْهُ حَتَّى تَغَيَّرَتْ أَسْوَاقُهُ أَوْ تَغَيَّرَ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ لَزِمَهُ بِقِيمَتِهِ، وَيُقَاصُّ بِثَمَنِهِ مِنْ دَيْنِهِ، وَيَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْبَيْعَ إنَّمَا وَقَعَ فِيهِ يَوْمَ حَلَّ الْأَجَلُ فَإِنْ فَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ فَاتَ بِيَدِ الْمُبْتَاعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَهَذَا فِي السِّلَعِ وَالْحَيَوَانِ، وَأَمَّا فِي الدُّورِ وَالْأَرْضِينَ فَإِنَّ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ، وَطُولَ الزَّمَانِ لَا يُفِيتُهَا وَتُرَدُّ إلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ فَاسِدٌ مُحَرَّمٌ، وَإِنَّمَا يُفِيتُهَا الْهَدْمُ وَالْبُنْيَانُ وَالْغَرْسُ سَوَاءٌ تَهَدَّمَتْ بِفِعْلِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ فَاتَ الرَّهْنُ بَعْدَ الْأَجَلِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ عَلَى وَجْهٍ يَلْزَمُهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَرَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْهُ: عَلَيْهِ قِيمَتُهُ قِيلَ يَوْمَ فَاتَ وَقِيلَ يَوْمَ حَلَّ الْأَجَلُ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: وَقَوْلُ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَحَبُّ إلَيَّ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَبَضَ الرَّهْنَ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ فَلِذَلِكَ رُوعِيَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْفَوَاتِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ كَانَ أَحَقَّ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ وَقَبْلَ الْفَوَاتِ، وَإِلَيْهِ كَانَ يُرَدُّ لَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِ

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي، وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّهُ يَوْمَ الْأَجَلِ مَقْبُوضٌ لِلْبَيْعِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَقْبُوضًا لِلْبَيْعِ لَمَا فَاتَ بِتَغَيُّرِ الْأَسْوَاقِ، وَلَا زِيَادَةَ، وَلَا نُقْصَانَ، وَلِذَلِكَ يَضْمَنُ بَعْدَ الْأَجَلِ ضَمَانَ مَا بِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا دُونَ ضَمَانِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرَّهْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَرَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونَ عَنْ الدَّرَاوَرْدِيِّ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ ابْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِثْلَهُ وَزَادَ فِيهِ هُوَ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ وَمَعْنَاهُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ لَهُ غَلَّتُهُ وَخَرَاجُ ظَهْرِهِ وَأُجْرَةُ عَمَلِهِ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ أَيْ نَفَقَتُهُ، وَلَيْسَ يُرِيدُ بِهِ الْهَلَاكَ وَالْمُصِيبَةَ؛ لِأَنَّ الْغُنْمَ إنْ كَانَ الْخَرَاجُ وَالْغَلَّةُ كَانَ الْغُرْمُ مَا قَابَلَ ذَلِكَ مِنْ النَّفَقَةِ، وَهُوَ نَحْوُ مَا رُوِيَ عَنْهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ أَيْ غَلَّتُهُ لِرَبِّهِ وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُهُ كَوْنُهُ رَهْنًا مِنْ صَرْفِ هَذِهِ الْمَنَافِعِ إلَى مَالِكِهِ الرَّاهِنِ أَوْ غَيْرِهِ.

وَقَدْ رَأَيْت لِلشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ نَحْوَ هَذَا التَّفْسِيرِ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِي الْقَرْضِ وَعِوَضٌ مَجْهُولٌ فِي الْمُبَايَعَةِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ مَعْنَى قَوْلِهِ لَهُ غُنْمُهُ أَيْ مَنْفَعَتُهُ، وَلَمْ يُرِدَّ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَزُلْ عَنْ الرَّاهِنِ وَغُرْمُهُ أَيْ نَفَقَتُهُ وَتَلَفُهُ إذَا ثَبَتَ تَلَفُهُ مِنْ الرَّاهِنِ وَقَالَ بَعْضُ الْمَالِكِيِّينَ: مَعْنَى قَوْلِهِ لَهُ غُنْمُهُ أَيْ رُجُوعُهُ إلَيْهِ، وَيَرْجِعُ رَبُّ الْحَقِّ عَلَيْهِ بِحَقِّهِ وَذَلِكَ مَعْنَى قَوْلِهِ إنَّ غُرْمَهُ عَلَيْهِ يُرِيدُ أَنَّ الْغُرْمَ الَّذِي رَهَنَ مِنْ أَجْلِهِ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ رُجُوعُ الرَّهْنِ إلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي رَهْنِ الثَّمَرِ وَالْحَيَوَانِ]

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ رَهَنَ حَائِطًا إلَى أَجَلٍ فَأَثْمَرَ الْحَائِطُ قَبْلَ الْأَجَلِ فَإِنَّ ذَلِكَ الثَّمَرَ لَا يَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْحَائِطِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ لَا يَكُونُ لِلثَّمَرَةِ حُكْمُ الرَّهْنِ، وَلَا يَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِهَا مِنْ الْغُرَمَاءِ وَذَلِكَ أَنَّ النَّمَاءَ مِنْ الرَّهْنِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَوَّلِ كَثَمَرَةِ النَّخْلِ وَعَسَلِ النَّحْلِ

. . . .

وَغَلَّةِ الزَّرْعِ وَالرِّبَاعِ وَغَلَّةِ الْعَبِيدِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانِ، فَهَذَا كُلُّهُ لَا يَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ مَا حَدَثَ مِنْهُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ فَأَمَّا الثَّمَرَةُ فَسَوَاءٌ حَدَثَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ أَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً حِينَ الرَّهْنِ مُزْهِيَةً أَوْ غَيْرَ مُزْهِيَةٍ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ: إنَّ اللَّبَنَ وَالصُّوفَ وَثَمَرَ النَّحْلِ وَالشَّجَرَ مَا حَدَثَ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ الرَّهْنِ فَهُوَ فِي الرَّهْنِ وَكَذَلِكَ الْغَلَّةُ وَالْخَرَاجُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ نَمَاءٌ حَادِثٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَصْلِ فَلَمْ يَتْبَعْهُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ أَصْلُ ذَلِكَ مَالُ الْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَصْوَافُ الْغَنَمِ، وَأَلْبَانُهَا فَلَا تُتَّبَعُ أَيْضًا إذَا حَدَثَتْ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ أَوْ كَانَتْ غَيْرَ كَامِلَةٍ فَأَمَّا إنْ كَانَتْ كَامِلَةً يَوْمَ عَقْدِ الرَّهْنِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَلْحَقُهَا حُكْمُ الرَّهْنِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَكُونُ رَهْنًا إلَّا بِالشَّرْطِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانِ اتِّصَالَ خِلْقَةٍ قَدْ كَمُلَ، وَيُتَّبَعُ فِي الْبَيْعِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ فَكَذَلِكَ فِي الرَّهْنِ كَأَعْضَاءِ الْحَيَوَانِ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ الْقَرَوِيِّينَ فِي النَّخْلِ تُرْهَنُ، وَفِيهَا ثَمَرَةٌ يَابِسَةٌ: يَجِبُ أَنْ تَكُونَ لِلْمُرْتَهِنِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ كَالصُّوفِ التَّامِّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّ الثَّمَرَةَ الْيَابِسَةَ لَا تُتَّبَعُ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُتَّبَعُ فِي الْبَيْعِ بِخِلَافِ الصُّوفِ؛ لِأَنَّ الصُّوفَ لَا يَخْلُو مِنْهُ الْحَيَوَانُ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِصْلَاحِ لَهُ فَأَشْبَهَ جَرِيدَ النَّخْلِ، وَأَمَّا الثَّمَرَةُ فَمِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَصْلِ وَمَقْصُودَةٌ بِالْغَلَّةِ تَخْلُو مِنْهَا الشَّجَرَةُ فِي بَعْضِ أَوْقَاتِهَا وَذَلِكَ حُكْمُ رَطْبِهَا، وَيَابِسِهَا ووَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ هَذِهِ غَلَّةٌ فَلَمْ تَتْبَعْ الْأَصْلَ فِي الرَّهْنِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ كَاللَّبَنِ فِي ضُرُوعِ الْغَنَمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا غَلَّةُ الدُّورِ الْمُكْتَرَاةِ وَغَلَّةُ الْعَبِيدِ وَالدَّوَابِّ فَلَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ رَهْنًا مَعَ الرِّقَابِ، وَكَذَلِكَ مَالُ الْعَبْدِ لَا يَتْبَعُهُ فِي الرَّهْنِ إلَّا بِالشَّرْطِ قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ شَرَطَهُ جَازَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا كَمَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ فَإِنْ شَرَطَهُ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ لَا يَكُونُ لَهُ أَفَادَ بَعْدَ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ غَلَّةٌ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ عَبْدُوسٍ: وَلَا مَا وُهِبَ لَهُ قَالَ فِي الْكِتَابَيْنِ إلَّا أَنْ يَرْبَحَ فِي الْمَالِ الَّذِي شَرَطَهُ فَهُوَ كَمَالِهِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَجُوزُ ارْتِهَانُ مَالِ الْعَبْدِ دُونَهُ فَيَكُونُ لَهُ مَعْلُومُهُ وَمَجْهُولُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ إنْ قَبَضَهُ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَرَرَ وَالْمَجْهُولَ يَصِحُّ ارْتِهَانُهُ كَمَا يَصِحُّ إفْرَادُ الثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ تُؤَبَّرْ بِالِارْتِهَانِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَمَنْ ارْتَهَنَ جَارِيَةً، وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ الرَّهْنِ فَإِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ النَّمَاءَ عَلَى ضَرْبَيْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيمَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ النَّمَاءِ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ زَادَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: وَفِرَاخُ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ فَإِنَّ جَمِيعَ مَا تَلِدُهُ الْأَمَةُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ يَكُونُ رَهْنًا مَعَهَا دُونَ شَرْطٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ فَأَشْبَهَ سِمَنَهَا وَمَنْ ارْتَهَنَ عَبْدًا فَوُلِدَ لِلْعَبْدِ مِنْ أَمَتِهِ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ: الْوَلَدُ رَهْنٌ مَعَ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ أُمَّهُ مَالٌ لِلْعَبْدِ فَلَا تَكُونُ رَهْنًا مَعَهُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ وَالْوَلَدُ نَمَاءٌ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ فَكَانَ تَبَعًا لَهُ فِي الرَّهْنِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ شُرِطَ فِي الْأَمَةِ أَنَّهَا رَهْنٌ دُونَ مَا تَلِدُهُ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: لَا يُرْتَهَنُ الْجَنِينُ دُونَ الْأُمِّ، وَلَيْسَ الْوَلَدُ كَالثَّمَرَةِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ مِنْ الْجَارِيَةِ فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالرَّهْنِ كَيَدِهَا أَوْ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ مُيَسَّرٍ: يَجُوزُ أَنْ يَرْتَهِنَ مَا تَلِدُهُ هَذِهِ الْجَارِيَةُ أَوْ هَذِهِ الْبَقَرَةُ أَوْ هَذِهِ الْغَنَمُ كَمَا يُرْتَهَنُ الْعَبْدُ الْآبِقُ وَالْجَمَلُ الشَّارِدُ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ بِالْبَعْضِ فَإِذَا وَلَدَتْ الْغَنَمُ كَانَ الْوَلَدُ رَهْنًا وَقَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ الرَّهْنِ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَجُوزُ أَنْ يُرْتَهَنَ وَلَدُهَا وَتُبَاعَ مَعَ وَلَدِهَا فَيَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أَوْلَى بِحِصَّتِهَا مِنْ الثَّمَنِ، وَيُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ فِي حِصَّةِ الْآبِقِ، وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي وَصِيفٍ يُوضَعُ رَهْنًا قَالَ أَمَةٌ تَكُونُ مَعَهُ فِي الرَّهْنِ يُرِيدُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا فِي الْمَكَانِ، وَإِمَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهَا

(241/5)

الْقَضَاءُ فِي الرَّهْنِ مِنْ الْحَيَوَانِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوَانٍ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعُلِمَ هَلَاكُهُ فَهُوَ مِنْ الرَّاهِنِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُنْقِصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا) .

[المنتقى]

حُكْمُ الرَّهْنِ فَلَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا يُرْهَنُ الصَّبِيُّ حَتَّى يُثْغِرَ كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ حَتَّى يُثْغِرَ إلَّا أَنْ

يُرْهَنَ مَعَ أُمِّهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَفَرَّقَ مَا بَيْنَ الثَّمَرَةِ وَوَلَدِ الْجَارِيَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ» قَالَ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ مِمَّنْ بَاعَ جَارِيَةً أَوْ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ أَنَّ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ فَهَذَا عَلَى مَا قَالَ فَرَّقَ بَيْنَ الثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ وَالْجَنِينِ وَحُجَّةُ مَنْ أَرَادَ إلْحَاقَ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ، وَأَنْ يَجْعَلَ الثَّمَرَةَ الْمَأْبُورَةَ تَتْبَعُ فِي الرَّهْنِ كَمَا يَتْبَعُ الْجَنِينُ وَأَمَّا الثَّمَرَةُ الَّتِي لَيْسَتْ بِمُؤَبَّرَةٍ فَخَارِجَةٌ عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تَتْبَعُ النَّخْلَ فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهَا الْمُبْتَاعُ فَهِيَ فِي الْبَيْعِ بِمَنْزِلَةِ الْجَنِينِ، وَفِي الرَّهْنِ مُخَالِفَةٌ لِلْجَنِينِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الرَّهْنِ وَالْبَيْعِ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْقُلُ الْمَبِيعَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَتْ غَلَّتُهُ لِلْمُبْتَاعِ، وَالرَّهْنُ لَا يَنْقُلُ الرَّهْنَ عَنْ مَالِكِ الرَّاهِنِ فَبَقِيَتْ غَلَّتُهُ لَهُ، وَالْجَنِينُ لَمَّا كَانَ مِنْ جِنْسِ أُمِّهِ تَبِعَهَا فِي الرَّهْنِ وَالْبَيْعِ كَسِمَنِهَا لَمْ يَنْفَصِلْ عَنْهَا فِي بَيْعٍ، وَلَا رَهْنٍ قَالَ مَالِكٌ فِي جُرْحِ الْعَبْدِ الْمُرْتَهَنِ: يُؤْخَذُ لَهُ الْأَرْشُ أَنَّهُ لِلْمُرْتَهِنِ فِي رَهْنِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَيُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ دُونَ الْأَصْلِ، وَلَا يَرْهَنُ أَحَدٌ جَنِينًا دُونَ أُمِّهِ، وَهَذَا أَيْضًا فَرْقٌ بَيْنَ الثَّمَرَةِ الْمَأْبُورَةِ، وَبَيْنَ الْجَنِينِ إذَا سُلِّمَ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا إنَّهُ يَصِحُّ إفْرَادُ الثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ تُؤَبَّرْ بِالرَّهْنِ أَوْ ثَمَرَةٍ نَبَتَتْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فِي نَخْلِهِ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ الْمَذْهَبِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَجُوزُ ارْتِهَانُهَا سِنِينَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَ الثَّمَرَةَ قَبْلَ أَنْ تَكُونَ طَلْعًا.

وَقَالَ أَشْهَبُ: يَجُوزُ ارْتِهَانُ غَلَّةِ الدَّارِ فَهَذَا فَرْقٌ وَاضِحٌ بَيْنَ الثَّمَرَةِ وَالْجَنِينِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا ادَّعَاهُ فِي الْجَنِينِ فَلَا يَصِحُّ هَذَا الْفَرْقُ إلَّا عَلَى أَصْلِهِ وَمَذْهَبِهِ دُونَ مَذْهَبِ مَنْ خَالَفَهُ وَجَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي أَنْ يَتَّبِعَا الْأَصَلَ فِي الرَّهْنِ أَوْ لَا يَتَّبِعَانِهِ وَقَدْ أُخْتُلِفَ فِيمَا قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا: إنَّهُ يَجُوزُ ارْتِهَانُ الثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا دُونَ الْأُصُولِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ الْحِرْزُ فِيهَا إلَّا بِقَبْضِ الْأُصُولِ وَمَنْ ارْتَهَنَ زَرْعًا فِي أَرْضٍ دُونَ الْأَرْضِ فَإِنَّ حِيَازَتَهُ بِقَبْضِ الْأُصُولِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَالَ: فَإِنْ فَلِسَ فَالثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ لِلْمُرْتَهِنِ دُونَ الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ فَإِنَّ ذَلِكَ لِلْغُرَمَاءِ قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ قَبْضُ الثَّمَرَةِ إلَّا بِقَبْضِ الْأَصْلِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَنْعِ الرَّهْنِ مِنْهُ جُمْلَةً فَلَا يَبْقَى لَهُ فِي الرَّهْنِ تَصَرُّفٌ بِوَجْهٍ وَذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ يَبْطُلُ بِتَعَذُّرِ الْحِيَازَةِ، وَيَبْطُلُ بَعْدَ صِحَّةِ الْحِيَازَةِ بِعَدَمِ الْحِيَازَةِ فَكَانَ الْقَبْضُ فِيهِ مُخَالِفًا لِلْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ إذْ لَمْ يَبْطُلْ بِعَدَمِ الْقَبْضِ، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِعَدَمِ إمْكَانِهِ فَحُكْمُ

الْقَبْضِ فِي الرَّهْنِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الْهِبَةِ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ إذَا صَحَّتْ بِالْحِيَازَةِ لَا تَبْطُلُ بِرُجُوعِهَا إلَى يَدِ الْوَاهِبِ، وَالرَّهْنُ يَبْطُلُ بِرُجُوعِهِ إلَى يَدِ الرَّاهِنِ فَلَمْ يَصِحَّ حِيَازَتُهُ إلَّا بِمَنْعِ الرَّاهِنِ مِنْهُ بِكُلِّ وَجْهٍ.

[الْقَضَاءُ فِي الرَّهْنِ مِنْ الْحَيَوَانِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُهُ: مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ غَالِبَ أَمْرِهِ أَنَّ ضَيَاعَهُ يُعْرَفُ وَيُشْتَهَرُ، وَلَا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالْأَرْضِ وَالدُّورِ وَالْحَيَوَانِ فَإِنَّ هَذَا لَا يُمْكِنُ إخْفَاؤُهُ بِالْمَغِيبِ عَلَيْهِ وَالسَّتْرِ لَهُ قَالَ مَالِكٌ وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ وَالثَّمَرَةُ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَأَمَّا الْأَرْضُ وَالرِّبَاعُ كُلُّهَا وَأُصُولُ الشَّجَرِ مِمَّا لَا يُنْقَلُ، وَلَا يُحَوَّلُ فَأَمْرُهَا ظَاهِرٌ يُعْلَمُ صِدْقُ مُدَّعِي

(242/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا يُعْلَمُ هَلَاكُهُ إلَّا بِقَوْلِهِ فَهُوَ مِنْ الْمُرْتَهِنِ، وَهُوَ لِقِيمَتِهِ ضَامِنٌ يُقَالُ لَهُ صِفْهُ فَإِذَا وَصَفَهُ أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَاكَ فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا

[المنتقى]

ضَيَاعِهَا مِنْ كَذِبِهِ.

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ فَإِنَّ ادِّعَاءَ إبَاقِ الْعَبْدِ، وَهُرُوبِ الْحَيَوَانِ أَمْرٌ لَا يَكَادُ الْمُرْتَهِنُ أَنْ يُقِيمَ بِهِ بَيِّنَةً؛ لِأَنَّ هَذَا يَكُونُ كَثِيرًا فِي وَقْتِ الْغَفْلَةِ، وَفِي حِينٍ لَا يُمْكِنُ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ بِهِ قَالَ مَالِكٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَا أَخَذَهُ عَلَيْهِ عَلَى غَيْرِ الضَّمَانِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ كَذِبُهُ وَذَلِكَ مِثْلُ مَا قَالَ أَشْهَبُ إذَا زَعَمَ أَنَّ الدَّابَّةَ انْفَلَتَتْ مِنْهُ أَوْ الْعَبْدَ كَابَرَهُ بِحَضْرَةِ جَمَاعَةٍ مِنْ النَّاسِ فَيُنْكِرُونَ ذَلِكَ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِينَ أُدُّعِيَ عَلَيْهِمْ غَيْرَ عُدُولٍ فَلَا يُصَدَّقُونَ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُمْ إذَا كَانُوا غَيْرَ عُدُولٍ لَمْ يَثْبُتْ كَذِبُهُ وَكَانَ عَلَى أَصْلِهِ فِي التَّصْدِيقِ وَانْتِفَاءِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ أَخَذَهُ فَوُجُودُ غَيْرِ الْعُدُولِ كَعَدَمِهِمْ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُكْمِ لَهُ وَعَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا فِي الْمَوْتِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ يُصَدَّقُ إلَّا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ بِدَعْوَاهُ ذَلِكَ بِمَوْضِعٍ لَا يَعْلَمُ أَهْلُهُ ذَلِكَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ يُصَدَّقُ إذَا ادَّعَى مَوْتَهُ فِي الْفَيَافِي وَالْقَفْرِ بِحَيْثُ لَا يَكُونُ بِهِ مَنْ يُعْرَفُ بِهِ

صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ فَإِنْ كَانَ فِي الْقُرَى وَحَيْثُ يَكُونُ النَّاسُ فَإِنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ يَكُونُ فِيهِ أَهْلُ الْعَدْلِ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَحَدٌ مِنْهُمْ مَوْتَ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَالَ مَاتَتْ دَابَّةٌ لَا نَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ فَوَصَفُوهَا إنْ عَرَفُوا الصِّفَةَ أَوْ لَمْ يَصِفُوهَا قَبْلَ قَوْلِهِ إنَّهَا هِيَ، وَيَحْلِفُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا الْمِقْدَارَ مِنْ الْعِلْمِ هُوَ الَّذِي يَعْلَمُ أَهْلُ الْجِهَةِ الَّتِي مَاتَتْ الدَّابَّةُ بِهَا فَإِذَا عَدِمَ ذَلِكَ عُلِمَ كَذِبُهُ فِيمَا زَعَمَهُ مِنْ مَوْتِهِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ رَأَى دَابَّةً مَيِّتَةً سَأَلَ عَمَّنْ مَلَكَهَا، وَلَا يَتَبَيَّنُ صِفَتَهَا بَلْ يَصْرِفُ بَصَرَهُ عَنْهَا، وَيُسْرِعُ الْمَشْيَ فِي الْبُعْدِ عَنْهَا فَلَا يَتَبَيَّنُ كَذِبُ مُدَّعِي ذَلِكَ فِي عَدَمِ الْمَعْرِفَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى مِنْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُنْقِصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا يُرِيدُ أَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الرَّاهِنِ بِكَمَالِهِ لَا يَنْقُصُ مِنْهُ لِأَجْلِ مَا ذَهَبَ مِنْ الرَّهْنِ بِيَدِهِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ إذَا رَهَنَ مِنْ رَاهِنِهِ، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ كَثِيرٍ عَنْ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ: الرَّهْنُ كُلُّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ.

وَرَوَى الْقَاضِي أَبُو الْفَرَجِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ ارْتَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ وَقَبَضَهُ كُلَّهُ وَتَلِفَ عِنْدَهُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إلَّا بِصِفَةٍ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ لِمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ إلَّا أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ دُونَ قِيمَتِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ بِقِيمَتِهِ لَا يُضْمَنُ بِقِيمَةِ غَيْرِهِ كَالْوَدِيعَةِ.

وَقَدْ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: قُلْت فَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ إنْ ضَاعَ فَقَالَ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَلَا يُعْلَمُ لَهُ قِيمَةٌ، وَلَا صِفَةٌ لِقَوْلِ الرَّاهِنِ، وَلَا الْمُرْتَهِنِ، وَلَا غَيْرِهِمَا فَهَذَا لَا طَلَبَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ وَقَدْ كَانَ الْقِيَاسُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَ قِيمَتَهُ مِنْ أَدْنَى الرَّهْنِ.

وَقَدْ ذُكِرَ لِي ذَلِكَ عَنْ أَشْهَبَ وَمَا قُلْت لَك أَوَّلًا هُوَ قَوْلُ الْعُلَمَاءِ، وَأَحَقُّهُ بِحَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ قَالَ أَبُو الزِّنَادِ، وَفِي الْحَدِيثِ إذَا عَمِيَتْ قِيمَتُهُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ لَا يَثْبُتُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهِ شَيْءٌ، وَلَا لَهُ أَصْلٌ، وَإِنَّمَا هُوَ قَوْلُ جَمَاعَةٍ مِنْ الْفُقَهَاءِ أَنَّ الرَّهْنَ يُضْمَنُ مِنْهُ قَدْرُ الدَّيْنِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ قِيمَتِهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَالثَّوْرِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ.

وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنَفِيَّةِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَا رُوِيَ فَوْقَ هَذَا مِنْ قَوْلِ أَصْحَابِنَا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ هُوَ قَوْلُ الْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ إنَّمَا ذَلِكَ إذَا جُهِلَتْ صِفَاتُهُ، وَلَمْ يَدَّعِ مَعْرِفَةَ

ذَلِكَ رَاهِنٌ، وَلَا مُرْتَهِنٌ، وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ، وَبَلَغَنِي عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –. وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ إذَا ضَاعَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَكَانَتْ قِيمَتُهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ – عَزَّ وَجَلَّ –.

(243/5)

سَمَّى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى أَحْلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى الْمُرْتَهِنُ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمَّى الْمُرْتَهِنُ فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ أَعْطَى الْمُرْتَهِنَ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لَا عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ إذَا جَاءَ بِالْأَمْرِ الَّذِي لَا يُسْتَنْكَرُ قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ، وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ: وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا يُعْلَمُ هَلَاكُهُ إلَّا بِقَوْلِهِ فَهُوَ مِنْ الْمُرْتَهِنِ يُرِيدُ أَنَّهُ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَلَا يَكَادُ أَنْ يُعْلَمَ هَلَاكُ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ إلَّا بِقَوْلِ مَنْ هُوَ بِيَدِهِ كَالثِّيَابِ وَالْعُرُوضِ وَالْعَنْبَرِ وَالْحُلِيِّ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَهَذَا وَمَا أَشْبَهَهُ يُوصَفُ بِأَنَّهُ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْجِنْسُ مِنْ الرُّهُونِ إذَا ضَاعَ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَقُومَ بِضَيَاعِهِ بَيِّنَةٌ أَوْ لَا تَقُومُ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَإِنْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ فَعَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، وَبِهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ وَأَصْبَغُ وَاخْتَارَهَا ابْنُ الْمَوَّازِ وَالثَّانِيَةُ: يَضْمَنُ فِي الرَّهْنِ وَالْعَارِيَّةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْأَوْزَاعِيِّ فِي الرَّهْنِ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرُّهُونِ لَا يُضْمَنُ، وَإِنَّمَا يُضْمَنُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ لِحَاجَةِ النَّاسِ إلَى الرُّهُونِ وَالْإِقْرَاضِ وَالشِّرَاءِ بِالدَّيْنِ وَمَا يُغَابُ عَلَيْهِ يَدَّعِي فِيهِ الضَّيَاعَ عَلَى وَجْهٍ لَا يُعْلَمُ فِيهِ كَذِبُ مُدَّعِيهِ غَالِبًا فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إلَى ضَيَاعِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

وَالْمُرْتَهِنُ يَأْخُذُهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ، وَقَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يَضَعَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ فَيَبْرَأُ مِنْ ضَمَانِهِ فَإِذَا لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهَلَاكِهِ كَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ كَمَا أُلْزِمَ الْمُكْرِي ضَمَانَ مَا يَنْفَرِدُ بِحَمْلِهِ مِنْ الطَّعَامِ لِمَا خِيفَ مِنْ تَسَرُّعِ أَمْثَالِهِ إلَى أَكْلِهِ حِفْظًا لِلْأَمْوَالِ، وَلِذَلِكَ سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الْحَيَوَانِ، وَإِذَا كَانَ يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ فِي الْحَيَوَانِ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لِمَا كَانَ الْغَالِبُ مِنْ أَمْرِهِ ظُهُورُهُ فَبِأَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ الضَّمَانُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ إذَا قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْلَى وَأَحْرَى وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرُّهُونِ حُكْمُهَا الضَّمَانُ، وَعَلَى ذَلِكَ أُخِذَتْ فَاسْتَوَى فِيهَا ثُبُوتُ إتْلَافِهَا بِبَيِّنَةٍ أَوْ خَفَاءِ ذَلِكَ كَالرَّهْنِ مِمَّا لَا

يُغَابُ عَلَيْهِ لَمَّا قُبِضَ عَلَى غَيْرِ الضَّمَانِ اسْتَوَى فِيهِ ثُبُوتُ ذَلِكَ أَوْ خَفَاءُ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا بِرِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقَامَتْ بَيِّنَةٌ بِهَلَاكِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرُّهُونِ مِنْ غَيْرِ تَضْيِيعٍ مِنْ الْمُرْتَهِنِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَضْمَنُ وَكَذَلِكَ لَوْ رَهَنَهُ رَهْنًا فِي الْبَحْرِ فِي الْمَرْكَبِ فَيَغْرَقُ الْمَرْكَبُ أَوْ يَحْتَرِقُ مَنْزِلُهُ أَوْ يَأْخُذُهُ لُصُوصٌ مِنْهُ بِمُعَايَنَةٍ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَإِذَا جَاءَ الْمُرْتَهِنُ بِالرَّهْنِ وَقَدْ احْتَرَقَ وَقَالَ وَقَعَتْ عَلَيْهِ نَارٌ فَلَا يُصَدَّقُ، وَهُوَ ضَامِنٌ إلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْ يَكُونَ الِاحْتِرَاقُ أَمْرًا مَعْرُوفًا مَشْهُورًا مِنْ احْتِرَاقِ مَنْزِلِهِ أَوْ حَانُوتِهِ فَيَأْتِي بِبَعْضِ ذَلِكَ مُحْتَرِقًا فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَدَّعِي احْتِرَاقَ الثَّوْبِ يَكُونُ عِنْدَهُ بِمَا لَا يُعْلَمُ سَبَبُهُ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ وَقَعَ فِي نَارٍ أَوْ جَاوَرَتْهُ نَارٌ لَمْ تَتَعَدَّ إلَى غَيْرِهِ أَوْ تَعَدَّتْ إلَى يَسِيرٍ يَخْفَى مِثْلُهُ أَوْ يَدَّعِي احْتِرَاقَ ذَلِكَ بِمَا يُعْلَمُ سَبَبُهُ كَاحْتِرَاقِ الْمَنْزِلِ أَوْ الْحَانُوتِ فَإِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُعْلَمُ سَبَبُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَحْرُوقًا إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَا يَدَّعِيهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا قَدْ عُلِمَ سَبَبُهُ كَاحْتِرَاقِ مَنْزِلِهِ أَوْ حَانُوتِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يُثْبِتَ أَنَّ ذَلِكَ الثَّوْبَ كَانَ فِيمَا احْتَرَقَ مِنْ حَانُوتِهِ أَوْ مَنْزِلِهِ أَوْ لَا يُثْبِتُ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ فَإِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ فَلَا خِلَافَ فِي تَصْدِيقِهِ سَوَاءٌ أَتَى بِبَعْضِ ذَلِكَ مَحْرُوقًا أَوْ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنْ أَتَى بِبَعْضِ ذَلِكَ مَحْرُوقًا صُدِّقَ أَنَّهُ كَانَ مِنْ حَانُوتِهِ الَّذِي احْتَرَقَ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْهُ، وَادَّعَى احْتِرَاقَ جَمِيعِهِ فَظَاهِرُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ غَيْرُ مُصَدَّقٍ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّهُ إذَا كَانَ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِرَفْعِهِ مِنْ الرَّهْنِ فِي الْحَوَانِيتِ حَتَّى يَكُونَ مُتَعَدِّيًا بِنَقْلِهِ عَنْهُ كَأَهْلِ الْحَوَانِيتِ مِنْ التُّجَّارِ الَّذِينَ جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِارْتِهَانِ الثِّيَابِ وَرَفْعِهَا فِي

(244/5)

. . . .

[المنتقى]

حَوَانِيتِهِمْ لَا يَكَادُونَ يَنْقُلُونَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ عَنْهَا فَإِنِّي أَرَى أَنْ يُصَدَّقُوا فِيمَا يَدَّعُونَ مِنْ احْتِرَاقِ ذَلِكَ فِيمَا عُرِفَ وَشُوهِدَ مِنْ احْتِرَاقِ حَانُوتِهِ، وَقَدْ أَفْتَيْتُ بِذَلِكَ فِي طَرْطُوشَةَ عِنْدَ احْتِرَاقِ أَسْوَاقِهَا وَكَثُرَتْ الْخُصُومَةُ فِي مِثْلِ هَذَا، وَأَنَا مَعَهُمْ بِهَا وَغَالِبُ ظَنِّي أَنَّ بَعْضَ مَنْ كَانَ هُنَاكَ مِنْ طَلَبَةِ الْعِلْمِ أَظْهَرَ إلَيَّ رِوَايَةً

عَنْ ابْنِ أَيْمَنَ بِمِثْلِ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَهَذَا وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ إنَّمَا قَبَضَ الرَّهْنَ عَلَى الضَّمَانِ فَإِنَّ مَعْنَاهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ خَوْفُ ضَمَانِ التَّعَدِّي، وَأَنَّهُ غَيْرُ مُصَدَّقٍ فِيمَا يَدَّعِي مِنْ ضَيَاعِهِ لَا بِضَمَانٍ أَثْبَتَهُ الشَّرْعُ عَلَيْهِ بِمُقْتَضَى الرَّهْنِ فَإِذَا كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ مِنْ احْتِرَاقِ حَانُوتِهِ وَكَانَ هَذَا الرَّهْنُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِحِفْظِهِ فِي حَانُوتِهِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا ادَّعَاهُ مِنْ كَوْنِهِ فِيهِ حِينَ احْتِرَاقِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَتَى الْمُرْتَهِنُ بِالرَّهْنِ، وَهُوَ سَاجٌ قَدْ تَأْكُلُهُ السُّوسُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَيَحْلِفُ مَا ضَيَّعَهُ، وَلَا أَرَادَ فِيهِ فَسَادًا، وَإِنْ كَانَ أَضَاعَهُ، وَلَمْ يَنْظُرْ فِي أَمْرِهِ حَتَّى أَصَابَهُ بِسَبَبِهِ أَنْ يَكُونَ فِيهِ شَيْءٌ رَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ: إذَا تَآكَلَتْ الثِّيَابُ عِنْدَ مُرْتَهِنِهَا أَوْ قَرَضَهَا الْفَأْرُ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ أَضَاعَهَا ضَمِنَ، وَإِلَّا لَمْ يَضْمَنْ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَضْمَنُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ تَلِفَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي أَنَّهُ مَضْمُونٌ خِلَافًا لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ وَالزُّهْرِيِّ وَعَمْرِو بْنِ دِينَارٍ فِي قَوْلِهِمْ: إنَّ الرَّهْنَ كُلَّهُ أَمَانَةٌ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ قَبْضَ مَا يُمْلَكُ فَمَنْفَعَتُهُ لِلْقَابِضِ مُؤَثِّرَةٌ فِي الضَّمَانِ كَالشِّرَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ عَلَى حُكْمِ الِارْتِهَانِ فِي الضَّمَانِ مِنْ حِينِ يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ إلَى أَنْ يَرُدَّهُ إلَى رَاهِنِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى فِيمَنْ سَأَلَكَ سَلَفًا فَأَعْطَاك بِهِ رَهْنًا فَتَلِفَ الرَّهْنُ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ السَّلَفُ إلَى الرَّاهِنِ فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ يَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْهُ إلَّا بِمَعْنَى الِاسْتِيثَاقِ، وَلَوْ دَفَعَ الرَّاهِنُ إلَى الْمُرْتَهِنِ مَا عَلَى الرَّهْنِ مِنْ الدَّيْنِ ثُمَّ تَلِفَ الرَّهْنُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَقَدْ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِيمَنْ ارْتَهَنَ رَهْنًا بِدَيْنٍ فَاسْتَوْفَاهُ ثُمَّ ضَاعَ الرَّهْنُ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَقْبُوضٌ عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ فَلَا تَأْثِيرَ فِيهِ لِقَضَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ مِائَةٌ فَأَدَّاهَا كُلَّهَا إلَّا دِرْهَمًا وَاحِدًا ثُمَّ ضَاعَ الرَّهْنُ لَمْ يُنْقِصْهُ مَا أَدَّى مِنْ ضَمَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِيهِ تَأْثِيرٌ لَوَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ ضَمَانِ الرَّهْنِ بِقَدْرِ مَا أَدَّى مِنْ دَيْنِهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِقِيمَتِهِ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ بِضَمَانِهِ تَعَلُّقٌ لَكَانَ مَضْمُونًا بِدَيْنِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ لَك عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَهُ بِيَدِك رَهْنٌ فَوَهَبْته الدَّيْنَ ثُمَّ ضَاعَ عِنْدَك الرَّهْنُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّك تَضْمَنُهُ، وَنَحْوُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ مَقْبُوضٌ عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ فَبَرَاءَةُ الرَّاهِنِ مِمَّا رَهَنَ بِهِ لَا تُغَيِّرُ حُكْمِهِ فِي الضَّمَانِ كَمَا لَوْ قَضَاهُ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَتِهِ قَالَ أَشْهَبُ يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِيمَا وَضَعَ مِنْ حَقِّهِ لِيُقَاصَّهُ بِهِ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ بَقِيَ لَهُ مِنْهُ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ، وَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ الثَّوْبِ شَيْءٌ أَدَّاهُ قَالَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضَيِّعْ حَقَّهُ لِيُتْبَعَ بِقِيمَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَيُّ وَقْتٍ يُرَاعَى فِي قِيمَتِهِ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَضْمَنُ قِيمَةَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرَّهْنِ مِنْ حُلِيٍّ وَثِيَابٍ وَغَيْرِهِ يَوْمَ الضَّيَاعِ لَا يَوْمَ الرَّهْنِ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: يَضْمَنُ قِيمَتَهُ يَوْمَ ارْتَهَنَهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ الرَّهْنِ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لَمْ يَضْمَنْهُ فَلِذَلِكَ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ ضَاعَ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ ضَمِنَهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّهُ إنَّمَا يَضْمَنُ بِالْقِيمَةِ فَلِذَلِكَ رُوعِيَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِنَا يَوْمَ الرَّهْنِ وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ مَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يُرَاعَى قِيمَتُهُ يَوْمَ الضَّيَاعِ فَإِنْ جُهِلَتْ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا لَمْ يُقَوَّمْ الرَّهْنُ يَوْمَ الِارْتِهَانِ، وَأَمَّا لَوْ قُوِّمَ الرَّهْنُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ فَضَاعَ فَتِلْكَ الْقِيمَةُ تَلْزَمُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ زَادَا فِي قِيمَتِهِ أَوْ نَقَصَا فَيُرَدُّ إلَى قِيمَتِهِ إذَا عُلِمَ بِذَلِكَ قَالَهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَقْوِيمَهُمَا لِلرَّهْنِ عِنْدَ الرَّاهِنِ اتِّفَاقٌ مِنْهُمَا عَلَى قِيمَتِهِ، وَإِقْرَارٌ بِذَلِكَ

(245/5)

. . . .

[المنتقى]

فَيُحْمَلَانِ عَلَى ذَلِكَ إلَّا أَنْ تَثْبُتَ الزِّيَادَةُ فِي ذَلِكَ أَوْ النُّقْصَانُ فَيُحْمَلَانِ عَلَيْهِ بَعْدَ الضَّيَاعِ، وَيُمْنَعَانِ مِنْ إقْرَارِهِ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ الضَّيَاعِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ رَهَنَ عِنْدَ رَجُلٍ رَهْنًا ثُمَّ رَهَنَ فَضْلَهُ الْآخَرَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَضْمَنُ الْأَوَّلُ مِنْهُ إلَّا قَدْرَ مَبْلَغِ حَقِّهِ

مِنْ قِيمَتِهِ، وَهُوَ فِي بَاقِيهِ أَمِينٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الثَّانِي.
وَقَالَ أَشْهَبُ ضَمَانُهُ كُلُّهُ مِنْ الْأَوَّلِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّ رِضَا الْمُرْتَهِنِ الْأَوَّلِ بِارْتِهَانِ الثَّانِي الْفَضْلَةَ نَقْلٌ لَهَا إلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ الثَّانِي فِيهَا؛ لِأَنَّهُ رَهْنٌ عَلَى يَدِ أَمِينٍ فَلَا يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ: أَنَّهُ قَدْ قَبَضَهُ عَلَى وَجْهِ الرَّهْنِ فَلَا يَنْتَقِلُ مِنْهُ بِرَهْنِ غَيْرِهِ إلَّا بِقَبْضِهِ مِنْهُ كَمَا لَوْ قَضَاهُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ لَمْ يَنْتَقِلْ إلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ الْوَدِيعَةِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا عَلَى رَأْيِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إذَا قَبَضَ مَا عَلَى الرَّهْنِ مِنْ الدَّيْنِ، وَطَلَبَ صَاحِبُهُ قَبْضَهُ فَهُوَ عِنْدَهُ عَلَى ذَلِكَ الْحُكْمِ حَتَّى يَقْتَضِيَهُ أَوْ يُوَافِقَهُ عَلَى أَنَّهُ عِنْدَهُ عَلَى حُكْمِ الْوَدِيعَةِ فَيُقِرُّهُ عِنْدَهُ عَلَى ذَلِكَ فَيَنْتَقِلُ إلَى حُكْمِ الْوَدِيعَةِ أَوْ يَبِيعُهُ مِنْهُ فَيَنْتَقِلُ إلَى حُكْمِ الْمَبِيعِ، وَالَّذِي أَبَاحَ لَهُ أَنْ يَرْهَنَهُ غَيْرُهُ فَقَدْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ عِنْدَهُ عَلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ، وَلَمْ يُبْقِهِ عِنْدَهُ عَلَى الْحُكْمِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقْبِضَ مَا عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ، وَيَقُولَ لَهُ هَذَا رَهْنُك فَاقْبِضْهُ فَيَقُولُ اُتْرُكْهُ لِي عِنْدَك وَدِيعَةً فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي انْتِقَالِهِ إلَى حُكْمِ الْوَدِيعَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ شَرَطَ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَضْمَنَهُ، وَأَنْ يَقْبَلَ قَوْلَهُ فِيهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ شَرْطُهُ بَاطِلٌ، وَهُوَ ضَامِنٌ.
وَقَالَ ابْنُ الْبَرْقِيِّ عَنْ أَشْهَبَ: شَرْطُهُ جَائِزٌ، وَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي الرَّهْنِ وَالْعَارِيَّةِ قَالَ ذَلِكَ كُلَّهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الشَّرْطَ إذَا انْعَقَدَ عَلَى نَقْلِ ضَمَانِهِ مِنْ مَحَلِّهِ لَمْ يَنْقُلْهُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فِي هَذَا أَقْوَى مِنْ الشَّرْطِ، وَهَذَا حُكْمُ الضَّمَانِ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ إنَّمَا يَثْبُتُ بِقَبْضِهَا، وَلَا تَأْثِيرَ لِلشَّرْطِ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِيمَا اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ فِي مَحَلِّ الضَّمَانِ كَالْمَبِيعِ الْغَائِبِ وَمَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ لِتَرَدُّدِ الضَّمَانِ عِنْدَهُ بَيْنَ الْمَحَلَّيْنِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَلِذَلِكَ كَانَ لِلشَّرْطِ فِيهِ تَأْثِيرٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ: يُقَالُ لَهُ صِفْهُ ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى صِفَتِهِ، وَيُسَمِّي مَا لَهُ فِيهِ إلَى آخِرِ الْفَصْلِ مَعْنَاهُ إنْ لَمْ يَخْتَلِفْ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ الَّذِي تَلِفَ، وَلَزِمَ الْمُرْتَهِنَ ضَمَانُهُ إمَّا لِتَعَدِّيهِ أَوْ لِعَدَمِ الْبَيِّنَةِ عَلَى ضَيَاعِهِ أَوْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ الرُّهُونِ عَلَى رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ حُكِمَ بِقِيمَةِ تِلْكَ الصِّفَةِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ وَقِيمَتِهِ؛ وَصَفَهُ الْمُرْتَهِنُ وَحَلَفَ عَلَى ذَلِكَ وَعَلَى مَا لَهُ فِيهِ يُرِيدُ إنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الدَّيْنِ قَالَ ثُمَّ: يُقَوَّمُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ فَإِنْ كَانَ فِي الْقِيمَةِ فَضْلٌ أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ نَقْصٌ حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى، وَبَطَلَ عَنْهُ مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ نَكَلَ أَدَّى مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ

الرَّهْنِ وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الْمُرْتَهِنَ غَارِمٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُنْكِرُهُ مِمَّا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ الرَّاهِنُ مِنْ صِفَةِ الرَّهْنِ، وَيَحْلِفُ مَعَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَابَلَهُ فِيهِ مِنْ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ إلَى مُنْتَهَى قِيمَةِ تِلْكَ الصِّفَةِ فَلِذَلِكَ جُمِعَتْ لَهُ يَمِينُهُ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِيَمِينِهِ فِي هَذِهِ الْحُكُومَةِ فَإِنْ حَلَفَ فَكَانَ فِي الْقِيمَةِ فَضْلٌ عَلَى الدَّيْنِ أَدَّى الْفَضْلَ إلَى الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدَّيْنِ فَضْلٌ عَلَى الْقِيمَةِ حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّاهُ الْمُرْتَهِنُ مِنْ دَيْنِهِ لِيُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ مَا فَضَلَ مِنْهُ عَلَى قِيمَةِ رَهْنِهِ إنْ كَانَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ الدَّيْنِ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ السِّلْعَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ وَصِفَتِهِ، وَاتَّفَقَا فِي قَدْرِ الدَّيْنِ فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَاتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ عَشَرَةٌ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ: يَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ مَا قِيمَتُهُ إلَّا ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ، وَيَسْقُطُ مِنْ الْحَقِّ بِقَدْرِهَا.

وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَرْجِعَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِبَقِيَّةِ قَدْرِ الدَّيْنِ وَذَلِكَ سَبْعَةُ دَنَانِيرَ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ قَدْ أَقَرَّ أَنَّ الدَّيْنَ عَشَرَةٌ فَإِنْ أَثْبَتَ أَنَّ قِيمَةَ الرَّهْنِ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ بِيَمِينِ الْمُرْتَهِنِ أَدَّى بَاقِيَ الدَّيْنِ سَبْعَةَ دَنَانِيرَ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَشْهَدُ لِقِيمَةِ

(246/5)

. . . .

[المنتقى]

الرَّهْنِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرَاعَى قِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى يَوْمَ يُحْتَاجُ إلَى بَيْعِهِ، وَلِذَلِكَ يُرْتَهَنُ مَا لَا قِيمَةَ لَهُ يَوْمَ الرَّهْنِ كَالثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ تُؤَبَّرْ وَتَلِفَ الرَّهْنُ قَبْلَ وَقْتِ بَيْعِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يُشْهَدْ الدَّيْنُ بِقِيمَتِهِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ فِي سَمَاعِهِ عَنْ أَصْبَغَ فِيمَنْ رَهَنَ رَهْنًا بِأَلْفِ دِينَارٍ فَقَضَاهَا ثُمَّ أَخْرَجَ إلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ ثَوْبًا قِيمَتُهُ دِينَارٌ وَاحِدٌ وَقَالَ الرَّاهِنُ: رَهَنْتُك ثَوْبًا وَشَيْئًا وَوَصَفَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ أَلْفُ دِينَارٍ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ إذَا تَفَاوَتَ الْأَمْرُ هَكَذَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ مِنْ بَابِ شَهَادَةِ

الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ أَنْ يَدَّعِيَ مَا لَا يُشْبِهُ، وَيَدَّعِي صَاحِبُهُ مَا يُشْبِهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي مَا يُشْبِهُ إلَّا أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنْ شَهَادَةِ الدَّيْنِ لِلرَّهْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ عَنْ الْيَمِينِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ الرَّاهِنُ أَنَّ قِيمَةَ رَهْنِهِ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَيَحُطُّ عَنْهُ لِلدَّيْنِ عَشَرَةً، وَيَأْخُذُ عَشَرَةً بَقِيَّةَ قِيمَةِ رَهْنِهِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ مِثْلَهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ أَعْطَى الْمُرْتَهِنَ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ يُرِيدُ أَنَّ الرَّاهِنَ لَمَّا نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ بَعْدَ مَا رُدَّتْ عَلَيْهِ بِقَدْرِ الرَّهْنِ مِنْ الْقِيمَةِ مَا أَقَرَّ بِهِ الْمُرْتَهِنُ فَيُعْطِي الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ مَا فَضَلَ مِنْ دَيْنِهِ عَنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَلَوْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ لَا عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَتِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ إذَا جَاءَ بِالْأَمْرِ الَّذِي لَا يُسْتَنْكَرُ يُرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ بِمَا يُشْبِهُ مِنْ صِفَةِ مَا يُرْهَنُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الدَّيْنِ وَمَا يَكُونُ لَهُ مِنْ الْقِيمَةِ فِيمَا يَقْرُبُ مِنْهُ عَلَى مَا جَرَتْ عَادَةُ النَّاسِ فِي الرُّهُونِ، وَإِنَّمَا رَاعَى فِي ذَلِكَ الْأَمْرَ الَّذِي لَا يُسْتَنْكَرُ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ لَمْ يَنْكُلْ عَنْ الْيَمِينِ، وَلَا ادَّعَى الْجَهْلَ بِصِفَةِ الرَّهْنِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَإِنَّمَا ادَّعَى الْجَهْلَ بِتَحْقِيقِ الصِّفَةِ عَلَى وَجْهٍ يَحْلِفُ عَلَيْهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ صِفَتَهَا عَلَى حَقِيقَتِهَا فَإِذَا أَتَى الرَّاهِنُ بِصِفَةٍ تَبْعُدُ عَنْ مِقْدَارِهَا عِنْدَهُ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إلَى أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَةٍ لَا شَكَّ أَنَّهَا أَفْضَلُ مِنْ صِفَةِ الرَّهْنِ، وَهِيَ دُونَ الصِّفَةِ الَّتِي وَصَفَهَا بِهَا الرَّاهِنُ بِكَثِيرٍ فَيُسْقِطُ عَنْ نَفْسِهِ مَا يَسْتَنْكِرُهُ مِنْ الثَّمَنِ، وَلَوْ سَمِعَ وَصْفَ الرَّاهِنِ ثُمَّ نَكَلَ هُوَ عَنْ الْيَمِينِ وَرُدَّ الْيَمِينُ عَلَيْهِ لَكَانَ لِلرَّاهِنِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ مَا يُسْتَنْكَرُ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ قَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ حِينَ رُدَّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِتِلْكَ الصِّفَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ وَذَلِكَ إذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ، وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إنَّمَا يَضْمَنُ الرَّهْنَ الَّذِي يُغَابُ عَلَيْهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ إذَا كَانَ هُوَ الْحَائِزَ لَهُ، وَأَمَّا إذَا كَانَ مَوْضُوعًا عَلَى يَدِ غَيْرِهِ بِحُكْمِ حَاكِمٍ أَوْ بِاتِّفَاقِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فِي ضَيَاعِهِ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ وَأَمَّا سَائِرُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ فِي شَهَادَةِ قِيمَةِ الرَّهْنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَنَاوَلَهُ هَذَا الشَّرْطُ عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَنَاوَلَهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ – تَعَالَى –.

وَفِي ذَلِكَ سِتَّةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي وُجُوبِ الْحِيَازَةِ لِلرَّهْنِ وَكَوْنِهَا شَرْطًا فِي صِحَّتِهِ أَوْ إتْمَامِهِ وَالْبَابُ

الثَّانِي فِي صِفَةِ الْحِيَازَةِ وَتَمْيِيزِهَا مِمَّا لَيْسَ بِحِيَازَةٍ وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَنْ يَكُونُ وَضْعُ الرَّهْنِ عَلَى يَدِهِ حِيَازَةً وَتَمْيِيزُهُ مِنْ غَيْرِهِ وَالْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَنْ يُوضَعُ عَلَى يَدَيْهِ الرَّهْنُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ وَالْبَابُ الْخَامِسُ فِيمَنْ يَقُومُ بِالرَّهْنِ، وَيَلِي الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ وَالِاسْتِغْلَالَ لَهُ وَالْبَابُ السَّادِسُ فِي حُكْمِ الْعَدْلِ الَّذِي يُوضَعُ عَلَى يَدِهِ الرَّهْنُ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي وُجُوبِ الْحِيَازَةِ لِلرَّهْنِ] 1

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي وُجُوبِ الْحِيَازَةِ لِلرَّهْنِ وَكَوْنِهَا شَرْطًا فِي صِحَّتِهِ أَوْ إتْمَامِهِ) لَيْسَ مِنْ شَرْطِ الرَّهْنِ السَّفَرُ خِلَافًا لِمُجَاهِدٍ فِي قَوْلِهِ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلَّا فِي السَّفَرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ وَثِيقَةٍ صَحَّتْ فِي السَّفَرِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ فِي الْحَضَرِ كَالْكَفَالَةِ، وَلَا يَتِمُّ لَهُ حُكْمُ الرَّهْنِ إلَّا بِالْحِيَازَةِ لَهُ

(247/5)

. . . .

[المنتقى]

قَالَ اللَّهُ – تَعَالَى – {فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283] فَجَعَلَ ذَلِكَ مِنْ صِفَاتِ الرَّهْنِ اللَّازِمَةِ لَهُ وَذَلِكَ بِمَعْنَى الشَّرْطِ فِيهِ فَصَارَ حُكْمُ الرَّهْنِ مُتَعَلِّقًا بِالرَّهْنِ الْمَقْبُوضِ وَإِذَا أَقَرَّ الرَّهْنَ بِيَدِ الرَّاهِنِ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَبِيعَهُ، وَلَا يَهَبَهُ، وَلَمْ يَطْلُبْهُ، وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ فَلَيْسَ بِرَهْنٍ حَتَّى يَقْبِضَهُ مِنْهُ الْمُرْتَهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ مَنْ تَرَاضَيَا بِهِ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ – تَعَالَى – وَصَفَ الرِّهَانَ بِأَنَّهَا رِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ، وَلَا يَقَعُ اسْمُ الْقَبْضِ عَلَى مَا يَبْقَى بِيَدِ الرَّاهِنِ، وَأَنَّ كُلَّ مَا جُعِلَتْ الْحِيَازَةُ شَرْطًا فِيهِ لَمْ يَكُنْ إلَّا بِمَعْنَى الْقَبْضِ كَالْهِبَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَكْفِي مِنْ حِيَازَتِهِ الِاتِّفَاقُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِذَلِكَ حَتَّى تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ عَلَى مُعَايَنَةِ ذَلِكَ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَذَلِكَ أَنَّ حَقَّ الْغَيْرِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ حِينَ الْحَاجَةِ إلَى الْحُكْمِ بِكَوْنِهِ رَهْنًا بَعْدَ مَوْتِ الرَّاهِنِ أَوْ فَلَسِهِ وَقْتَ تَعَلُّقِ الْغُرَمَاءِ بِهِ، وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلَا حَاجَةَ لَهُمَا إلَى ذَلِكَ، وَلَا يَمْتَنِعُ عَلَيْهِمَا بِصِحَّتِهِ بِكُلِّ وَجْهٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ أَوْ أَفْلَسَ وَوُجِدَ الرَّهْنُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ بِيَدِ الْأَمِينِ الْمَوْضُوعِ عَلَى يَدِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ لَا يَنْفَعُ ذَلِكَ حَتَّى تَعْلَمَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَلَسِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ صَوَابٌ لَا يَنْفَعُهُ إلَّا مُعَايَنَةُ الْحَوْزِ لَهَا حِينَ الِارْتِهَانِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ وُجِدَ بِيَدِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَلَسِ، وَلَمَّا كَانَ مِنْ شَرْطِ ثُبُوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ لَهُ قَبْضُهُ وَحِيَازَتُهُ قَبْلَ تَعَلُّقِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِهِ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِذَلِكَ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ فِي وَقْتِهِ وَقَبْلَ فَوْتِهِ قَالَ أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَعِنْدِي لَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ وُجِدَ بِيَدِهِ قَبْلَ الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ لَوَجَبَ أَنْ يُحْكَمَ لَهُ بِحُكْمِ الرَّهْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مَعْنَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَنْفَعُهُ إلَّا بِمُعَايَنَةِ الْحَوْزِ بِمَعْنَى كَوْنِ الرَّهْنِ بِيَدِهِ فِي وَقْتٍ يَصِحُّ فِيهِ الْحَوْزُ وَظَاهِرُ اللَّفْظِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَنْفَعَ هَذَا حَتَّى يُعَايِنَ تَسْلِيمَ الرَّاهِنِ لَهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَهُوَ وَجْهٌ مُحْتَمَلٌ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ سَنُورِدُهَا وَنُنَبِّهُ عَلَيْهَا فِي مَوَاضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ – تَعَالَى –.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْحِيَازَةِ وَتَمْيِيزِهَا مِمَّا لَيْسَ بِحِيَازَةٍ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْحِيَازَةِ وَتَمْيِيزِهَا مِمَّا لَيْسَ بِحِيَازَةٍ) فَأَوَّلُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا لَا يَلْزَمُ إلَّا بِالْقَبْضِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ – تَعَالَى – {فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283] قَالَ: فَلَنَا مِنْ الْآيَةِ دَلِيلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ {فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283] فَأَثْبَتَهَا رِهَانًا قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْآخَرُ أَنَّ قَوْلَهُ {فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283] أَمْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ خَبَرًا لَمْ يَصِحَّ أَنْ يُوجَدَ رَهْنٌ غَيْرُ مَقْبُوضٍ وَمِنْ قَوْلِهِمْ إنَّ الرَّاهِنَ لَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ثُمَّ أَفَاقَ فَسَلَّمَ فَصَحَّ فَيَثْبُتُ أَنَّهُ آمِرٌ وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ عَقَدَ وَثِيقَةً كَالْكَفَالَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَكُونُ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْحِيَازَةِ لِلرَّهْنِ أَنْ يَقْبِضَهُ الْحَائِزُ لِذَلِكَ أَمْ لَا اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ اكْتَرَى دَارًا أَوْ عَبْدًا سَنَةً أَوْ أَخَذَ حَائِطًا مُسَاقَاةً ثُمَّ ارْتَهَنَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ فَلَا يَكُونُ مُحَوَّزًا لِلرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ قَبْلَ ذَلِكَ بِوَجْهٍ آخَرَ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ سَحْنُونٌ: وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْتَهِنَ الرَّجُلُ مَا فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ مُسَاقَاةٍ، وَيَكُونُ ذَلِكَ حِيَازَةً لِلْمُرْتَهِنِ كَالَّذِي يُخْدِمُ الْعَبْدَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى آخَرَ فَحَوْزُ الْمُخْدَمِ حَوْزٌ لِلْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنْ رَهَنَ عَيْنًا كَانَ غَصَبَهَا قَبْلَ ذَلِكَ صَحَّ وَسَقَطَ ضَمَانُ الْغَصْبِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا رَهْنٌ بَقِيَ بِيَدِ مَنْ اسْتَحَقَّ قَبْضَهُ قَبْلَ الرَّهْنِ فَلَمْ يَكُنْ مَحُوزًا كَمَا لَوْ بَقِيَ بِيَدِ الرَّاهِنِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ احْتِجَاجِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ رَهَنَ بَيْتًا مِنْ دَارٍ بِمَا يَلِيهِ مِنْ الدَّارِ فَحَازَ الْمُرْتَهِنُ بِغَلْقٍ أَوْ كِرَاءٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ إنْ حَدَّ لَهُ نِصْفَ الدَّارِ فَهُوَ أَحْسَنُ، وَإِنْ لَمْ يَحُدَّهُ، وَلَكِنَّهُ رَهَنَهُ الْبَيْتَ بِعَيْنِهِ، وَنِصْفُ الدَّارَ شَائِعًا فَحِيَازَتُهُ لِلْبَيْتِ تَكْفِيهِ، وَهِيَ

(248/5)

. . . .

[المنتقى]

حِيَازَةٌ لِلْجَمِيعِ وَكَذَلِكَ فِي الصَّدَقَةِ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ فَحِيَازَةُ الْمُرْتَهِنِ بِغَلْقِ الْبَيْتِ أَنَّ غَلْقَهُ لِلْبَيْتِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ حِيَازَةٌ لَهُ، وَسَائِرُ مَا ارْتَهَنَ مِنْ الدَّارِ، وَأَمَّا الْكِرَاءُ فَإِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى الْجَمِيعِ وَاخْتَارَ أَصْبَغُ أَنْ يَحُدَّ لَهُ مَا احْتَازَهُ مِنْ الدَّارِ بِحُدُودٍ تُضْرَبُ فِيهِ بِمَعْنَى الْقِسْمَةِ لَهُ حَتَّى يَتَمَيَّزَ الرَّهْنُ مِنْ غَيْرِهِ لَكِنَّهُ إنْ حَازَ الْبَيْتَ أَجْزَأَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبَيْتَ هُوَ مُعْظَمُ الرَّهْنِ وَالْبَاقِيَ تَبَعٌ لَهُ وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى جَوَازِ حِيَازَةِ الْمُشَاعِ مَعَ غَيْرِ الرَّهْنِ، وَيَكُونُ مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ بَقِيَّةُ الدَّارِ لِغَيْرِ الرَّاهِنِ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ ارْتَهَنَ الدَّارَ، وَفِيهَا طَرِيقٌ لِلْمُسْلِمِينَ يَسْلُكُهَا الرَّاهِنُ وَغَيْرُهُ قَالَ: إذَا حَازَ الْبُيُوتَ لَمْ يَضُرَّهُ الطَّرِيقُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلنَّاسِ كُلِّهِمْ فَرَاعَى فِي الْحِيَازَةِ الْبُيُوتَ دُونَ السَّاحَةِ، وَيَحْتَمِلُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ تَبَعٌ لِلْبُيُوتِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ رَهْنُ الْمُشَاعِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ مَا صَحَّ قَبْضُهُ بِالْبَيْعِ صَحَّ ارْتِهَانُهُ كَالْمَقْسُومِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قُلْنَا: إنَّهُ يَجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ فَلَا يَخْلُو مِنْ رَهْنِ نِصْفِ شَيْءٍ أَنْ يَكُونَ بَاقِيهِ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لِأَشْهَبَ مَنْ كَانَ لَهُ نِصْفُ عَبْدٍ أَوْ نِصْفُ دَابَّةٍ أَوْ مَا يُنْقَلُ، وَيُحَوَّلُ كَالثَّوْبِ

وَالسَّيْفِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ حِصَّتَهُ إلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا لَا يَنْقَسِمُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ صَاحِبَهُ بَيْعَ نَصِيبَهُ فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ أُنْتُقِضَ الرَّهْنُ فَإِنْ أَذِنَ لَهُ جَازَ ذَلِكَ ثُمَّ لَا رُجُوعَ لَهُ فِيهِ، وَلَا لَهُ بَيْعُهُ إلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى جَمِيعُهُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ إلَى الْأَجَلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ جَمِيعُهُ عَلَى يَدِ الشَّرِيكِ، فَأَرَادَ الشَّرِيكُ بَيْعَ نَصِيبِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ جَمِيعُهُ بِيَدِهِ إلَى الْأَجَلِ جَازَ، وَلَا يُفْسِدُ ذَلِكَ الْبَيْعَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِقُرْبِ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ كَالثَّوْبِ فِي الْغَائِبِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَهَذَا عِنْدِي لَا يَمْنَعُ مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ رَهْنَ نَصِيبٍ مِنْهُ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ بَيْعِ نَصِيبِهِ إنْ شَاءَ بِأَنْ يُفْرِدَهُ بِالْبَيْعِ أَوْ بِأَنْ يَدْعُوَ الرَّاهِنُ إلَى بَيْعِ حِصَّتِهِ مَعَهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ الرَّهْنِ فَإِنْ بَاعَهُ بِغَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ كَانَ الثَّمَنُ رَهْنًا فَإِنْ كَانَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ قَضَى مِنْهُ دَيْنَهُ إنْ لَمْ يَأْتِ بِرَهْنٍ بَدَلٍ مِنْهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إلَّا أَنْ يَحْتَمِلَ ذَلِكَ الْقِسْمَةَ فَيُقْسَمُ وَتَصِيرُ حِصَّةُ الرَّاهِنِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ بِيَدِ أَمِينٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قُلْنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَإِنَّ الْحَوْزَ فِيهِ يَكُونُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِأَنْ يَحِلَّ الْمُرْتَهِنُ فِيهِ مَحَلَّ الرَّاهِنِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ: لَا يَتِمُّ فِيهِ الْحَوْزُ إلَّا بِأَنْ يَجْعَلَ جَمِيعَهُ عَلَى يَدَيْ الشَّرِيكِ قَالَ أَشْهَبُ أَوْ غَيْرُهُ أَوْ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا رَهْنٌ لِجُزْءٍ مُشَاعٍ فَجَازَ أَنْ يُحَازَ بِأَنْ يَحِلَّ الْمُرْتَهِنُ فِيهِ مَحَلَّ الرَّاهِنِ مَعَ شَرِيكِهِ كَالدَّارِ وَالْحَمَّامِ وَقَدْ جَوَّزَ ذَلِكَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ فِي الدَّارِ وَالْحَمَّامِ وَذَكَرَ ذَلِكَ عَنْهُمَا ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ عَبْدُوسٍ وَقَالَا، وَهَذِهِ حِيَازَةٌ مَا لَا يُزَالُ بِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ رَهَنَهُ عَبْدًا أَوْ ثَوْبًا فَإِنَّ حِيَازَتَهُ قَبْضُ الْمُرْتَهِنِ أَوْ الْعَدْلِ لِجَمِيعِهِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ هُوَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ إنْ شَاءَ الْمُسْتَحِقُّ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُهُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ وَكَانَ وَاحِدًا لَا يَنْقَسِمُ بِيعَ فَأَخَذَ الْمُرْتَهِنُ ثَمَنَ مَا لِلرَّاهِنِ يَتَعَجَّلُهُ مِنْ دَيْنِهِ إنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ دَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ فَيُبَاعُ بِدَنَانِيرَ أَوْ يَكُونَ دَيْنُهُ دَنَانِيرَ فَيُبَاعُ بِدَرَاهِمَ وُقِفَ رَهْنًا إلَى الْأَجَلِ قَالَ: وَلَوْ رَهَنَك النِّصْفَ ثُمَّ أَرَادَ بَيْعَ النِّصْفِ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَبْقَى الرَّهْنُ إلَى أَجَلِهِ، وَيَحُوزُ الْمُرْتَهِنُ مِنْهُ النِّصْفَ الثَّانِيَ مَعَ الْمُسْتَحِقِّ لِنِصْفِهِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ فَرَهَنَ نِصْفَهُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ مَعَ بَقَاءِ شَيْءٍ مِنْ الْعَبْدِ بِيَدِ الرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ يُسَلِّمَ جَمِيعَهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ أَوْ إلَى الْعَدْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا لَا يُنْقَلُ، وَلَا يُحَوَّلُ

(249/5)

. . . .

[المنتقى]

كَالدُّورِ وَالْأَرْضِينَ وَالرِّبَاعِ فَإِنَّهُ إنْ رَهَنَهُ نِصْفَ دَارٍ لَهُ جَمِيعًا جَازَ ذَلِكَ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: فَيَقُومُ بِذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ مَعَ الرَّاهِنِ يُكْرِيَانِهِ جَمِيعًا أَوْ يَحُوزَانِهِ أَوْ يَضَعَانِهِ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِمَا، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ قَبْضَهُ أَنْ يَحُوزَهُ دُونَ صَاحِبِهِ، وَهَذَا إنْ أَشَارَ بِهِ إلَى الْجُزْءِ الَّذِي ارْتَهَنَ فَمُوَافِقٌ لِمَا فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ، وَإِنْ أَشَارَ بِهِ إلَى جَمِيعِ مَا رَهَنَ بَعْضَهُ فَمُخَالِفٌ لَهُ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: لَا حِيَازَةَ فِيهِ إلَّا بِقَبْضِهِ كُلِّهِ عَلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ يَدِ عَدْلٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ مَا صَحَّ أَنْ يَكُونَ حِيَازَةً فِي الْهِبَةِ صَحَّ أَنْ يَكُونَ حِيَازَةً فِي الرَّهْنِ كَقَبْضِ الْكُلِّ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ الْهِبَةَ لَمَّا كَانَتْ لَا يَطْرَأُ عَلَيْهَا الْفَسَادُ بَعْدَ تَمَامِهَا بِالْحِيَازَةِ جَازَ أَنْ يَكْفِيَ فِيهَا مِنْ الْحِيَازَةِ قَبْضُ الْحِصَّةِ الْمَوْهُوبَةِ، وَالرَّهْنُ بِخِلَافِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَطْرَأُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ بَعْدَ تَمَامِهِ بِالْحِيَازَةِ فَلَمْ تَصِحَّ حِيَازَتُهُ إلَّا بِمَنْعِ الرَّاهِنِ مِنْهُ جُمْلَةً.

(فَرْعٌ) وَلَوْ رَهَنَ رَجُلٌ حِصَّةً مِنْ دَارٍ ثُمَّ اكْتَرَى مِنْ شَرِيكِهِ حِصَّتَهُ لَمْ يُبْطِلْ ذَلِكَ الرَّهْنَ فِي الْحِصَّةِ الَّتِي رَهَنَ، وَلِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُهُ مِنْ سُكْنَى الْحِصَّةِ الَّتِي اكْتَرَى حَتَّى يُقَاسِمَهُ فَيَحُوزُ حِصَّةَ الرَّهْنِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَزَادَ أَشْهَبُ وَيَمْنَعُهُ الْقِيَامُ بِالْحِصَّةِ الَّتِي اكْتَرَى حَتَّى يَجْعَلَ مَا اكْتَرَى مِنْ ذَلِكَ عَلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ بِيَدِهِ لِيَتِمَّ الْحَوْزُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مِلْكَهُ لِمَنَافِعِ حِصَّتِهِ مِنْ الدَّارِ لَا يَمْنَعُ مِنْ حِصَّةِ حِيَازَةِ الرَّهْنِ كَمَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ مِلْكُهُ لِمَنَافِعِ الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ سُكْنَاهُ إيَّاهُ وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ؛ لِأَنَّ هَذَا لَوْ فَعَلَهُ فِي حِصَّةِ الرَّهْنِ لَأَبْطَلَ حِيَازَتَهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ صِحَّةِ حِيَازَةِ الرَّهْنِ أَنْ تَتَّصِلَ حِيَازَتُهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فَإِنْ أَحْدَثَ الرَّاهِنُ فِيهِ حَدَثًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ فَكُلُّ مَا فَعَلَ فِيهِ مِنْ بَيْعٍ أَوْ وَطْءٍ أَوْ عِتْقٍ، أَوْ هِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ نَافِذٌ إنْ كَانَ مَلِيًّا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَنْفُذْ مِنْهُ إلَّا أَنْ تَحْمِلَ الْأَمَةُ أَوْ يَبِيعُهَا رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ، وَلَوْ قَامَ الْمُرْتَهِنُ بِطَلَبِ حِيَازَةِ الرَّهْنِ قَبْلَ أَنْ يُفْلِسَ الرَّاهِنُ أَوْ يُحْدِثَ مَا ذَكَرْنَاهُ قُضِيَ لَهُ بِذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَنْفُذُ عِتْقُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي مِثْلُ قَوْلِنَا فَإِنْ حَازَهُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى يَدِهِ أَوْ يَدِ عَدْلٍ ثُمَّ رَجَعَ إلَى الرَّاهِنِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ بِإِجَارَةٍ أَوْ مُسَاقَاةٍ أَوْ وَدِيعَةٍ أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا: قَدْ خَرَجَ مِنْ الرَّهْنِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي سُكْنَى الدَّارِ لَخَرَجَتْ عَنْ الرَّهْنِ قَالَ هُوَ وَأَشْهَبُ: وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي زِرَاعَةِ الْأَرْضِ فَزَرَعَهَا، وَهِيَ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَقَدْ خَرَجَتْ عَنْ الرَّهْنِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ عُدِمَتْ الصِّفَةُ الَّتِي هِيَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ كَوْنِهِ رَهْنًا، وَهِيَ الْحِيَازَةُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ فَأَكْرَى الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ بَعْدَ أَنْ حَازَهُ فِي حَيَاتِهِ مِنْ بَعْضِ وَرَثَتِهِ لَمْ يَخْرُجْ بِذَلِكَ عَنْ الرَّهْنِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ لَمْ يَرْجِعْ إلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَمْ يَنْتَقِلْ إلَى ذِمَمِ الْوَرَثَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ وَقَعَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُبْطِلُ الْحِيَازَةَ ثُمَّ قَامَ الْمُرْتَهِنُ يُرِيدُ رَدَّ ذَلِكَ لِيَصِحَّ رَهْنُهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ أَشْهَبَ لَهُ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَفُوتَ بِتَحْبِيسٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ قِيَامِ غُرَمَائِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إلَّا فِي الْعَارِيَّةِ إلَّا أَنْ يَكُونَ أَعَارَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ فِي الْعَارِيَّةِ.

وَقَالَ بَعْضُ الْقَرَوِيِّينَ: إنَّمَا فَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَهُمَا إذَا كَانَتْ الْعَارِيَّةُ مُؤَجَّلَةً فَلَيْسَ لَهُ ارْتِجَاعُ الرَّهْنِ بَعْدَ أَنْ يُعِيرَهُ إلَّا أَنْ يُعِيرَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَتْ الْعَارِيَّةُ غَيْرَ مُؤَجَّلَةٍ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنَ بَعْدَ الْأَجَلِ كَالْإِجَارَةِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ جُعِلَ عَلَى يَدَيْهِ إذَا أَكْرَاهُ مِنْ الرَّاهِنِ بِعِلْمِ الْمُرْتَهِنِ فَقَدْ خَرَجَ عَنْ الرَّهْنِ، وَإِنْ سَكَتَ حِينَ عَلِمَ بِذَلِكَ خَرَجَ عَنْ الرَّهْنِ، وَلَوْ أَكْرَاهُ بِإِذْنِهِ أَوْ تَرَكَ الْفَسْخَ حِينَ أُعْلِمَ بِذَلِكَ، وَقَدْ أَكْرَاهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَفْسَخَ ذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ إنْ تَأَخَّرَ قَبْضُ

. . . .

[المنتقى]

الرَّهْنِ لَا يَمْنَعُ تَلَافِيَهُ قَبْلَ فَوْتِهِ كَمَا لَوْ تَرَكَ قَبْضَهُ وَقْتَ الرَّهْنِ ثُمَّ قَامَ يُرِيدُ قَبْضَهُ قَبْلَ فَوْتِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَهُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّ الْقَبْضَ الْوَاجِبَ لِحَقِّ الرَّهْنِ قَدْ وَجَبَ أَوَّلًا فَإِذَا رَدَّهُ فَقَدْ تَرَكَ حَقَّهُ وَرَدَّهُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ فِيهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ فَاتَ قَبْلَ الِارْتِجَاعِ بِعِتْقٍ أَوْ تَحْبِيسٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَالرَّاهِنُ عَدِيمٌ رُدَّ لِعُدْمِهِ، وَلَا يُرَدُّ الْبَيْعُ، وَلَا يُعَجَّلُ مِنْ ثَمَنِهِ الدَّيْنُ، وَلَا يُوضَعُ لَهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَدَّهُ كَمَا لَوْ بَاعَهُ قَبْلَ حِيَازَةِ الْمُرْتَهِنِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا فِي حِيَازَةِ الْأَعْيَانِ، وَأَمَّا الدُّيُونُ فَارْتِهَانُهَا جَائِزٌ قَالَهُ مَالِكٌ، وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ دَيْنٌ لَهُ ذِكْرُ حَقٍّ أَوْ دَيْنٌ لَا ذِكْرَ لَهُ فَإِنْ كَانَ دَيْنٌ لَهُ ذِكْرُ حَقٍّ فَحِيَازَتُهُ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ ذِكْرَ الْحَقِّ، وَيَشْهَدَ لَهُ بِهِ فَهَذَا جُوِّزَ أَنْ يَكُونَ أَحَقَّ مِنْ الْغُرَمَاءِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا غَايَةُ مَا يُمْكِنُ فِي حِيَازَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلدَّيْنِ ذِكْرُ حَقٍّ فَهَلْ يُجْزِئُ فِيهِ الْإِشْهَادُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ذِكْرُ حَقٍّ فَأَشْهَدَ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَنَحْوِهِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا: إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ذِكْرُ حَقٍّ لَمْ يَجُزْ إلَّا أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَهُمَا، وَإِذَا كَانَ فِيهِ ذِكْرُ حَقٍّ جَازَ ذَلِكَ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْإِشْهَادَ أَقْوَى مِنْ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ غَايَةُ مَا يُتَوَثَّقُ بِهِ، وَيُصْرَفُ بِهِ الْمَالُ إلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَأَمَّا الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فَلَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ إعْلَامِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَا اعْتِبَارَ بِرِضَاهُ فِي ذَلِكَ فَلَا مَعْنَى لِإِعْلَامِهِ عَلَى مَعْنَى الْإِشْهَادِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّاهِنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فَإِنْ كَانَ أَجَلُ الدَّيْنِ إلَى مِثْلِ أَجَلِ الَّذِي رُهِنَ بِهِ أَوْ أَبْعَدَ مِنْهُ جَازَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَجَلُ الدَّيْنِ الَّذِي رُهِنَ بِهِ أَقْرَبَ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الرَّهْنِ بَعْدَ مَحِلِّهِ رَهْنًا كَالسَّلَفِ فَصَارَ فِي الْبَيْعِ بَيْعًا وَسَلَفًا إلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ بِيَدِ عَدْلٍ إلَى مَحِلِّ أَجَلِ الدَّيْنِ الَّذِي رُهِنَ بِهِ، وَهَذَا تَفْسِيرُ

قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي هُوَ الرَّهْنُ إذَا حَلَّ الْأَجَلُ وَكَانَ الْأَجَلُ إلَى شَهْرٍ ثُمَّ اشْتَرَى سِلْعَةً يُرِيدُ إلَى شَهْرَيْنِ عَلَى أَنْ يُؤَخِّرَ بِدَيْنِهِ الْحَالِّ أَوْ الْمُؤَجَّلِ إلَى شَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ فَهُوَ بَيْعٌ وَسَلَفٌ، وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ إلَى شَهْرَيْنِ فَاشْتَرَى سِلْعَةً إلَى شَهْرٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ لَا يَقْضِي دَيْنَهُ عِنْدَ انْقِضَاءِ أَجَلِهِ، وَيَبْقَى الدَّيْنُ الَّذِي هُوَ الرَّهْنُ إلَى أَجَلِهِ، وَإِنْ أُحْتِيجَ إلَى بَيْعِهِ بِيعَ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ أَجَلِهِ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الْفَسَادِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَسَلَّفَ مِنْ امْرَأَتِهِ دَرَاهِمَ وَرَهَنَهَا بِهَا خَادِمًا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ: أَحَبُّ إلَيَّ لَوْ جَعَلَاهَا بِيَدِ غَيْرِهِمَا، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: لَا يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: ذَلِكَ حَوْزٌ لَهَا وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا فِي الْبَيْتِ إلَّا رَقَبَةَ الْبَيْتِ فَلَا يَكُونُ سُكْنَاهَا فِيهَا حَوْزًا، وَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهَا مَبْنِيًّا عَلَى صِحَّةِ اخْتِيَارِ الزَّوْجَةِ مَا رَهَنَهُ الزَّوْجُ أَوْ مَنْعُ ذَلِكَ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ – تَعَالَى –.

وَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ خِدْمَةَ الزَّوْجَةِ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى الزَّوْجِ، وَالْمَنْزِلَ مَنْزِلُ الزَّوْجِ فَلَا يُحَازُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ مَا كَانَ فِيهِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَصْبَغَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَنْ يَصِحُّ وَضْعُ الرَّهْنِ عَلَى يَدِهِ] 1

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَنْ يَصِحُّ وَضْعُ الرَّهْنِ عَلَى يَدِهِ) فَإِذَا كَانَ يَتِيمٌ لَهُ وَلِيَّانِ فَإِنْ رَهَنَ مِنْهُمَا رَهْنًا بِدَيْنٍ عَلَى الْيَتِيمِ فَوُضِعَ عَلَى يَدِ أَحَدِهِمَا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ لَا يَتِمُّ فِيهِ الْحَوْزُ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُمَا، وَلَا يَحُوزُ الْمَرْءُ عَلَى نَفْسِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ارْتَهَنَ حَائِطًا فَجُعِلَ عَلَى يَدِ الْمُسَاقِي فِيهِ أَوْ الْأَجِيرِ فَلَيْسَ بِرَهْنٍ حَتَّى يُجْعَلَ عَلَى يَدِ غَيْرِ مَنْ فِي الْحَائِطِ، وَلْيَجْعَلْ الْمُرْتَهِنُ مَعَ الْمُسَاقِي رَجُلًا يَسْتَخْلِفُهُ أَوْ يَجْعَلُهُ عَلَى يَدِ مَنْ يَرْضَيَانِ بِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ كَانَ رَهَنَ نِصْفَهُ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ وَالْقَيِّمِ، وَإِنْ كَانَ رَهَنَ جَمِيعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْمُسَاقِيَ وَالْأَجِيرَ لَمَّا كَانَا عَامِلَيْنِ لِلرَّاهِنِ كَانَتْ أَيْدِيهِمَا لَهُ فَلَا

. . . .

[المنتقى]

تَصِحُّ الْحِيَازَةُ مَعَ بَقَاءِ الرَّهْنِ بِيَدِ الرَّاهِنِ أَوْ بِيَدِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ كَمَا لَوْ رَهَنَ نِصْفَ الْحَائِطِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ يَدَ الْأَجِيرِ إنَّمَا نَابَتْ عَنْ يَدِ الرَّاهِنِ بِأَمْرِهِ فَإِذَا بَقِيَ لَهُ أَمْرٌ فِي بَقَائِهِ بِيَدِهِ لِبَقَاءِ بَعْضِهِ غَيْرَ مَرْهُونٍ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ حَائِزًا مَحُوزًا مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ فَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْأَجِيرِ عَنْ جَمِيعِ الرَّهْنِ بِالْأَمْرِ الْأَوَّلِ وَصَارَ الرَّهْنُ بِيَدِهِ لِمَعْنًى آخَرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَصِحُّ أَنْ يُوضَعَ الرَّهْنُ عَلَى يَدِ غَيْرِ الرَّاهِنِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ إذَا وُضِعَ الرَّهْنُ عَلَى يَدِ قَيِّمِ رَبِّهِ مِنْ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ فَإِنْ كَانَ شَيْئًا يُرْهَنُ بَعْضُهُ فَلَيْسَ بِحَوْزٍ، وَإِنْ رُهِنَ جَمِيعُهُ فَذَلِكَ حِيَازَةٌ إلَّا فِي عَبْدِهِ قَالَ: وَحَوْزُ الْعَبْدِ مِنْ سَيِّدِهِ الرَّهْنَ لَيْسَ بِحَوْزٍ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ أَوْ غَيْرَ مَأْذُونٍ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ يَدَ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ مَحُوزًا مَعَ بَقَائِهِ بِيَدِ الرَّاهِنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا وَضْعُ الرَّهْنِ بِيَدِ زَوْجَةِ الرَّاهِنِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ: أَنَّهُ إنْ حِيزَ الرَّهْنُ بِذَلِكَ عَنْ رَاهِنِهِ حَتَّى لَا يَلِيَ عَلَيْهِ، وَلَا يُقْضَى فِيهِ فَهُوَ رَهْنٌ ثَابِتٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: يُفْسَخُ ذَلِكَ وَنَحْوُهُ عَنْهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ: أَنَّ الزَّوْجَةَ تَحُوزُ لِنَفْسِهَا عَنْهُ فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ تَحُوزَ لِغَيْرِهَا وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمَرْأَةَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا نَوْعٌ مِنْ الْحَجْرِ، وَلِذَلِكَ هِيَ مَمْنُوعَةٌ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَلَمْ تَحُزْ الرَّهْنَ عَلَى الزَّوْجِ كَعَبْدِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا وَضْعُ الرَّهْنِ بِيَدِ أَخِي الرَّاهِنِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُوضَعَ الرَّهْنُ عَلَى يَدِ أَخِي الرَّاهِنِ وَذَلِكَ لِضَعْفِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: أَمَّا فِي الْأَخِ فَذَلِكَ رَهْنٌ تَامٌّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الرَّهْنَ مَبْنِيٌّ عَلَى مُنَافَاةِ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ وَالْمُعْتَادُ مِنْ حَالِ الْأَخِ أَنْ لَا يَمْنَعَ أَخَاهُ مِنْ مِثْلِ هَذَا فَلِذَلِكَ ضَعُفَتْ حِيَازَتُهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِنَفْسِهِ بَائِنٌ عَنْهُ بِمِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا وَضْعُ الرَّهْنِ عَلَى يَدِ ابْنِ الرَّاهِنِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إنْ كَانَ الِابْنُ فِي حِجْرِهِ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَأَمَّا الِابْنُ الْمَالِكُ لِأَمْرِ نَفْسِهِ الْبَائِنُ عَنْ أَبِيهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَنْبَغِي أَنْ

يُوضَعَ عَلَى يَدِ ابْنِهِ.

وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ وُضِعَ عَلَى يَدِهِ فُسِخَ وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ هَذَا فِي الصَّغِيرِ، وَأَمَّا الْكَبِيرُ الْبَائِنُ عَنْهُ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ فِي الِابْنِ وَالْبِنْتِ وَتَوْجِيهُ ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَنْ يُوضَعُ عَلَى يَدَيْهِ الرَّهْنُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ] 1

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَنْ يُوضَعُ عَلَى يَدَيْهِ الرَّهْنُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ) فَإِنَّهُ إذَا شَرَطَ الْمُرْتَهِنُ كَوْنَ الرَّهْنِ عَلَى يَدَيْهِ جَازَ ذَلِكَ إنْ كَانَ مِمَّا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ كَالدُّورِ وَالْعَقَارِ وَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُكَالُ، وَلَا يُوزَنُ، فَأَمَّا الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِيهَا؛ لِجَوَازِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فَيَرُدَّ مِثْلَهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: لَا أُحِبُّ ارْتِهَانَ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَالْفُلُوسِ إلَّا مَطْبُوعَةً لِلتُّهْمَةِ فِي سَلَفِهَا فَإِنْ لَمْ تُطْبَعْ لَمْ يَفْسُدْ الرَّهْنُ، وَلَا الْبَيْعُ، وَيُسْتَقْبَلُ طَبْعُهَا مَتَى عُثِرَ عَلَى ذَلِكَ، وَهَذَا إذَا كَانَ عَلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ دُونَ الْأَمِينِ وَمَا أَرَى ذَلِكَ فِي الطَّعَامِ وَالْإِدَامِ وَمَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكَادُ يَخْفَى التَّصَرُّفُ فِيهِ، وَيَخْفَى فِي الْعَيْنِ فَالتُّهْمَةُ فِيهِ أَبْيَنُ، وَاَلَّذِي فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَالْفُلُوسِ أَنَّهُ يَجُوزُ ارْتِهَانُهَا إذَا طُبِعَ عَلَيْهَا، وَإِلَّا فَلَا قَالَ: وَكَذَلِكَ الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ وَجَمِيعُ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إذَا طُبِعَ عَلَيْهَا وَحِيلَ بَيْنَ الْمُرْتَهِنِ، وَبَيْنَ الِانْتِفَاعِ بِهِ قَالَ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ يُؤْكَلُ وَالْعَيْنَ تُنْفَقُ، وَيُؤْتَى بِمِثْلِهَا وَالثِّيَابُ وَالْحُلِيُّ لَا يُؤْتَى بِمِثْلِهَا؛ لِأَنَّهَا مُعَيَّنَةٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ شَرَطَ كَوْنَهَا عَلَى يَدِ أَمِينٍ لَزِمَهُمَا ذَلِكَ أَيْضًا، وَلَا يَحْتَاجُ أَنْ يَطْبَعَ مِنْهَا عَلَى مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَا شَيْئًا فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: إنَّهُمَا إذَا اخْتَصَمَا فِي ذَلِكَ قِيلَ لَهُمَا اجْعَلَاهُ عَلَى يَدِ مَنْ رَضِيتُمَا فَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعَا عَلَى الرِّضَى بِأَحَدٍ جَعَلَهُ الْقَاضِي عِنْدَ مَنْ يَرْضَاهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا إذَا شَرَطَا مَنْ يُوضَعُ عَلَى يَدِهِ لَزِمَهُمَا ذَلِكَ

(252/5)

. . . .

[المنتقى]

وَإِذَا لَمْ يَشْتَرِطَاهُ وَرَضِيَا بِهِ جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي ذَلِكَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْهُمَا، وَلَزِمَهُمَا مَنْ رَضِيَا بِهِ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ كَمَا لَزِمَهُمَا عِنْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ النَّظَرَ فِي ذَلِكَ مِنْ الِاخْتِلَافِ عَائِدٌ إلَى الْحُكْمِ كَمَالِ لِلْيَتِيمِ لَا وَلِيَّ لَهُ أَوْ مَالٍ لِلْغَائِبِ لَا وَكِيلَ لَهُ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُرْتَهِنَ أَنْ يُوضَعَ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ إذَا أَبَاهُ قَالَ: لِأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُزِيلَ عَنْ نَفْسِهِ ضَمَانَهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ الْأَمِينُ فَأَوْصَى إلَى رَجُلٍ لَمْ يَكُنْ الرَّهْنُ عَلَى يَدِهِ، وَلَكِنْ عَلَى يَدِ مَنْ يَرْضَى الْمُتَرَاهِنَانِ بِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَعَلَى الْوَصِيِّ أَنْ يُعْلِمَهُمَا بِمُؤَنِهِ ثُمَّ إنْ شَاءَ إقْرَارَهُ عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ فَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ، وَفِي غَيْرِهِ جُعِلَ بِيَدِ أَفْضَلِ الرَّجُلَيْنِ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِيمَنْ يَلِي الرَّهْنَ وَيَقُومُ بِهِ مِنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَالِاسْتِغْلَالِ لَهُ]

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِيمَنْ يَلِي الرَّهْنَ وَيَقُومُ بِهِ مِنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَالِاسْتِغْلَالِ لَهُ) رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَلِي كِرَاءَ الرَّهْنِ، وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَسْتَأْمِرَ الرَّاهِنَ إنْ حَضَرَ فَإِنْ لَمْ يَأْمُرْهُ مَضَى ذَلِكَ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُكْرِيَ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ لَمْ يَأْمُرْهُ الرَّاهِنُ بِالْكِرَاءِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَلِي كِرَاءَ الرَّهْنِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ، وَكَذَلِكَ مَنْ وُضِعَ عَلَى يَدِهِ يَلِي ذَلِكَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ وَوَضْعَهُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ يَقْتَضِي أَنْ يَلِيَ كِرَاءَهُ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ تَوَلِّيَهُ يُخْرِجُهُ عَنْ الرَّهْنِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْعَقِدَ الرَّهْنُ عَلَى تَضْيِيعِ الْغَلَّةِ فَاقْتَضَى عَقْدُ الرَّهْنِ أَنْ يَلِيَ كِرَاءَهُ مَنْ وُضِعَ عَلَى يَدِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ عَقْدَ الرَّاهِنِ لَا يَقْتَضِي حِفْظَ الْمُرْتَهِنِ لِلْعَيْنِ الَّتِي رَهَنَهَا، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ لِلْمُرْتَهِنِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَإِذَا أَذِنَ لَهُ فِي حِفْظِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَيْضًا أَنْ يَلِيَ كِرَاءَهُ وَاسْتِغْلَالَهُ إلَّا بِإِذْنِهِ، وَإِنَّمَا لَهُ بِعَقْدِ الرَّهْنِ مَنْعُ الرَّاهِنِ مِنْ الْقِيَامِ بِذَلِكَ كَمَا لَهُ بِعَقْدِ الرَّهْنِ مَنْعُ الرَّاهِنِ مِنْ الْقِيَامِ بِحِفْظِ الرَّهْنِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُحَابِيَ فِي كِرَاءِ الرَّهْنِ فَإِنْ حَابَى ضَمِنَ الْمُحَابَاةَ وَقَضَى الْكِرَاءَ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِرَاءِ إلَيْهِ فَإِذَا عَقَدَهُ لَزِمَهُ وَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْكِرَاءَ فَإِنْ حَابَى بِشَيْءٍ مِنْهُ فَهُوَ هِبَةٌ مِنْهُ لِلْمُكْتَرِي فَعَلَيْهِ ضَمَانُ ذَلِكَ الْقَدْرِ الَّذِي حَابَى بِهِ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ صَارَ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فِي كِرَاءِ الرَّهْنِ يَلْزَمُهُ فِعْلُ مَنْ وُضِعَ عَلَى يَدِهِ فِيهِ مِنْ الْعَقْدِ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا حَابَى فِيهِ مِنْ قِيمَةِ مَنْفَعَتِهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُعَجِّلَ الدَّيْنَ، وَيَفْسَخَ الْكِرَاءَ فَإِنْ كَانَ الْكِرَاءُ بِلَا وَجِيبَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَسْخُهُ، وَإِنْ كَانَ بِوَجِيبَةٍ فَلِلرَّاهِنِ فَسْخُهُ، وَإِنْ كَانَ أَجَلُهُ دُونَ أَجَلِ الدَّيْنِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إنْ كَانَتْ وَجِيبَةً إلَى أَجَلِ الدَّيْنِ، وَأَدْوَنَ فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ فَسْخُهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَبْعَدَ مِنْ أَجَلِ الدَّيْنِ فَلَهُ فَسْخُ مَا زَادَ عَلَيْهِ إذَا حَلَّ الْأَجَلُ، وَإِنَّمَا فَرَّقَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ بَيْنَ الْوَجِيبَةِ وَغَيْرِهَا؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِرَاءِ إذَا انْعَقَدَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَتَقَدَّرُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ بِفَوَاتِ زَمَانٍ، وَإِنْ أُغْلِقَ بِزَمَانٍ مُعَيَّنٍ وَقُدِّرَ بِزَمَانٍ انْفَسَخَ بِفَوَاتِ ذَلِكَ الزَّمَانِ وَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ: أَنَّ الْكِرَاءَ عَلَى اللُّزُومِ فَإِذَا لَزِمَ مَا تَقَدَّرَ مِنْهُ بِالْعَمَلِ فِيمَا لَا مَضَرَّةَ فِيهِ عَلَى الرَّاهِنِ أَوْ اسْتَدَامَ بَقَاءَ الدَّيْنِ إلَى أَجَلِهِ فَكَذَلِكَ مَا تَقَدَّرَ مِنْهُ بِالزَّمَانِ قَالَ أَصْبَغُ: وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا لَمْ أَرَ لَهُ أَنْ يُكْرِيَهَا بِوَجِيبَةٍ طَوِيلَةٍ جِدًّا فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَلْزَمْ الرَّاهِنَ إذَا عَجَّلَ الدَّيْنَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا تَرَكَ الْمُرْتَهِنُ أَنْ يُكْرِيَ الدَّارَ حَتَّى حَلَّ الْأَجَلُ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ الدُّورِ الَّتِي لَهَا قَدْرٌ كَدُورِ مَكَّةَ وَمِصْرَ أَوْ كَانَ الْعَبْدُ نَبِيلًا ارْتَفَعَ ثَمَنُهُ لِخَرَاجِهِ فَيَدَعُهُ لَا يُكْرِيهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِأَجْرِ مِثْلِهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كَبِيرُ كِرَاءٍ، وَمِثْلُهُ قَدْ يُكْرِي، وَلَا يُكْرِي لَمْ يَضْمَنْهُ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ قَالَ أَصْبَغُ: لَا يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ عَلَى الْكِرَاءِ يَتْرُكُ ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ الرَّاهِنَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي كِرَاءِ دَارِهِ

(253/5)

. . . .

[المنتقى]

وَرُبُعِهِ الَّذِي رَهَنَهُ وَذَلِكَ لِلْمُرْتَهِنِ الَّذِي هُوَ بِيَدِهِ فَإِذَا ضَيَّعَهُ لَزِمَهُ مَا ضَيَّعَ وَتَعَدَّى بِتَرْكِهِ وَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهُ كَالْوَكِيلِ الَّذِي لَيْسَ لَهُ فِعْلٌ إلَّا بِإِذْنِ الْمُوَكِّلِ فَلَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَكْرَى الرَّاهِنُ الدَّارَ بِأَمْرِ الْمُرْتَهِنِ خَرَجَتْ مِنْ الرَّهْنِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اتَّفَقَ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَلَكِنْ يُكْرِيهِ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ أَعَارَهُ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ خَرَجَ مِنْ الرَّهْنِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَلِيَهُ الْمُكْتَرِي، وَيَدْخُلَ مَعَهُ فِيهِ حَتَّى يَصِيرَ فِي حُكْمِ مَا هُوَ فِي يَدِهِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ إنَّمَا قُلْتُ: إنَّ بَيْعَ الرَّهْنِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ لَا يُبْطِلُ الرَّهْنَ إذَا بَاعَهُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَوْ دَفَعَهُ إلَيْهِ يَبِيعُهُ لِنَقْضِ رَهْنِه فِي قَوْلِ مَالِكٍ وَقَالَ يَجُوزُ إنْ ارْتَهَنَ حِصَّةَ الْمُرْتَهِنِ مِنْ جُمْلَةِ هَذَا الطَّعَامِ فَإِنْ أَرَادَ شَرِيكُهُ قِسْمَتَهُ فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أُمِرَ أَنْ يَحْضُرَ فَيُقَاسِمَ شَرِيكَهُ وَالرَّهْنُ كَمَا هُوَ بِيَدِهِ، فَهَذَا وَجْهُ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَيَحْتَمِلُ الْوَجْهُ الْآخَرُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ فَعَلَى هَذَا إنَّمَا يَكُونُ بَيْعُهُ وَمُقَاسَمَتُهُ بِمَعْنَى الْإِذْنِ فِيهِ وَمُبَاشَرَةِ الْمُرْتَهِنِ، وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْمُكْتَرِيَ يَدُهُ يَدُ مَنْ أَكْرَاهُ مِنْهُ فَإِذَا بَاشَرَ الرَّاهِنُ الْكِرَاءَ فَقَبَضَهُ الْمُكْتَرِي انْتَقَصَ بِذَلِكَ الرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَبَضَهُ الرَّاهِنُ، وَإِذَا بَاشَرَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فَانْتَقَلَ بِكِرَائِهِ إلَى الْمُكْتَرِي فَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ فَبَقِيَ عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ إنْ أَعَارَهُ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ خَرَجَ مِنْ الرَّهْنِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ يَدَ الْمُسْتَعِيرِ يَدُ الْمُعِيرِ، وَأَمَّا فِي الْبَيْعِ فَإِنْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ، وَهُوَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ انْتَقَلَ إلَى يَدِ الْمُشْتَرِي وَقَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الثَّمَنَ فَلَمْ يَخْرُجْ بِذَلِكَ عَنْ حُكْمِ الرَّهْنِ وَكَذَلِكَ قِسْمَةُ الطَّعَامِ لَا تَنْقُلُ الرَّهْنَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إلَى يَدِ الرَّاهِنِ، وَلَا إلَى مَنْ يَدُهُ فِي حُكْمِ يَدِ الرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَبْقَى بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلِذَلِكَ جَازَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَ الْكَرْمُ رَهْنًا بِيَدِ عَدْلٍ فَأَتَى رَبُّهُ بِحَفَّارٍ يَحْفِرُهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ سَحْنُونٌ: وَلَا يَحْضُرُ حَفْرَهُ، وَلَا يَأْتِي بِحَفَّارٍ، وَإِنَّمَا يَأْتِي بِهِ الْمُرْتَهِنُ، وَهُوَ يَأْمُرُ بِالْحَفْرِ وَمِنْ حَيْثُ يَبْدَأُ وَكَذَلِكَ حَرْثُ الْأَرْضِ، فَهَذَا وَجْهُ مَا تَقَدَّمَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَمَلُ الْحَائِطِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَمَرَمَّةُ الدَّارِ وَنَفَقَةُ الْعَبْدِ وَكِسْوَتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ دُونَ الْمُرْتَهِنِ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمِلْكَ لِلرَّاهِنِ دُونَ الْمُرْتَهِنِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُنْفِقَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ الرَّهْنَ يَخْرَبُ، وَيَفْسُدُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا تَهَوَّرَتْ الْبِئْرُ الْمُرْتَهَنَةُ فَعَلَى الرَّاهِنِ إصْلَاحُهَا رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَمَعْنَاهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَإِذَا غَرِمَ الْمُرْتَهِنُ خَرَاجَ الْأَرْضِ الْمُرْتَهَنَةِ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهَا مَظْلَمَةٌ، وَكَذَا اخْتِزَانُ الرَّهْنِ إنْ كَانَ مِمَّا يُخْتَزَنُ عَلَى الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُخْتَزَنُ عَلَى الرَّاهِنِ مِثْلُهُ فِي الْعَادَةِ كَالثَّوْبِ وَالْعَبْدِ فَلَا كِرَاءَ فِيهِ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَأَمَّا الرَّهْنُ يَحِلُّ بَيْعُهُ بِحَيْثُ لَا سُلْطَانَ بِهِ، وَلَا يُوجَدُ مَنْ يَبِيعُهُ إلَّا بِجُعْلٍ فَقَدْ رَوَى عِيسَى، وَأَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْجُعْلَ عَلَى مَنْ طَلَبَ الْبَيْعَ قَالَ عِيسَى: وَمَا أَرَى الْجُعْلَ إلَّا عَلَى الرَّاهِنِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَلَى الرَّاهِنِ صَرْفَ الرَّهْنِ إلَى صِفَةٍ يَقْتَضِي مِنْهَا الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ جَعْلُ صَرْفِ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ الْمُرْتَهَنُ فَكَفَنُهُ وَدَفْنُهُ عَلَى رَاهِنِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِنْ مُؤْنَتِهِ وَذَلِكَ لَازِمٌ لِمَالِكِهِ دُونَ مُرْتَهِنِه.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّهْنِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ فَهُوَ سَلَفٌ، وَلَا يَكُونُ فِي الرَّهْنِ إلَّا بِشَرْطٍ سَوَاءٌ أَنْفَقَ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ، وَلَيْسَ كَالضَّالَّةِ يُنْفِقُ عَلَيْهَا فَيَكُونُ عِنْدَ مَالِكٍ أَوْلَى بِهَا مِنْ الْغُرَمَاءِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ نَفَقَتَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ يَطْلُبُ الرَّاهِنَ أَنْ يَرْفَعَ ذَلِكَ إلَى الْإِمَامِ فِي غَيْبَتِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ أَشْهَبُ هُوَ مِثْلُ الضَّالَّةِ وَالرَّهْنُ بِهَا رَهْنٌ، وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ مَنْعُهُ

(254/5)

. . . .

[المنتقى]

مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَهْلَكُ إنْ كَانَ حَيَوَانًا، وَيَخْرُبُ إنْ كَانَ رَبْعًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يَلْزَمُ الرَّاهِنَ الْإِنْفَاقُ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مَنْ ارْتَهَنَ زَرْعًا أَوْ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا فَانْهَارَتْ بِئْرُهَا، وَأَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا فَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا وَيَرْجِعَ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا، وَلَكِنْ يَكُونُ مَا أَنْفَقَ فِي رِقَابِ النَّخْلِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، وَيَبْدَأَ بِمَا أَنْفَقَ قَبْلَ الدَّيْنِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُخْتَصَرِ مِنْ غَيْرِ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ الرَّاهِنَ يُجْبَرُ عَلَى الْإِصْلَاحِ إنْ كَانَ مَلِيًّا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي ارْتَهَنَهَا قَدْ تَغَيَّرَتْ فَلَيْسَ عَلَى الرَّاهِنِ بَدَلُهَا كَمَا لَوْ مَاتَ الْحَيَوَانُ إنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِبَدَلِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ نَفَقَةٌ يَحْيَا بِهَا الرَّهْنُ فَلَزِمَتْ الرَّاهِنَ كَنَفَقَةِ الرَّقِيقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَلَّ أَجَلُ الدَّيْنِ، وَلَمْ يَقْضِ الرَّاهِنُ الدَّيْنَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ عَرَا الرَّهْنَ عَنْ شَرْطٍ أَوْ يَكُونَ جَعَلَ الرَّاهِنُ بَيْعَهُ لِمَنْ هُوَ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ شَرْطٌ فَلَيْسَ لِمَنْ هُوَ بِيَدِهِ بَيْعُهُ، وَيُرْفَعُ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي غَيْرِ الْمُدَوَّنَةِ: فَإِنْ بَاعَهُ رَدَّ بَيْعَهُ قَالَ، وَلَا يَبِيعُهُ إلَّا رَبُّهُ أَوْ السُّلْطَانُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فَلَا يَلِي أَحَدٌ بَيْعَ مَالِهِ إلَّا أَنْ يَأْبَى مِنْ الْحَقِّ فَيَبِيعُهُ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ شُرِطَ لَهُ بَيْعُهُ عِنْدَ الْأَجَلِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ إنْ كَانَ الرَّاهِنُ قَدْ شَرَطَ إنْ لَمْ يَأْتِ بِالدَّيْنِ إلَى الْأَجَلِ وَالَّذِي هُوَ بِيَدِهِ مُسَلَّطٌ عَلَى بَيْعِهِ فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ لَا يَبِيعُهُ إلَّا بِأَمْرِ السُّلْطَانِ زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا كَانَ عَلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ يَدِ غَيْرِهِ، وَشَرَطَ ذَلِكَ فَلَا يَفْعَلُ وَشَدَّدَ فِيهِ، وَرَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مَا أَرَى بَيْعَهُ جَائِزًا إلَّا بِأَمْرِ السُّلْطَانِ، وَإِنْ شُرِطَ ذَلِكَ.

وَقَالَ عِيسَى: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِثْلَهُ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ إنَّهُ لَا يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ عَلَى بَيْعِهِ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُكْرَهُ، وَيَصِحُّ كَالْوَكَالَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَبَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ فَإِنْ بَاعَهُ نَفَذَ الْبَيْعُ، وَلَمْ يُرَدَّ فَاتَ أَوْ لَمْ يَفُتْ كَانَ لَهُ بَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إذَا أَصَابَ وَجْهَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ بِيعَ بِإِذْنِ رَبِّهِ.

وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَالَ: يَمْضِي ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَهُ بَالٌ كَالدُّورِ وَالْأَرَضِينَ وَالرَّقِيقِ وَالْحَيَوَانِ وَمَا لَهُ بَالٌ فِي الْقَدْرِ أَيْضًا فَلْيُرَدَّ إنْ لَمْ يَفُتْ فَإِنْ فَاتَ أَمْضَى إلَّا أَنْ يُعْلَمَ لَهُ صِفَةٌ تُسَاوِي أَكْثَرَ مِمَّا بِيعَ بِهِ فَيُضْمَنُ الْفَضْلُ قَالَ: وَبَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ: أَمَّا الْقَصَبُ وَالْقِثَّاءُ، وَمَا يُبَاعُ مِنْ الثَّمَرِ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ فَلْيُبَعْ بِمَحْضَرِ قَوْمٍ كَمَا شُرِطَ وَأَمَّا الرَّقِيقُ وَالدُّورُ وَالثِّمَارُ فَلَا بُدَّ مِنْ السُّلْطَانِ وَقَالَ أَشْهَبُ: وَهَذَا بِمَوْضِعِ السُّلْطَانِ، وَأَمَّا بَلَدٌ لَا سُلْطَانَ بِهِ فِيهِ أَوْ سُلْطَانٌ يَعْسُرُ تَنَاوُلُهُ فَبَيْعُهُ جَائِزٌ إذَا صَحَّ وَأُمِنَ الْغَرَرُ وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى غَيْرِ هَذَا فَحَكَى عَنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إذَا كَانَ اشْتِرَاءَ الْقَصَبِ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَا يَبْقَى مِثْلُهُ أَوْ يَنْقُصُ بِبَقَائِهِ فَلِلْمُرْتَهِنِ الْمُوَكَّلِ عَلَى الْبَيْعِ بَيْعُهُ، وَإِنْ كَانَ عَرَضًا أَوْ رَبْعًا تَكْثُرُ قِيمَتُهُ، وَلَا يَضُرُّ بَقَاؤُهُ فَقَدْ كُرِهَ لَهُ بَيْعُهُ إلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ إذَا غَابَ رَبُّهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الرَّبْعِ وَغَيْرِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ بِمَنْعِ الْبَيْعِ أَنَّهُ بَائِعٌ بِسَبَبِ نَفْسِهِ فَتَقْوَى فِيهِ التُّهْمَةُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كُلَّ مَنْ يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ عَلَى بَيْعِ غَيْرِ الرَّهْنِ صَحَّ تَوْكِيلُهُ عَلَى بَيْعِ الرَّهْنِ كَالْأَجْنَبِيِّ.

1 –

(فَرْعٌ) وَإِذَا أَرَادَ الرَّاهِنُ فَسْخَ وَكَالَةِ الْوَكِيلِ فَقَدْ حَكَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَالْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ الْمَذْهَبِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إلَّا بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ: لَهُ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ هَذِهِ وَكَالَةٌ إذَا شُرِطَتْ فِي الْعَقْدِ صَارَتْ مِنْ مُوجِبَاتِهِ فَلَمْ يَكُنْ لِلرَّاهِنِ فَسْخُهَا كَإِمْسَاكِ الرَّهْنِ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: أَنَّهُ عَقْدُ وَكَالَةٍ فَلَمْ يَلْزَمْ بِالْعَقْدِ كَسَائِرِ الْوَكَالَاتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَبَيْعُ الرَّهْنِ مُخْتَلِفٌ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: إذَا أَمَرَ الْإِمَامُ بِبَيْعِ الرَّهْنِ فَأَمَّا الْيَسِيرُ الثَّمَنِ فَيُبَاعُ فِي مَجْلِسٍ وَمَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَفِي الْأَيَّامِ وَمَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَفِي أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا الْجَارِيَةُ الْفَارِهَةُ وَالدَّارُ وَالْمَنْزِلُ وَالثَّوْبُ الرَّفِيعُ فَبِقَدْرِ ذَلِكَ حَتَّى

(255/5)

(الْقَضَاءُ فِي الرَّهْنِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ) (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ بَيْنَهُمَا فَيَقُومُ أَحَدُهُمَا بِبَيْعِ رَهْنِهِ وَقَدْ كَانَ الْآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً قَالَ: إنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَقْسِمَ الرَّهْنَ فَلَا يَنْقُصُ حَقُّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ بِيعَ لَهُ نِصْفُ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا فَأَوْفَى حَقَّهُ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقُّهُ بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ فَأَعْطَى الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ حِصَّتَهُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ لَمْ يَدْفَعْ نِصْفَ الثَّمَنِ إلَى الرَّاهِنِ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إلَّا لِيُوقِفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ ثُمَّ أُعْطِي حَقَّهُ)

[المنتقى]

يُشْتَهَرَ، وَيُسَعَّرَ بِهِ وَرُبَّمَا نُودَى عَلَى السِّلْعَةِ الشَّهْرَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ وَكُلُّ شَيْءٍ بِقَدْرِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَمَرَ الْإِمَامُ بِبَيْعِ الرَّهْنِ بِغَيْرِ الْعَيْنِ مِنْ عَرَضٍ أَوْ طَعَامٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: لَا يَجُوزُ

ذَلِكَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ بَاعَهُ بِمِثْلِ مَا عَلَيْهِ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ لَمْ يَجُزْ بَيْعُ تِلْكَ الْفَضْلَةِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ فِيمَا بَقِيَ إنْ شَاءَ تَمَسَّكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ لِمَا فِيهِ مِنْ الشَّرِكَةِ، وَإِنْ بَاعَهُ بِغَيْرِ مَا عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ.

[الْقَضَاءُ فِي الرَّهْنِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ: إنَّ الرَّجُلَيْنِ يَصِحُّ أَنْ يَرْتَهِنَا رَهْنًا مِنْ رَجُلٍ فَإِنْ رَضِيَ الرَّاهِنُ أَنْ يَكُونَ بِيَدِ أَحَدِهِمَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَيَضْمَنُ حِصَّتَهُ مِنْهُ، وَهُوَ فِي بَاقِيهِ أَمِينٌ يَضْمَنُهُ الرَّاهِنُ قَالَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ زَادَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا بِكَوْنِهِ بِيَدِ أَحَدِهِمَا جُعِلَ بِيَدِ أَمِينٍ، وَلَا يَضْمَنَانِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: وَإِنْ قَبَضَاهُ مِنْ الرَّاهِنِ، وَلَمْ يَجْعَلَاهُ بِيَدِ أَحَدِهِمَا ضَمِنَاهُ، وَإِنْ جَعَلَاهُ بِيَدِ أَمِينٍ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا أَسْلَمَهُ إلَيْهِمَا فَإِنْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ بِقَبْضِهِ أَوْ اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِهِ عِنْدَ مَنْ شَاءَا فَقَدْ تَعَدَّيَا فِيهِ وَجَعَلَاهُ عِنْدَ مَنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمَا فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي الرَّجُلَيْنِ إذَا ارْتَهَنَا رَهْنًا بِحَقٍّ لَهُمَا ذَلِكَ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَرْتَهِنَاهُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ وَالثَّانِي أَنْ يَرْتَهِنَ أَحَدُهُمَا فَضْلَ الْآخَرِ وَمَسْأَلَةُ الْكِتَابِ تَقْتَضِي أَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا وَلَوْ ارْتَهَنَا رَهْنًا بِدَيْنٍ لَهُمَا عَلَى رَجُلٍ فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا بِحَقِّهِ سَنَةً وَقَامَ الْآخَرُ يَطْلُبُ تَعْجِيلَ حَقِّهِ فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ لَا تَنْقُصُ قِيمَتُهُ بِالْقِسْمَةِ قَالَ فِي الْأَصْلِ: إنْ لَمْ تُنْقِصْ قِسْمَتُهُ حَقَّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ بِيعَ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَهُوَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى، وَأَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ قَدَرَ عَلَى قَسْمِ الرَّهْنِ بِمَا لَا يَنْقُصُ بِهِ حَقُّ الْقَائِمِ بِحَقِّهِ قُسِمَ فَبِيعَ لِهَذَا نِصْفُهُ فِي حَقِّهِ قَالَ أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَعِنْدِي إنَّمَا يُرَاعَى فِي ذَلِكَ إدْخَالُ الْقِسْمَةِ النَّقْصَ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِذَا دَخَلَ النَّقْصُ فِي أَحَدِ الْقِسْمَيْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْآخَرِ فَتَارَةً أَظْهَرَ مُرَاعَاةَ حَقِّ الْقَائِمِ وَتَارَةً أَظْهَرَ مُرَاعَاةَ حَقِّ الْآخَرِ وَالْمَعْنَى فِيهِمَا وَاحِدٌ لَا سِيَّمَا وَقَدْ ثَبَتَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الرَّهْنَ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ وَقَدْ زَادَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ أَنَّ دَيْنَهُمَا سَوَاءٌ فَإِذَا بِيعَ نِصْفُ الرَّهْنِ فَكَانَ ثَمَنُهُ قَدْرَ الدَّيْنِ قَبَضَهُ الْقَائِمُ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ قَصَّرَ عَنْ الدَّيْنِ طَلَبَهُ بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبَاعَ شَيْءٌ مِنْ بَقِيَّةِ الرَّهْنِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ صَاحِبِهِ بِهِ، وَبَقِيَ إلَى الْأَجَلِ الَّذِي أَنْظَرَهُ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ دَيْنِ الَّذِي أَنْظَرَهُ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ دَيْنِهِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ رَهَنَ عَبْدًا أَوْ دَارًا فِي دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَقَامَ عَلَيْهِ غَرِيمٌ آخَرُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: يُرِيدُ وَهُوَ

مُعْسِرٌ فَإِنْ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ بِيعَ فَقَضَى الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ مُعَجَّلًا وَقَضَى الْغَرِيمُ الْآخَرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ لَمْ يُبَعْ حَتَّى يَحِلَّ أَجَلُ الْمُرْتَهِنِ فَعَلَى هَذَا لَا تُبَاعُ حِصَّةُ الَّذِي تَأَجَّلَ دَيْنُهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ دَيْنِ الَّذِي تَعَجَّلَ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ دَيْنِ صَاحِبِهِ، وَأَمَّا إنْ كَانَ فِي حِصَّةِ الَّذِي تَعَجَّلَ فَقْدٌ عَنْ دَيْنِهِ فَإِنَّمَا يُبَاعُ مِنْهُ عِنْدِي بِقَدْرِ الدَّيْنِ الْمُعَجَّلِ، وَلَا يَكُونُ مَا فَضَلَ عَنْ الدَّيْنِ رَهْنًا، وَيُدْفَعُ

(256/5)

. . . .

[المنتقى]

إلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا رَهَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ ذَلِكَ الرَّهْنِ فَلَا دُخُولَ لِلْآخَرِ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقُّهُ بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ فَأُعْطِيَ الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ مِنْ ذَلِكَ أَضَافَ الرَّهْنَ إلَى الْمُرْتَهِنِ لِمَا كَانَ لَهُ ثَمَنُهُ، وَكَانَ بِيَدِهِ وَقَالَ: إنَّ الرَّهْنَ كُلَّهُ يُبَاعُ، وَيُعْطَى مِنْ ذَلِكَ، وَلَمْ يُبَيِّنْ قَدْرَ مَا يُعْطَى، وَلَا يُبَيِّنُ أَيَّ قَدْرٍ يُعْطَى، وَقَدْ بَيَّنَ ذَلِكَ فِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إنَّ الْقَائِمَ يَأْخُذُ مِنْ نِصْفِهِ حَقَّهُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إلَى النِّصْفِ الَّذِي هُوَ حِصَّةُ الَّذِي أَنْظَرَهُ مِنْ الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْ النِّصْفِ الَّذِي ارْتَهَنَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ دَفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إلَى الرَّاهِنِ، وَإِلَّا حَلَفَ مَا أَنْظَرْته إلَّا لِيُوقِفَ لِي رَهْنِي يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ أَرَادَ الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَدْفَعَ إلَى الرَّاهِنِ ثَمَنَ نِصْفِ الرَّهْنِ، وَهُوَ الَّذِي كَانَ ارْتَهَنَهُ الْمُؤَجَّلُ بِالدَّيْنِ جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ رَهْنٌ قَدْ طَابَتْ نَفْسُهُ بِرَدِّهِ إلَى الرَّاهِنِ، وَيُنْظِرُهُ مَعَ ذَلِكَ بِدَيْنِهِ، وَإِنْ أَبَى مِنْ ذَلِكَ حَلَفَ يُرِيدُ أَنَّهُ مَا أَخَّرَهُ إلَّا لِيَبْقَى الرَّهْنُ وَثِيقَةً بِحَقِّهِ ثُمَّ يَقْتَضِي مِنْ ثَمَنِ حِصَّتِهِ مِنْ الرَّهْنِ دَيْنَهُ، وَهَذَا إذَا بِيعَ الرَّهْنُ بِمِثْلِ مَا لَهُ مِنْ الدَّيْنِ، وَكَانَ الدَّيْنُ عَيْنًا فَإِنْ بِيعَ بِعَيْنٍ مُخَالِفٍ لِلْعَيْنِ الَّذِي لَهُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي الرَّهْنِ يَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ، وَلَا يَنْقَسِمُ، وَلَا يَرْضَى الْمُسْتَحِقُّ بِبَقَائِهِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ: إنَّهُ يُبَاعُ، وَيُعَجَّلُ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّهُ إنْ بِيعَ بِمِثْلِ دَيْنِهِ فَإِنْ بِيعَ بِدَنَانِيرَ وَدَيْنُهُ دَرَاهِمُ أَوْ بِيعَ بِدَرَاهِمَ وَدَيْنُهُ دَنَانِيرُ وَقَفَ لِلْمُرْتَهِنِ ذَلِكَ رَهْنًا إلَى الْأَجَلِ فَيُبَاعُ حِينَئِذٍ فِي حَقِّهِ لِمَا يُرْجَى مِنْ غَلَاءِ ذَلِكَ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ غَيْرُ الصِّفَةِ الَّتِي يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْبِضَهَا، وَيَرْجُو مِنْ الرِّبْحِ فِي نَقْلِهَا إلَى الصِّفَةِ الَّتِي يَسْتَحِقُّهَا عِنْدَ حُلُولِ أَجَلِ دَيْنِهِ

مَا لَا يَرْجُوهُ الْآنَ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبَاعَ فَيُعَجِّلَ مِنْ ثَمَنِهِ دَيْنَهُ كَمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الرَّهْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ بِيعَ بِقَمْحٍ وَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ قَمْحٌ مِثْلُهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُبَاعَ بِدَنَانِيرَ وَدِينُهُ دَنَانِيرُ أَوْ يُبَاعَ بِدَرَاهِمَ وَدَيْنُهُ دَرَاهِمُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ: إنَّهُ إنْ بِيعَ بِشَيْءٍ مِنْ الطَّعَامِ أَوْ الْإِدَامِ أَوْ الشَّرَابِ، وَهُوَ مِثْلُ الَّذِي لَهُ صِفَةً وَجِنْسًا وَجَوْدَةً فَإِنِّي أَسْتَحْسِنُ أَنَّ لَهُ تَعْجِيلَهُ، وَإِنْ أَبَى صَاحِبُهُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُعْطِيهِ مِثْلَهُ إذَا لَمْ يُعْطِهِ إيَّاهُ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ هَذَا حُكْمُ كُلِّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ وَمَا فِي حُكْمِهِمَا وَكَذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ بِيعَ بِمِثْلِ حَقِّهِ فَلْيُعَجِّلْ لَهُ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إلَّا أَنْ يَكُونَ حَقُّهُ طَعَامًا بِيعَ فَيَأْبَى أَنْ يَتَعَجَّلَهُ فَذَلِكَ لَهُ فَاعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – رِضَا الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا مُؤَجَّلًا لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ تَعْجِيلُهُ قَبْلَ وَقْتِهِ بِخِلَافِ الْعَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ بِيعَ بِطَعَامٍ مُخَالِفٍ لِمَالِهِ فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ: يُوضَعُ رَهْنًا بِيَدِهِ إلَى حُلُولِ حَقِّهِ وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ: وَكَذَلِكَ إنْ بَيْع بِعَرَضٍ بِمِثْلِ حَقِّهِ أَوْ مُخَالِفٍ لَهُ وُضِعَ لَهُ رَهْنًا، وَلَيْسَ لَهُ تَعْجِيلُهُ بِغَيْرِ رِضَا الرَّاهِنِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا لَا مِثْلَ لَهُ لَا تَكَادُ تَصِحُّ فِيهِ الْمُمَاثَلَةُ فَقَدْ يَجِدُ عِنْدَ الْأَجَلِ مَا هُوَ أَقْرَبُ إلَى الْمُمَاثَلَةِ، وَأَيْسَرُ عَلَيْهِ فِيمَا يُجْزِئُ عَنْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يُعْطَى حَقَّهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي مَسْأَلَةِ الْأَصْلِ يَحْلِفُ، وَيُعْطَى حَقَّهُ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ الرَّاهِنُ بِرَهْنٍ فِيهِ وَفَاءُ حَقِّ الَّذِي أَنْظَرَهُ، فَيَكُونُ لَهُ أَخْذُ الثَّمَنِ فَبَيَّنَ أَنَّ مَسْأَلَةَ الْأَصْلِ إنَّمَا هِيَ فِي الْمُعْسِرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ أَصْلُ دَيْنِهِمَا مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ أَوْ أَحَدُهُمَا مِنْ قَرْضٍ وَالْآخَرُ مِنْ بَيْعٍ جَازَ ذَلِكَ مَا لَمْ يُقْرِضْهُ أَحَدُهُمَا عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ الْآخَرُ فَلَا يَجُوزُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ جَازَ ذَلِكَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَقْرَضَاهُ وَارْتَهَنَا مِنْهُ دَارًا أَوْ ثَوْبًا وَقَضَى أَحَدُهُمَا خَرَجَتْ حِصَّتُهُ مِنْ الرَّهْنِ فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَكَتَبَاهُ فِي ذِكْرٍ وَاحِدٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُمَا مِنْ جِنْسَيْنِ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ، وَلِلْآخَرِ شَعِيرٌ جَازَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَقْضِيَ دُونَ الْآخَرِ، وَلَوْ كَتَبَاهُ بِغَيْرِ ذِكْرٍ وَاحِدٍ، أَوْ يَكُونُ الرَّهْنُ لَهُمَا بِشَيْءٍ وَاحِدٍ

(ص) : (قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: أَنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِرَهْنٍ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ) .

[المنتقى]

دَنَانِيرَ كُلَّهَا أَوْ قَمْحًا كُلَّهُ أَوْ شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ نَوْعًا وَاحِدًا، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبَا بِهِ كِتَابًا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَقْتَضِيَ دُونَ الْآخَرِ وَذَلِكَ أَنَّ ذِكْرَ الْحَقِّ إذَا جَمَعَهُمَا أَوْ الرَّهْنَ فَقَدْ جَعَلَهُمَا مَعَ اتِّفَاقِ جِنْسِ الدَّيْنِ كَالشَّرِيكَيْنِ فَلَا يَقْبِضُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُمَا مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ انْتَفَتْ الشَّرِكَةُ وَتَبَايَنَتْ الْحُقُوقُ فَلَمْ يُمْنَعْ أَحَدُهُمَا مِنْ قَبْضِ حَقِّهِ وَكَذَلِكَ إذَا كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يَضْمَنَا مَا يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِذِكْرِ حَقٍّ، وَلَا رَهْنٍ وَكَتَبَا حَقَّهُمَا مُفَرَّقًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَعْنَى الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ إفْرَادَ ذِكْرِ الْحَقِّ يُمَيِّزُ الْحَقَّ كَمَا يُمَيِّزُهُ إفْرَادُ نَفْسِ الْحَقِّ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إذَا ارْتَهَنَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ فَهُوَ أَيْضًا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَرْتَهِنَ أَحَدُهُمَا جُزْءًا مِنْ الرَّهْنِ ثُمَّ يَرْهَنُ رَجُلًا آخَرُ بَاقِيَهُ فَإِنْ كَانَ أَجَلُ الدَّيْنَيْنِ وَاحِدًا فَحُكْمُهُ مَا رَهَنَا جَمِيعَهُ مَعًا، وَإِنْ كَانَ أَجَلُهُمَا مُخْتَلِفًا فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فِي الرَّجُلَيْنِ يُنْظِرُ أَحَدُهُمَا، وَيَتَعَجَّلُ الثَّانِي.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا رَهَنَ رَجُلٌ رَهْنًا بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ثُمَّ أَدَانَ مِنْ آخَرَ وَرَهَنَهُ فَضْلَةَ ذَلِكَ الرَّهْنِ الْأَوَّلِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ ذَلِكَ جَائِزٌ إنْ رَضِيَ الْمُرْتَهِنُ الْأَوَّلُ فَإِنْ لَمْ يَرْضَ لَمْ يَجُزْ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ قَالَ لِي أَشْهَبُ: لَهُ ذَلِكَ رَضِيَ الْأَوَّلُ أَوْ سَخِطَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ إذْ هُوَ الْمُبْدَأُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: إنَّمَا أَرَادَ مَالِكٌ رِضَا الْأَوَّلِ إنْ لَمْ يَتِمَّ الْحَوْزُ لِلثَّانِي، وَإِذَا لَمْ يَرْضَ لَمْ يَتِمَّ، وَلَا تَكُونُ الْفَضْلَةُ لَهُ رَهْنًا بَلْ هُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِيهَا، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ قَدْ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ رَهَنَ رَهْنًا وَجَعَلَهُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ ثُمَّ رَهَنَ فَضْلَهُ الْآخَرُ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَحُوزَهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إنَّمَا حَازَهُ لِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ رَهْنًا لِلثَّانِي قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَوَّلُ فَيَحُوزُ،

وَيَبْدَأُ الْأَوَّلُ، وَيَكُونُ لِلثَّانِي مَا فَضَلَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إذَا جَعَلَ الرَّهْنَ بِيَدِ غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ جَازَ أَنْ يَرْهَنَ فَضْلَهُ الْآخَرُ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ الْأَوَّلُ إذَا عَلِمَ مَنْ هُوَ عَلَى يَدِهِ لِتَتِمَّ الْحِيَازَةُ لَهُمَا وَقِيلَ عَنْ مَالِكٍ: حَتَّى يَرْضَى الْأَوَّلُ وَالْقِيَاسُ مَا قُلْتُ لَك.

وَقَدْ رَوَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ رِوَايَةً أُخْرَى فِي رَهْنِ فَضْلَةِ الرَّهْنِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ أَذِنَ فِيهِ الْمُرْتَهِنُ الْأَوَّلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَلَّ أَجَلُ دَيْنِ الثَّانِي قَبْلَ الْأَوَّلِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لِأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ إذَا لَمْ يَعْلَمْ الْأَوَّلُ أَنَّ دَيْنَ الثَّانِي يَحِلُّ قَبْلَ دَيْنِهِ بِيعَ الرَّهْنُ، وَيُعْطَى الْأَوَّلُ حَقَّهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ، وَيُعْطَى الثَّانِي مَا فَضَلَ عَنْ دَيْنِهِ ثُمَّ إنْ بِيعَ بِمِثْلِ حَقِّهِ أَوْ بِخِلَافِهِ فَقَدْ تَقَدَّمَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ أَشْهَبَ وَسَحْنُونٍ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: إنَّمَا تَفْسِيرُ قَوْلِ أَشْهَبَ فِي الرَّهْنِ يَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ فَأَمَّا مَسْأَلَةُ الرَّهْنِ يَرْهَنُ فَضْلَتَهُ فَيَحِلُّ حَقُّ الثَّانِي فَيُبَاعُ لَهُ فَإِنَّهُ إذَا وَقَفَ الْأَوَّلُ مِقْدَارَ حَقِّهِ فَقَدْ يَتَغَيَّرُ مَا يُوقَفُ لَهُ حَتَّى يُنْقِصَ عِنْدَ الْأَجَلِ مِنْ حَقِّهِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: وَكَأَنَّهُ يَرَى فِيمَا رَأَيْتُ أَنَّهُ إنْ كَانَ إنَّمَا يُبَاعُ بِخِلَافِ حَقِّ الْأَوَّلِ أَنْ لَا يُبَاعَ إلَى أَجَلِهِ؛ لِأَنَّهُ إذَا بِيعَ بِخِلَافِهِ وَقَفَ الرَّهْنُ كُلُّهُ، وَلَمْ يَقْضِ الثَّانِي شَيْئًا فَلَا فَائِدَةَ فِي بَيْعِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الثَّانِيَ لَيْسَ لَهُ إلَّا مَا فَضَلَ عَنْ الْأَوَّلِ، وَلَا يُعْلَمُ ذَلِكَ إلَّا إذَا بِيعَ بِمِثْلِ مَالِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ مَنْ ارْتَهَنَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ فَإِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَا يَبِيعُهُ فِي حُكْمِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمِلْكٍ لِلرَّاهِنِ، وَالرَّاهِنُ إنَّمَا يَرْهَنُهُ مَا يَمْلِكُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ يُرِيدُ فَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ رَهْنًا مَعَ الْعَبْدِ مَالُهُ الَّذِي كَانَ لَهُ يَوْمَ اشْتِرَاطِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ أَوْ نَمَاءُ ذَلِكَ الْمَالِ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَصْلِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ نَمَاءَ كُلِّ مَالٍ تَبَعٌ لِأَصْلِهِ فِي سَائِرِ أَحْكَامِهِ، وَلِذَلِكَ تَبِعَهُ فِي الزَّكَاةِ، وَأَمَّا مَا أَفَادَ بَعْدَ الِارْتِهَانِ فَلَا يَكُونُ رَهْنًا مَعَهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(258/5)

الْقَضَاءُ فِي جَامِعِ الرُّهُونِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ ارْتَهَنَ مَتَاعًا فَيَهْلِكُ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَأَقَرَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحَقِّ وَاجْتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ وَتَدَاعَيَا فِي الرَّهْنِ فَقَالَ الرَّاهِنُ:

قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا.

وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَالْحَقُّ الَّذِي لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا قَالَ مَالِكٌ: يُقَالُ لِلَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ صِفْهُ فَإِذَا وَصَفَهُ أُحْلِفَ عَلَيْهِ ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا فَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رَهَنَ بِهِ قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ ارْدُدْ إلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رَهَنَ بِهِ أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنْ الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ) .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ يَرْهَنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَيَقُولُ الرَّاهِنُ أَرْهَنْتُكَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ ارْتَهَنْتُهُ مِنْك بِعِشْرِينَ دِينَارًا وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ قَالَ يَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ حِينَ يُحِيطُ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نُقْصَانَ عَمَّا حَلَفَ أَنَّ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ، وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبْدِئَةِ بِالْيَمِينِ لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إيَّاهُ إلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ قَالَ: وَإِنْ كَانَ ثَمَنُ الرَّهْنِ أَقَلَّ مِنْ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ إمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ وَتَأْخُذَ رَهْنَك، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّك رَهَنْتُهُ بِهِ وَيَبْطُلُ عَنْك مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَزِمَهُ غُرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي جَامِعِ الرُّهُونِ]

(ش) : أَكْثَرُ مَا فِي هَذَا الْفَصْلِ قَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ إذَا ضَاعَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَكَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً بِضَيَاعِهِ أَوْ؛ لِأَنَّهُ يَحْكُمُ بِضَمَانِهِ لَهُ، وَإِنْ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ عَلَى مَا رَوَاهُ أَشْهَبُ فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ، وَادَّعَى الرَّاهِنُ مِنْ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الْمُرْتَهِنُ قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ صِفْهُ قَالَ فَإِذَا وَصَفَهُ حَلَفَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ يُرِيدُ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ خَالَفَهُ فِيهَا، وَادَّعَى أَفْضَلَ مِنْهَا، وَلَوْ جَهِلَ الرَّاهِنُ الصِّفَةَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ: إذَا وَصَفَهُ الْمُرْتَهِنُ حَلَفَ، وَإِنْ نَكَلَ بَطَلَ حَقُّهُ، وَكَانَ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَعِنْدِي أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى الرَّاهِنُ مَعْرِفَةَ الصِّفَةِ وَنَكَلَ الْمُرْتَهِنُ حَلَفَ الرَّاهِنُ وَقُوِّمَتْ الصِّفَةُ الَّتِي حَلَفَ عَلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي أَقَرَّ بِهَا قَوَّمَهَا أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ فَرُبَّمَا قَوَّمُوهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ مِنْ الْقِيمَةِ فَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِنْ الدَّيْنِ، وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ أَنْ يَكُونَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ الْأَكْثَرِ مِنْ

قَدْرِ الدَّيْنِ أَوْ يَكُونَ زَعَمَ أَوَّلًا أَنَّ قِيمَتَهَا أَقَلُّ مِنْ قَدْرِ الدَّيْنِ أَوْ بِمِثْلِ قَدْرِ الدَّيْنِ لَكِنَّهُ وَصَفَهَا بَعْدَ ذَلِكَ بِصِفَةٍ قُوِّمَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ الدَّيْنِ فَهَذَا يَقْطَعُ دَيْنَهُ مِمَّا لَزِمَهُ مِنْ الْقِيمَةِ، وَقِيلَ لَهُ رُدَّ الْفَضْلَ عَلَى الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِنْ الدَّيْنِ كَانَ عَلَى الرَّاهِنِ أَنْ يُوَفِّيَ بَقِيَّةَ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَقَدْ قَالَ: إنَّ الرَّهْنَ بِمَا فِيهِ يُرِيدُ أَنَّ هَذَا مِنْ الْمَوَاضِعِ الَّتِي قَالَ فِيهَا مَنْ تَقَدَّمَ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ أَوْ أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُمْ ذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَا أَشْبَهَهَا، وَلَوْ أَقَرَّ أَوَّلًا بِقِيمَةِ الرَّهْنِ فَلَمَّا خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ الرَّاهِنُ وَصَفَهُ بِصِفَةٍ قُوِّمَتْ بِأَقَلَّ مِنْ الْقِيمَةِ الَّتِي أَقَرَّ بِهَا أَوَّلًا فَإِنَّ عِنْدِي أَنَّهُ تَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ الْأُولَى الَّتِي أَقَرَّ بِهَا، وَيُحْمَلُ مَا وَصَفْنَا بِهِ الرَّهْنَ مِمَّا قَصُرَ عَنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ جَحْدُ الْبَعْضِ الْقِيمَةَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(259/5)

الْمُرْتَهِنُ)

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُمَا إذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الدَّيْنِ فَقَالَ الرَّاهِنُ: عَشَرَةً، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: عِشْرُونَ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ يَحْلِفُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ قَالَ: وَكَانَ مُبْدَأً بِالْيَمِينِ؛ لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ لَهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: وَسَوَاءٌ عِنْدِي كَانَ بِيَدِهِ أَوْ وُضِعَ لَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَدْلِ حَائِزَةٌ لِلْمُرْتَهِنِ.
وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يَبْدَأُ الْمُرْتَهِنُ بِالْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ شَاهِدٌ لَهُ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ عِشْرِينَ دِينَارًا فَهُوَ لِلْمُرْتَهِنِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ الرَّاهِنُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي الْأَصْلِ.
(فَصْلٌ) :
وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَقَلَّ مِنْ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّاهَا أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي ادَّعَى قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَوْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ لَا أَحْلِفُ إلَّا عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ لَكَانَ لَهُ ذَلِكَ وَحَكَى عَبْدُ الْحَقِّ عَنْ بَعْضِ شُيُوخِهِ الْقَرَوِيِّينَ أَنَّهُ إنَّمَا يَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى خَمْسَةَ عَشَرَ كَمَا لَوْ ادَّعَى عِشْرِينَ وَشَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّهُ إنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي شَهِدَ لَهُ بِهَا شَاهِدُهُ دُونَ الْعِشْرِينَ الَّتِي ادَّعَاهَا وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ مُخَالِفٌ لِنَصِّ الْمَذْهَبِ عَلَى مَا ثَبَتَ فِي الْأَصْلِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ أَصْحَابِنَا إلَّا مَا قَالَهُ ابْنُ

الْمَوَّازِ: إنَّ الْمُرْتَهِنَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الْعِشْرِينَ أَوْ عَلَى الْخَمْسَةَ عَشَرَ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الرَّهْنِ وَالشَّاهِدِ أَنَّ الرَّهْنَ مُتَعَلِّقٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَالشَّاهِدُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِمَا لَمْ يَشْهَدْ بِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّاهِنَ لَوْ أَقَرَّ بِالْعِشْرِينَ فَإِنَّ الرَّهْنَ يَكُونُ رَهْنًا بِجَمِيعِهَا، وَلَا يَخْتَصُّ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا مِنْهَا وَلَوْ أَقَرَّ بِتَصْدِيقِ الشَّاهِدِ لَمْ يَكُنْ لِشَهَادَتِهِ تَعَلُّقٌ بِغَيْرِ الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي شَهِدَ بِهَا فَجَازَ أَنْ يُقَالَ: إنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى خَمْسَةَ عَشَرَ وَيَحْلِفُ مَعَ الرَّهْنِ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي ادَّعَى.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالتَّخْيِيرِ فَحَلَفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ قِيلَ لِلرَّاهِنِ إمَّا أَنْ تَحْلِفَ وَتُسْقِطُ عَنْ نَفْسِك الْخَمْسَةَ الزَّائِدَةَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِمَّا أَنْ تَنْكُلَ فَيَدْفَعُ إلَيْهِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، وَإِنْ حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ أَوَّلًا عَلَى خَمْسَةَ عَشَرَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يَحْلِفُ الرَّاهِنُ؛ لِيُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ بَقِيَّةَ دَعْوَى الْمُرْتَهِنِ، وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِنْ نَكَلَ الرَّاهِنُ لَمْ يُقْضَ لِلْمُرْتَهِنِ بِالزِّيَادَةِ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ نُكُولِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْيَمِينَ وَجَبَتْ فِي الْخَمْسَةِ الزَّائِدَةِ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ أَوَّلًا عَلَى الرَّاهِنِ، وَكَانَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُضِيفَ الْيَمِينَ فِيهِمَا إلَى يَمِينِهِ الَّتِي لَهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهَا فِي الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي شَهِدَ لَهُ بِهَا الرَّهْنُ فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ وَحَلَفَ عَلَى الْخَمْسَةَ عَشَرَ فَلَا مَعْنَى لِيَمِينِ الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ قَدْ اسْتَحَقَّ جَمِيعَهَا بِيَمِينِهِ وَشَهَادَةِ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَلَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْيَمِينِ جُمْلَةً حَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى أَنَّ جَمِيعَ حَقِّهِ عَشَرَةٌ فَيَكُونُ يَمِينُهُ فِي الْخَمْسَةِ الَّتِي شَهِدَ بِهَا الرَّهْنُ مَرْدُودَةً عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ لِلْمُرْتَهِنِ ابْتِدَاءً بِشَهَادَةِ قِيمَةِ الرَّهْنِ فَلَمَّا نَكَلَ عَنْهَا رُدَّتْ عَلَى الرَّاهِنِ وَتَكُونُ يَمِينُهُ فِي الْخَمْسَةِ الْأُخْرَى يَمِينًا غَيْرَ مَرْدُودَةٍ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْمُرْتَهِنِ فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتْ عَنْهُ الْعَشَرَةُ بِالْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، وَإِنْ نَكَلَ لَزِمَتْهُ الْخَمْسَةُ الَّتِي رُدَّتْ عَلَيْهِ فِيهَا الْيَمِينُ؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمُ كُلِّ مَنْ نَكَلَ عَنْ يَمِينٍ رُدَّتْ عَلَيْهِ وَأَمَّا الْخَمْسَةُ الْأُخْرَى فَإِنْ قُلْنَا إنَّ امْتِنَاعَ الْمُرْتَهِنِ أَوَّلًا مِنْ أَنْ يَحْلِفَ عَلَيْهَا نُكُولٌ مُؤَثِّرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا تَرْتِيبَ بَيْنَ نُكُولِ الْمُدَّعِي وَيَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نُكُولِهِ فَقَدْ سَقَطَتْ عَنْ الرَّاهِنِ؛ لِوُجُودِ نُكُولِ الْمُرْتَهِنِ عَنْ الْيَمِينِ الَّتِي حُكْمُهَا أَنْ تُرَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: إنَّهُ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ وَلَيْسَ لَهُ حُكْمُ النُّكُولِ إلَّا بَعْدَ نُكُولِ الرَّاهِنِ لِمَا يَلْزَمُ بَيْنَهُمَا مِنْ التَّرْتِيبِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ فَيَسْتَحِقَّهَا أَوْ يَنْكُلَ فَتَبْطُلَ دَعْوَاهُ بِهَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ خَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا فَقَدْ رَوَى يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ قَالَ الرَّاهِنُ أَنَا أَدْفَعُ إلَيْك خَمْسَةَ عَشَرَ وَآخُذُ رَهْنِي فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إلَّا أَنْ يَدْفَعَ عِشْرِينَ

. . . .

[المنتقى]

دِينَارًا قَالَ ابْنُ نَافِعٍ: إذَا دَفَعَ الرَّاهِنُ إلَى الْمُرْتَهِنِ قِيمَةَ الرَّهْنِ كَانَ أَوْلَى بِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِهِ: وَهُوَ تَفْسِيرُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُوَطَّأِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ قَدْ تَعَلَّقَ بِجَمِيعِ قِيمَةِ الرَّهْنِ عَلَى نَحْوِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ لَمَّا تَعَلَّقَتْ بِالْعِشْرِينَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا مَحَلٌّ مِنْ ذِمَّةِ الرَّاهِنِ كَانَ مَحَلُّهَا الرَّهْنَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ زَادَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ الْيَمِينِ، وَقَبْلَ الْبَيْعِ لَكَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ لِلْمُرْتَهِنِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ أَحَقَّ بِالْعَيْنِ حَتَّى يُعْطَى مَا اسْتَوْجَبَ بِيَمِينِهِ وَذَلِكَ الْعِشْرُونَ دِينَارًا وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ: أَنَّ الْحَقَّ إنَّمَا تَعَلَّقَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ دُونَ عَيْنِهِ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ دُونَ عَيْنِ الرَّهْنِ فَإِذَا أَعْطَاهُ الرَّاهِنُ الْقِيمَةَ الَّتِي هِيَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ كَانَ لَهُ أَخْذُ رَهْنِهِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ عَبْدُوسٍ إنْ شَاءَ الرَّاهِنُ أَنْ يُعْطَى مَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ، وَإِلَّا بِعت الرَّهْنَ وَدَفَعْتُ إلَيْهِ مِنْ ثَمَنِهِ مَا ذَكَرَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَتَى تُرَاعَى قِيمَةُ الرَّهْنِ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ فِي النَّوَادِرِ إنْ كَانَ الرَّهْنُ قَائِمًا فَقِيمَتُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ، وَإِنْ هَلَكَ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ وَرَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الرَّهْنَ يُضْمَنُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الضَّيَاعِ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: يَوْمَ الرَّهْنِ فَعَلَى قَوْلِنَا بِاعْتِبَارِ تَضْمِينِ قِيمَتِهِ يَوْمَ الضَّيَاعِ يَجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ بِتِلْكَ الْقِيمَةِ فِي مَبْلَغِ الدَّيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ: أَنَّ الرَّهْنَ إذَا وُجِدَ بِعَيْنِهِ شَهِدَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لِوُجُودِهِ يَوْمَ الْحُكْمِ، وَإِذَا عَدِمَ ضَمِنَ لَقِيمَتِهِ فَكَانَتْ الْقِيمَةُ فِي ذَلِكَ تَقُومُ مَقَامَ الْعَيْنِ عِنْدَ وُجُودِهَا.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ مِمَّا يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ لِكَوْنِهِ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ إمَّا؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ أَوْ؛ لِأَنَّهُ وُضِعَ عَلَى يَدِ أَمِينٍ أَوْ قَامَتْ بِضَيَاعِهِ بَيِّنَةٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَا كَانَ الرَّهْنُ قَائِمًا.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي الرَّهْنِ يَكُونُ عَلَى يَدِ أَمِينٍ ثُمَّ يَخْتَلِفُ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضَعْ الرَّهْنَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ رَهْنٌ بَاقٍ عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ يَسْتَوْفِي مِنْهُ الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ فَكَانَ شَاهِدًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ كَالَّذِي يَضْمَنُ بِالْيَدِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ غَيْرُ مُسَلَّمٍ إلَيْهِ وَلَا مُؤْتَمَنٍ عَلَيْهِ فَلَمْ يَشْهَدْ لِدَيْنِهِ وَهَذَا التَّعْلِيلُ لَا يَمْنَعُ شَهَادَةَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مَعَ بَقَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ إلَى الْمُرْتَهِنِ، وَإِنْ عَلَّلْنَا بِأَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ مِنْ الرُّهُونِ وَلَا يُشْهَدُ قِيمَتُهُ عِنْدَ ضَيَاعِهِ

بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَإِنَّ عَيْنَهُ لَا تَشْهَدُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ كَالْوَدِيعَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ تَلِفَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِضَيَاعِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى وَأَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ عَلَى الرَّاهِنِ إلَّا مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّهْنَ قَدْ بَطَلَ وَحَلَّ مِنْهُ الرَّهْنُ فَأَشْبَهَ الْمُدَايَنَةَ دُونَ رَهْنٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ إمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الْعِشْرِينَ الَّتِي حَلَفَ عَلَيْهَا وَتَأْخُذَ رَهْنَك، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمْتَ أَنَّك رَهَنْته بِهِ وَبَطَلَ عَنْك مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إنْ كَانَ الرَّهْنُ يُسَاوِي مَا قَالَ الْمُرْتَهِنُ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَكُنْ الْيَمِينُ إلَّا عَلَيْهِ وَحْدَهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسَاوِي إلَّا مَا قَالَ الرَّاهِنُ فَأَقَلَّ لَمْ يَحْلِفْ إلَّا الرَّاهِنُ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّ يَمِينَ الْمُرْتَهِنِ لَا تَنْفَعُهُ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الرَّاهِنُ أَوْ أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَاهُ الْمُرْتَهِنُ فَهَاهُنَا يَحْلِفَانِ وَيَبْدَأُ الْمُرْتَهِنُ بِالْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ شَاهِدٌ لَهُ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِ مِنْ الدَّيْنِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الدَّيْنِ فَقَالَ الرَّاهِنُ هُوَ بِمِائَةِ إرْدَبِّ حِنْطَةً وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ إنَّمَا ارْتَهَنْته بِمِائَةِ دِينَارٍ وَقِيمَةُ الرَّهْنِ مِائَةُ دِينَارٍ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ قِيمَةُ الْمِائَةِ الَّتِي أَقَرَّ بِهَا الرَّاهِنُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ مِائَةِ دِينَارٍ فَالرَّاهِنُ مُصَدَّقٌ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ فَتُبَاعُ بِهَا الْحِنْطَةُ فَيُوَفَّى، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ فَالْمُرْتَهِنُ مُصَدَّقٌ كَمَا لَوْ صَدَّقَهُ فِي كَثْرَةِ النَّوْعِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ إمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، وَإِمَّا أَنْ تَأْخُذَ رَهْنَك، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى

(261/5)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ وَتَنَاكَلَا الْحَقَّ فَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ كَانَتْ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ لَمْ يَكُنْ لَك فِيهِ إلَّا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ صِفْهُ فَإِذَا وَصَفَهُ أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعِي فِيهِ الْمُرْتَهِنُ أُحْلِفَ عَلَى

الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ ثُمَّ قَاصُّوهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ، وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ صَارَ مُدَّعِيًا عَلَى الرَّاهِنِ فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ)

[المنتقى]

الَّذِي قُلْت وَيَبْطُلُ عَنْك مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ يُرِيدُ أَنَّ يَمِينَهُ تُسْقِطُ عَنْهُ ذَلِكَ فَإِنَّهُ إنْ نَكَلَ لَزِمَ جَمِيعُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَضْعَافُ قِيمَةِ الرَّهْنِ.

وَلَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يَحْلِفُ الرَّاهِنُ وَلَا يَغْرَمُ إلَّا مَا حَلَفَ عَلَيْهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمُرْتَهِنُ مُضَعِّفًا لِدَعْوَاهُ وَمَا شَهِدَ لَهُ بِهِ الرَّهْنُ وَغَيْرُهُ فَلَمَّا حَلَفَ الرَّاهِنُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ غَيْرُ مَا أَقَرَّ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الرَّاهِنُ غَرِمَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ وَاضِحٌ فِي أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إنَّمَا يَحْلِفُ أَوَّلًا عَلَى جَمِيعِ الْحَقِّ، وَلِذَلِكَ إذَا نَكَلَ وَلَمْ تُرَدَّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ بِنُكُولِ الرَّاهِنِ عَنْهَا وَقَدْ جَعَلَ هَذَا الْقَائِلُ مِنْ حُجَّتِهِ مَا قَالَهُ أَنَّ الْيَمِينَ تُرَدُّ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ أَمْرٌ قَدْ سَلِمَ لَهُ قَالَ وَمِنْ عَيْبِ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى عِشْرِينَ فَوَجَبَ لَهُ أَخْذُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَيَمِينُ الْمَطْلُوبِ عَلَى الْخَمْسَةِ الزَّائِدَةِ فَنَكَلَ الْمَطْلُوبُ أَلَيْسَ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الرَّاهِنِ فَيَصِيرُ يَحْلِفُ مَرَّتَيْنِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّ الْمَسْأَلَةَ تَحْتَمِلُ قَوْلَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا أَنَّ يَمِينَ الْمُرْتَهِنِ أَوَّلًا قُدِّمَتْ عَلَى مَوْضِعِهَا لِيَسْلَمَ مِنْ تَكْرِيرِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ بِهَا وَبِنُكُولِ الرَّاهِنِ بَعْدَهَا مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ اجْتَمَعَ فِيهِ يَمِينُ الْمُدَّعِي وَنُكُولُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَوَجَبَ أَنْ يُقْضَى بِهِ كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ نُكُولُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: إنَّ تِلْكَ الْيَمِينَ فِيمَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ لَيْسَتْ لِاسْتِحْقَاقِ تِلْكَ الزِّيَادَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ لِيُحِقَّ الْمُرْتَهِنُ بِهَا دَعْوَاهُ دُونَ أَنْ يَلْزَمَهُ أَوْ يَقْتَضِيَ مِنْهُ فَإِنَّ نُكُولَ الرَّاهِنِ عَنْ الْيَمِينِ فِيمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ يَقْتَضِي رَدَّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي، وَهُوَ الْمُرْتَهِنُ فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا وَهُوَ يَدَّعِي عِشْرِينَ فَحَلَفَ مَعَ الْعِشْرِينَ مَعَ شَاهِدِهِ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْخَمْسَةِ فَإِنْ نَكَلَ رُدَّتْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي فَيَحْلِفُ فِي الْخَمْسَةِ يَمِينًا ثَانِيَةً يَسْتَحِقُّهَا بِهَا.

(فَرْعٌ) وَإِذَا نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ أَوَّلًا ثُمَّ نَكَلَ الرَّاهِنُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: حُكْمُهُمَا إذَا نَكَلَا مِثْلُ حُكْمِهِمَا إذَا حَلَفَا لَا يَلْزَمُ الرَّاهِنَ إلَّا قِيمَةُ الرَّهْنِ قَالَ: وَلَا أُلْزِمُ الرَّاهِنَ إذَا نَكَلَ غُرْمَ مَا أَعَادَهُ الْمُرْتَهِنُ أَوَّلًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا

نَكَلَ لَمْ يَلْزَمْ غُرْمُ مَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ حَتَّى يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى مُدَّعِيهَا فَلَمَّا تَقَدَّمَ نُكُولُهُ عَنْهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنْهَا شَيْءٌ، وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا صِحَّةُ مَا تَقَدَّمَ نُكُولُ الْمُدَّعِي قَبْلَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ يَمِينِهِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَلَا يَبْعُدُ هَذَا وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مِنْ نُكُولِ الْمُرْتَهِنِ وَيَمِينِ الرَّاهِنِ فَلَا يَكُونُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بَيْنَ نُكُولِ الْمُدَّعِي وَنُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ يَمِينِهِ تَرْتِيبٌ وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي يَكُونُ بَيْنَهُمَا تَرْتِيبٌ وَلِهَذَا تَأْثِيرٌ فِي مَسَائِلَ كَثِيرَةٍ، وَأَمَّا إذَا تَلِفَ الرَّهْنُ بَعْدَ نُكُولِ الْمُرْتَهِنِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إلَّا مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ الدَّيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ: إنَّ الْمُتَرَاهِنَيْنِ إذَا تَنَاكَلَا وَقَدْ ضَاعَ الرَّهْنُ، وَكَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ فَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَدَيْنِي فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا وَقَالَ الرَّاهِنُ

(262/5)

. . . .

[المنتقى]

قِيمَةُ الرَّهْنِ عِشْرُونَ دِينَارًا وَدَيْنُك فِيهِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُرْتَهِنِ صِفْهُ؛ لِأَنَّهُ الْغَارِمُ فَإِذَا وَصَفَهُ حَلَفَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ إذَا كَانَتْ أَدْوَنَ مِنْ الَّذِي ادَّعَاهَا الرَّاهِنُ ثُمَّ قَوَّمَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ تِلْكَ الصِّفَةَ الَّتِي حَلَفَ عَلَيْهَا الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ إنْ كَانَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِنْ الْعِشْرِينَ الَّتِي ادَّعَاهَا الْمُرْتَهِنُ مِنْ الدَّيْنِ أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ عَنْ دَيْنِهِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَا ثَبَتَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ بِإِقْرَارِ الْمُرْتَهِنِ وَيَمِينِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا ثَبَتَ مِنْ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ فَكَانَا سَوَاءً فِي الشَّهَادَةِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ؛ لِيَسْقُطَ عَنْهُ مَا ادَّعَاهُ الرَّاهِنُ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ زَائِدًا عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعِي فِيهِ الْمُرْتَهِنُ أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي يَدَّعِيهِ ثُمَّ قَاصُّوهُ بِذَلِكَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ يُرِيدُ إذَا كَانَ الدَّيْنُ مِنْ جِنْسِ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ لَا يُعْلَمُ ضَيَاعُهُ إلَّا بِقَوْلِ الْمُرْتَهِنِ، وَكَانَ أَصْلُ الدَّيْنِ مِنْ سَلَمٍ رُوعِيَ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ يَجُوزُ أَخْذُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِ الْمُسَلِّمِ وَيَجُوزُ أَخْذُهُ مِنْ الْمُسَلَّمِ فِيهِ فَإِنْ كَانَ الْأَمْرَانِ جَائِزَيْنِ صَحَّتْ الْمُقَاصَّةُ، وَإِنْ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا امْتَنَعَتْ الْمُقَاصَّةُ مِثَالُ

ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ دَنَانِيرَ وَرَأْسُ مَالِ الْمُسَلِّمِ دَرَاهِمَ فَلَا يَجُوزُ الْمُقَاصَّةُ؛ لِأَنَّ مَا أَظْهَرَاهُ مِنْ السَّلَمِ مُلْغًى وَمَا آلَ أَمْرُهُمَا إلَى سَلَمِ دَرَاهِمَ فِي دَنَانِيرَ فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ وَرَأْسُ مَالِ السَّلَمِ دَنَانِيرَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَكَانَ الرَّهْنُ أَكْثَرَ لَمْ تَجُزْ الْمُقَاصَّةُ؛ لِأَنَّ مَآلَ أَمْرِهِمَا إلَى سَلَمِ دَنَانِيرَ فِي أَكْثَرَ مِنْهَا، وَإِنْ كَانَتْ دَنَانِيرُ الرَّهْنِ مِثْلَ دَنَانِيرَ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ أَوْ أَقَلَّ صَحَّتْ الْمُقَاصَّةُ لِتَبْعُدَ التُّهْمَةُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ عَرَضًا مِنْ جِنْسِ مَا سَلَّمَ فِيهِ قَلَّ أَوْ كَثُرَ أَجْوَدَ أَوْ أَرْدَأَ لَمْ تَجُزْ الْمُقَاصَّةُ قَبْلَ الْأَجَلِ؛ لِمَا يَدْخُلُهُ مِنْ ضَعْ وَتَعَجَّلْ أَوْ الزِّيَادَةُ لِحَطِّ الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ عَدَدًا وَجَوْدَةً فَلَا بَأْسَ بِهِ وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ عَرَضًا مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجُزْ أَفْضَلُ جُودَةً وَلَا عَدَدًا وَلَا أَقَلُّ جُودَةً وَعَدَدًا، وَإِنْ حَلَّ الْأَجَلُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرَضًا، وَالرَّهْنُ عَرَضًا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ: يَجُوزُ أَنْ يَتَقَاصَّا بَعْدَ الْمَعْرِفَةِ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ وَهَذَا أَصْلٌ مُتَنَازَعٌ فِيهِ، وَهَلْ يُرَاعَى فِي ذَلِكَ قِيمَةُ الرَّهْنِ إنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَيْنًا قَالَ أَحْمَدُ بْنُ مُيَسَّرٍ: إنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ لَمْ يَجُزْ وَيَجُوزُ إنْ كَانَتْ مِثْلَهُ فَأَقَلَّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْقِيمَةَ عَيْنٌ مِنْ جِنْسٍ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فَيَدْخُلُهُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا وَقَدْ أَنْكَرَ هَذَا غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ الرَّهْنُ بَاقِيًا فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ سَلَفِ عَشَرَةِ دَنَانِيرَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنُهُ قَدْ تَلِفَتْ وَلَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ بَعُدَتْ التُّهْمَةُ بَلْ اسْتَحَالَتْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِيمَا فَضَلَ مِنْ الدَّيْنِ عَنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ مُدَّعٍ فِيمَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ فَإِذَا حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ، وَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ ذَلِكَ مَعَ قِيمَةِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى إثْبَاتِ ذَلِكَ لَمَّا لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ فِي إثْبَاتِ مَا يُقَابِلُ مِنْ دَيْنِهِ قِيمَةَ الرَّهْنِ فَأُضِيفَ إلَيْهَا الْيَمِينُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ زِيَادَةً مِنْ الرَّهْنِ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ وَجُعِلَتْ يَمِينًا وَاحِدَةً لِئَلَّا يَكُونَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فِي حَقٍّ وَاحِدٍ مَعَ إمْكَانِ إفْرَادِهَا وَجَمْعِهَا لَكِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَتَقَدَّمْ لَهُ مَا يُقَوِّي دَعْوَاهُ فِي الزِّيَادَةِ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهَا فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ أَسْقَطَ عَنْ نَفْسِهِ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَإِنْ نَكَلَ قَوَّى نُكُولُهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ يَمِينِ الْمُرْتَهِنِ بِهَا فَحُكِمَ لَهُ بِذَلِكَ وَتَقَدَّمَتْ يَمِينُ الْمُرْتَهِنِ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ عَلَى نُكُولِ الرَّاهِنِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَذَكَرَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَمِينَيْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ إحْدَاهُمَا عَلَى الصِّفَةِ وَالثَّانِيَةَ عَلَى إثْبَاتِ الدَّيْنِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُمَا يَلْزَمَانِهِ مُنْفَصِلَيْنِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْيَمِينَ الْأَوَّلَ تَجِبُ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ تَجِبَ الثَّانِيَةُ وَلَا يُمْكِنُ النَّظَرُ فِي أَسْبَابِ الثَّانِيَةِ إلَّا بَعْدَ إنْفَاذِ الْيَمِينِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الْأُولَى تَجِبُ لِإِثْبَاتِ الصِّفَاتِ وَلَا تَجِبُ الثَّانِيَةُ

الْقَضَاءُ فِي كِرَاءِ الدَّابَّةِ وَالتَّعَدِّي بِهَا (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرِي الدَّابَّةَ إلَى الْمَكَانِ الْمُسَمَّى ثُمَّ يَتَعَدَّى ذَلِكَ الْمَكَانَ وَيَتَقَدَّمُ أَنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يُخَيَّرُ فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إلَى الْمَكَانِ الَّذِي تَعَدَّى بِهَا إلَيْهِ أُعْطَى ذَلِكَ وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنْ الْمَكَانِ الَّذِي تَعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِي وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ إنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ الْبَدْأَةَ فَإِنْ كَانَ اسْتَكْرَاهَا ذَاهِبًا وَرَاجِعًا ثُمَّ تَعَدَّى حِينَ بَلَغَ الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إلَيْهِ فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِي الْبَدْأَةِ وَنِصْفُهُ فِي الرَّجْعَةِ فَتَعَدَّى الْمُتَعَدِّي بِالدَّابَّةِ وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إلَيْهِ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِي ضَمَانٌ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرَى إلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدِّي، وَالْخِلَافُ لِمَا أُخِذَ وَالدَّابَّةُ عَلَيْهِ قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَنْ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا مِنْ صَاحِبِهِ فَقَالَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ لَا تَشْتَرِ بِهِ حَيَوَانًا وَلَا سِلَعًا كَذَا، وَكَذَا لِسِلَعٍ يُسَمِّيهَا وَيَنْهَاهُ عَنْهَا وَيُكْرَهُ أَنْ يَضَعَ مَالَهُ فِيهَا فَيَشْتَرِي الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَضْمَنَ الْمَالَ وَيَذْهَبَ بِرِبْحِ صَاحِبِهِ فَإِذَا صَنَعَ ذَلِكَ فَرَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ إنْ أَحَبَّ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا بَيْنَهُمَا مِنْ الرِّبْحِ فَعَلَ، وَإِنْ أَحَبَّ لَهُ رَأْسُ مَالِهِ ضَامِنًا عَلَى الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ وَتَعَدَّى قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يُبْضِعُ مَعَهُ الرَّجُلُ الْبِضَاعَةَ فَيَأْمُرُهُ صَاحِبُ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ سِلْعَةً بِاسْمِهَا فَيُخَالِفُ فَيَشْتَرِي بِبِضَاعَتِهِ غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ فَإِنَّ صَاحِبَ الْبِضَاعَةِ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ إنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتَرَى بِمَالِهِ أَخَذَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ ضَامِنًا لِرَأْسِ مَالِهِ فَذَلِكَ لَهُ)

[المنتقى]

بَعْدُ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ الرَّهْنِ إنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الرَّاهِنُ فَلَا مَعْنَى لِيَمِينِ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْتَلِبُ بِهَا مَنْفَعَةً، وَلَا يُقْضَى لَهُ بِيَمِينِهِ، وَلَا يُنْظَرُ فِي الْقِيمَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ يَمِينِ الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ صِفَةِ الرَّهْنِ بِيَمِينِ الْمُرْتَهِنِ الَّذِي هُوَ الْغَارِمُ فَإِذَا ثَبَتَتْ الصِّفَاتُ بِيَمِينِهِ قُوِّمَتْ تِلْكَ الصِّفَاتُ فَإِذَا ثَبَتَتْ قِيمَتُهَا، وَكَانَتْ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الرَّاهِنُ أُسْتُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ ذِكْرَ مَا يَتَنَاوَلُهُ الْيَمِينُ مِنْ الْمَعْنَيَيْنِ الْمَذْكُورِينَ، وَلَكِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُفَرِّقَهُمَا بَلْ لَهُ أَنْ يَجْمَعَهُمَا فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ لَكِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ تُقَوَّمَ الصِّفَةُ الَّتِي يُقِرُّ بِهَا الْمُرْتَهِنُ فَإِذَا عَلِمَ أَنَّهَا أَقَلُّ مِنْ الدَّيْنِ حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ يَمِينًا وَاحِدَةً يَنْفِي بِهَا مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ مَا زَادَ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ الرَّاهِنُ وَتَقَدَّمَهَا لِنُكُولِ الرَّاهِنِ فِيمَا ادَّعَاهُ الْمُرْتَهِنُ مِنْ الدَّيْنِ زِيَادَةٌ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِهِ عِنْدِيّ،

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي كِرَاءِ الدَّابَّةِ وَالتَّعَدِّي بِهَا]

(ش) : قَوْلُهُ فِيمَنْ يَكْتَرِي الدَّابَّةَ إلَى مَكَان مُسَمًّى ثُمَّ يَتَعَدَّاهُ بِالتَّقَدُّمِ أَمَامَهُ فَإِنَّ لِرَبِّ الدَّابَّةِ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي تَعَدَّى إلَيْهِ مَعَ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ وَيَأْخُذُ دَابَّتَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ كَانَتْ لَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنْ الْمَكَانِ الَّذِي تَعَدَّى مِنْهُ الْمُكْتَرِي، وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا تَعَدَّى بِالدَّابَّةِ، وَزَادَ عَلَى الْمَكَانِ الَّذِي اكْتَرَى إلَيْهِ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّعَدِّي، وَلَحِقَهُ الضَّمَانُ، وَذَلِكَ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَرُدَّ

(264/5)

. . . .

[المنتقى]

الدَّابَّةَ الْمُكْتَرِي عَلَى حَالِهَا وَالثَّانِي: أَنْ يَرُدَّهَا وَقَدْ تَغَيَّرَتْ فَإِنْ رَدَّهَا عَلَى حَالِهَا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ أَمْسَكَهَا فِي تَعَدِّيهِ إمْسَاكًا يَسِيرًا أَوْ كَثِيرًا فَإِنْ كَانَ إنَّمَا أَمْسَكَهَا يَوْمًا أَوْ أَيَّامًا يَسِيرَةً فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الْيَوْمُ وَشِبْهُهُ قَالَ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْبَرِيدِ وَالْبَرِيدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ اكْتَرَاهَا بِالْأَيَّامِ ثُمَّ أَمْسَكَهَا أَيَّامًا زَائِدَةً عَلَى أَيَّامِ الْكِرَاءِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا لَهُ الْكِرَاءُ فِي أَيَّامِ التَّعَدِّي مَعَ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّابَّةَ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهَا التَّعَدِّي فِي عَيْنٍ وَلَا قِيمَةٍ وَلَا فَوَاتِ أَسْوَاقٍ فَلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُهَا وَعَلَيْهِ قِيمَةُ كِرَائِهَا فِي الْأَيَّامِ الزَّائِدَةِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ حَبَسَهَا الْأَيَّامَ الْكَثِيرَةَ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: الشَّهْرُ.

وَقَالَ فِي الْوَاضِحَةِ مِثْلُ شَهْرٍ وَنَحْوِهِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: أَيَّامًا كَثِيرَةً كَحَوْلٍ وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ فَصَاحِبُهَا مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ، وَكِرَاءِ مَا تَعَدَّى بِحَبْسِهَا فِيهِ وَبَيْنَ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ وَيُضَمِّنُهُ قِيمَةَ دَابَّتِهِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ فِي الْوَاضِحَةِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ غَصَبَهُ مَنَافِعَ الدَّابَّةِ دُونَ الرَّقَبَةِ، وَمِنْ مَنَافِعِهَا بَيْعُهَا فِي أَسْوَاقِهَا،

وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ فِيهَا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ بَيْعِهَا.

(فَرْعٌ) وَمِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَوْ غَصَبَهُ رَقَبَتَهَا وَحَبَسَهَا شَهْرًا أَوْ أَشْهُرًا ثُمَّ رَدَّهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلَمْ تَتَغَيَّرْ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدَّابَّةِ أَنْ يُلْزِمَهُ قِيمَتَهَا وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ: أَنَّهُ لَمَّا غَصَبَهُ رَقَبَتَهَا سَقَطَتْ عَنْهُ مَنَافِعُهَا لِضَمَانِهِ رَقَبَتِهَا فَإِذَا لَمْ يَغْصِبْهُ رَقَبَتَهَا وَاسْتَخْدَمَهَا جَوْرًا وَظُلْمًا لَزِمَهُ الْكِرَاءُ فِيمَا رَكِبَهَا فِيهِ وَاسْتَخْدَمَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: عَلَيْهِ كِرَاؤُهَا فِيمَا حَبَسَهَا فِيهِ مِنْ عَمَلٍ أَوْ حَبْسٍ بِغَيْرِ عَمَلٍ وَقَدْ بَسَطْنَا الْقَوْلَ فِي هَذَا فِي شَرْحِ الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: إنْ كَانَ مَعَهُ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهَا فَكَأَنَّهُ رَاضٍ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مِصْرِهِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا، وَكِرَاءِ الْمُدَّةِ الْأُولَى، وَلَهُ فِي بَاقِي الْأَيَّامِ الْأَكْثَرُ مِنْ حِسَابِ ذَلِكَ الْيَوْمِ أَوْ قِيمَةِ كِرَائِهَا فِيمَا حَبَسَهَا فِيهِ مِنْ عَمَلٍ أَوْ حَبْسٍ بِغَيْرِ عَمَلٍ، وَقَدْ بَسَطْنَا الْقَوْلَ عَلَى هَذَا فِي شَرْحِ الْمُدَوَّنَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ كِرَاءَ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَقِيمَتَهَا يَوْمَ حَبْسِهَا وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّ إمْسَاكَهَا لَمَّا كَانَ بِغَيْرِ عَقْدِ كِرَاءٍ لَزِمَهُ كِرَاءُ الْمِثْلِ فِي مِثْلِ مَا حَبَسَهَا فِيهِ كَمَا لَوْ تَعَدَّى بِاسْتِخْدَامِهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْجَارٍ وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّهُ إذَا كَانَ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ قَدْ تَغَابَنَ فِيهِ، فَالثَّانِي لَا يَلْزَمُهُ فِيهِ غَبْنٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْهُ، وَإِنْ كَانَ الْكِرَاءُ الثَّانِي بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ فَالْمُتَعَدِّي قَدْ رَضِيَ بِهِ حِينَ اسْتَدَامَ الْعَمَلَ بَعْدَهُ بِغَيْرِ إذْنِ رَبِّهِ وَبِنَحْوِ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِرَاءِ الْمِثْلِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا كِرَاءَ لِصَاحِبِ الدَّابَّةِ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ قَدْ غَصَبَ الْمَنَافِعَ فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا كَالْأَعْيَانِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ إنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ الْبَدْأَةَ، وَإِنْ كَانَ اسْتَكْرَاهَا ذَاهِبًا وَرَاجِعًا ثُمَّ تَعَدَّى حِينَ بَلَغَ الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إلَيْهِ الدَّابَّةَ مِنْ مِصْرَ إلَى بُرْقَةَ فَلَمَّا بَلَغَ بُرْقَةَ تَعَدَّى عَلَيْهَا فَإِنَّ صَاحِبَ الدَّابَّةِ لَهُ الْكِرَاءُ كُلُّهُ إلَى بُرْقَةَ ثُمَّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْخِيَارُ فِي أَخْذِ قِيمَةِ الدَّابَّةِ مَعَ الْكِرَاءِ إلَى بُرْقَةَ ذَاهِبًا وَرَاجِعًا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نِصْفُهَا لِلْبَدْأَةِ وَنِصْفُهَا لِلْعَوْدَةِ ثُمَّ يَكُونُ الْخِيَارُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ النِّصْفَ فِي الْبَدْأَةِ وَالنِّصْفَ فِي الْعَوْدَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ قِيمَتَهُمَا سَوَاءٌ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الْمَسَافَةِ، وَهُوَ الْغَالِبُ مِنْ أَحْوَالِ الْمَسَافَةِ، وَلَوْ اخْتَلَفَتْ قِيمَةُ الْكِرَاءِ عِنْدَ النَّاسِ فِي الْبَدْأَةِ أَوْ الْعَوْدَةِ لَلَزِمَ التَّقْوِيمُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ رَدَّهَا وَقَدْ تَغَيَّرَتْ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ تَغَيَّرَتْ تَغَيُّرًا كَثِيرًا أَوْ هَلَكَتْ فَإِنْ تَغَيَّرَتْ تَغَيُّرًا شَدِيدًا فَفِي الْوَاضِحَةِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ رَدَّ الدَّابَّةَ، وَلَمْ يُمْسِكْهَا إلَّا أَيَّامًا يَسِيرَةً فَلَا شَيْءَ لِرَبِّ الدَّابَّةِ غَيْرَ كِرَائِهَا فِي تِلْكَ الْأَيَّامِ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ كِرَائِهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ عَطِبَتْ فِي مُدَّةِ التَّعَدِّي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَالتَّعَدِّي يَكُونُ فِي حَبْسِهَا بِقَدْرٍ مِنْ الْكِرَاءِ، وَيَكُونُ فِي أَنْ يَتَعَدَّى بِهَا مَكَانَ الْكِرَاءِ، وَيَكُونُ

(265/5)

. . . .

[المنتقى]

فِي أَنْ يَجْعَلَ عَلَيْهَا مَا لَمْ تُكْتَرَ لَهُ فَأَمَّا التَّعَدِّي بِتَجَاوُزٍ مِنْ الْكِرَاءِ فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَأَمَّا التَّعَدِّي بِتَجَاوُزِ مَسَافَةِ الْكِرَاءِ فَمِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ مِنْ مِصْرَ إلَى بُرْقَةَ فَيَرْكَبُهَا إلَى إفْرِيقِيَةَ فَهَذَا حُكْمُهُ فِي طُولِ الْإِمْسَاكِ، وَقَرَّبَهُ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى زَمَنِ الْكِرَاءِ إنْ رَدَّهَا سَالِمَةً فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إذَا لَمْ يُجَاوِزْ الْأَمَدَ إلَّا بِالْيَسِيرِ الَّذِي لَا خِيَارَ لِصَاحِبِهَا فِيهِ إذَا سَلِمَتْ فَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا إلَّا كِرَاءُ مَا زَادَ وَلَوْ زَادَ كَثِيرًا فِيهِ الْأَيَّامُ الَّتِي تَتَغَيَّرُ فِي مِثْلِهَا سُوقُهَا مِنْ رَبِّهَا إنْ رَدَّهَا الْمُتَعَدِّي سَالِمَةً عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ عَطِبَتْ فِي الْقَلِيلِ أَوْ الْكَثِيرِ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا.

(فَرْعٌ) وَلَوْ عَدَلَ عَنْ طَرِيقِهِ الْمِيلَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: هُوَ ضَامِنٌ وَصَاحِبُ الدَّابَّةِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ قِيمَةِ الدَّابَّةِ وَبَيْنَ كِرَائِهَا، وَكَذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي زِيَادَةِ الْمِيلِ وَالْمِيلَيْنِ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَقِيلَ إنَّهُ ضَامِنٌ وَلَوْ زَادَ خُطْوَةً، وَأَمَّا مَا يَعْدِلُ النَّاسُ إلَيْهِ مِنْ الرَّاحِلَةِ فَلَا يَضْمَنُ فِيهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا الْعُدُولَ مُعْتَادٌ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ الْعُدُولِ عَنْ الطَّرِيقِ لِلنُّزُولِ لِرَاحَةٍ وَغِذَاءٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَلَيْسَ هَذَا الْعُدُولُ بِتَعَدٍّ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ لَمْ يَعْطَبْ الْبَعِيرُ إلَّا بَعْدَ أَنْ رَجَعَ إلَى الْمَسَافَةِ الَّتِي اكْتَرَى لَهَا وَخَرَجَ سَالِمًا عَنْ مَسَافَةِ التَّعَدِّي فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ إنْ كَانَ لَمْ يُجَاوِزْ الْمَسَافَةَ إلَّا بِالْيَسِيرِ مِمَّا لَا خِيَارَ فِيهِ لِصَاحِبِهَا مَعَ السَّلَامَةِ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا كِرَاءُ الزِّيَادَةِ، وَأَمَّا إنْ زَادَ زِيَادَةً كَثِيرَةً أَيَّامًا تَتَغَيَّرُ فِيهَا أَسْوَاقُهَا فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا كَمَا لَوْ مَاتَتْ فِي مَسَافَةِ الزِّيَادَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَضْمَنُهَا، وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ يَسِيرَةً.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَهُوَ عِنْدَنَا غَلَطٌ مِنْ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ تَعَدَّى

فَتَسَلَّفَ مِنْ وَدِيعَةٍ عِنْدَهُ ثُمَّ رَدَّ فِيهَا مَا تَسَلَّفَهُ ثُمَّ تَلِفَتْ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ فَهَذَا مِثْلُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا لَهُ كِرَاءُ مَسَافَةِ التَّعَدِّي عَلَى قِيمَةِ كِرَاءِ مَا تَعَدَّى، وَلَيْسَ عَلَى قَدْرِ مَا تَكَارَى قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَوَجْهُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ عَمِلَ بِدَابَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَا عَقْدٍ بِقَدْرِ أُجْرَةِ الْعَمَلِ فَلَزِمَهُ كِرَاءُ مِثْلِهِ، أَصْلُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ بَيْنَهُمَا عَقْدُ كِرَاءٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا التَّعَدِّي فِي الْحَمْلِ فَعَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الزِّيَادَةُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ وَالثَّانِي: حَمْلُ غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ فَأَمَّا الزِّيَادَةُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِيمَنْ اكْتَرَى بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ فَحَمَلَ عَلَيْهِ أَحَدَ عَشَرَ قَفِيزًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي عَطَبِ الْبَعِيرِ إِذَا كَانَ الْقَفِيزُ يَسِيرًا لَا تَعْطَبُ مِنْهُ الدَّابَّةُ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ اكْتَرَى دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا أَرْطَالًا مُسَمَّاةً فَيَحْمِلَ أَكْثَرَ مِنْهَا فَعَطِبَتْ: إِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ يُعْطَبُ مِنْ مِثْلِهَا فَلِصَاحِبِ الدَّابَّةِ الْكِرَاءُ، وَكِرَاءُ الزِّيَادَةِ أَوْ قِيمَةُ الدَّابَّةِ يَوْمَ التَّعَدِّي دُونَ الْكِرَاءِ فَخُيِّرَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ يُعْطَبُ مِنْ مِثْلِ تِلْكَ الزِّيَادَةِ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، وَكِرَاءُ مَا تَعَدَّى فِيهِ وَقَالَ سَحْنُونٌ: إِنْ زَادَ فِي الْحَمْلِ وَلَوْ رَطْلًا وَاحِدًا ضَمِنَ.

(فَرْقٌ) قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْمَسَافَةِ أَنَّ مُجَاوَزَةَ الْمَسَافَةِ تَعَدٍّ كُلُّهُ فَلِذَلِكَ ضَمِنَهَا فِي قَلِيلِهِ، وَكَثِيرِهِ، وَزِيَادَةُ الْحَمْلِ إِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ تَعَدٍّ، وَإِذْنٌ فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ يُعْطَبُ مِنْ مِثْلِهَا ضَمِنَ، وَإِلَّا لَمْ يَضْمَنْ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ لَهُ كِرَاءَ الزِّيَادَةِ إِنْ شَاءَ فَفِي قَوْلِ مَالِكٍ لَهُ أَجْرُ مِثْلِ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ مَا بَلَغَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُ قَفِيزٍ مِنْ الْعَشَرَةِ الَّتِي اكْتَرَى عَلَيْهَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْقَفِيزُ الزَّائِدُ مِنْ سِعْرِهِ مَا أَكْرَى مِنْهُ الْعَشَرَةَ الْأَقْفِزَةَ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا غَبَنَ صَاحِبَهُ فِي عَقْدِ الْكِرَاءِ، وَإِنَّمَا لَهُ قِيمَةُ كِرَاءِ مِثْلِهِ مَا بَلَغَتْ الْقِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَقَدَّمْ فِيهِ عَقْدٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ مُرَاعَاةَ أُجْرَةِ حَمْلِهِ زَائِدًا عَلَى حَمْلِ الدَّابَّةِ؛ لِأَنَّهُ أَضَرَّ مِنْ غَيْرِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إِنْ حَمَلَ غَيْرَ الْجِنْسِ الَّذِي اتَّفَقَ مَعَهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ مَضَرَّتُهُ كَمَضَرَّةِ مَا تَكَارَى عَلَيْهِ أَوْ أَشَدَّ فَإِنْ كَانَتْ مِثْلَ مَضَرَّتِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَتَعَيَّنُ عِنْدَ مَالِكٍ إِلَّا بِجِنْسِ الْمَضَرَّةِ، وَلَوْ

اكْتَرَى رَجُلٌ مِنْ حَمَّالٍ عَلَى حَمْلٍ بِعَيْنِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يُبْدِلَهُ بِمِثْلِهِ مِمَّا مَضَرَّتُهُ مِثْلُ مَضَرَّتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ بَدَلُهُ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ ضَرَرًا

(266/5)

. . . .

[المنتقى]

مِنْهُ فَالْمُرَاعَى فِي ذَلِكَ مَا يَضْغَطُ بِثِقَلِهِ جَانِبَيْ الدَّابَّةِ وَيَضُرُّ بِهَا أَوْ الْجَفَاءُ وَعِظَمُ الْحَمْلِ الَّذِي يَجْفُو عَلَى الدَّابَّةِ وَيَضُرُّ بِهَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَإِنْ كَانَ اكْتَرَى عَلَى حَمْلٍ وَحَمَلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنْهُ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ فَعَطِبَتْ الدَّابَّةُ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ فِي الْمَضَرَّةِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ: فِيمَنْ اكْتَرَى بَعِيرًا لِحَمْلِ خَمْسِمِائَةِ رَطْلِ بُرٍّ فَحَمَلَ عَلَيْهِ بِوَزْنِهِ ذَهَبًا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ أَضَرَّ بِالْبَعِيرِ قَالَ مَالِكٌ: وَلَهُ أَنْ يُكْرِيَهُ مِمَّنْ يَحْمِلُ عَلَيْهِ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ خِلَافَ مَا سَمَّى فَيَحْمِلُ الْقُطْنَ بِوَزْنِ مَا سَمَّى مِنْ الْبُرِّ، وَلَا يَحْمِلُ بِوَزْنِهِ مَا هُوَ أَضُرُّ مِنْهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْأَحْمَالِ وَأَمَّا الرَّاكِبُ فَقَدْ يَخْتَلِفُ حَالُهُ بِاخْتِلَافِ أَخْلَاقِ النَّاسِ مَعَ تَسَاوِي أَجْسَامِهِمْ فَمِنْهُمْ مَنْ فِيهِ رِفْقٌ وَمِنْهُمْ مَنْ فِيهِ عُنْفٌ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُكْرِيَ الرَّجُلُ دَابَّةً فَيَحْمِلُ عَلَيْهَا غَيْرَهُ فَقَدْ يَكُونُ الرَّاكِبُ أَخَفَّ مِنْ الْمُكْتَرِي وَلَعَلَّهُ أَخْرَقَ فِي الرُّكُوبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا مَنْ هُوَ فِي مِثْلِهِ فِي الثِّقَلِ وَالْحَالِ وَالرُّكُوبِ لَمْ يَضْمَنْ وَلَمْ يَكُنْ مَالِكٌ يَقِفُ عَلَى قَوْلِهِ هَذَا وَقَوْلُهُ الْمَعْرُوفُ الَّذِي ثَبَتَ عَلَيْهِ أَنَّ لَهُ أَنْ يُكْرِيَهَا مِنْ مِثْلِهِ فِي حَالِهِ وَخِفَّتِهِ فَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا مَنْ هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ أَوْ غَيْرُ مَأْمُونٍ فَهُوَ ضَامِنٌ وَالْخِلَافُ الَّذِي أَشَارَ إلَيْهِ إنَّمَا هُوَ عِنْدِي فِي ابْتِدَاءِ الْكِرَاءِ فَقَدْ اسْتَثْقَلَ مَالِكٌ لِمَنْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبِهِ أَنْ يُكْرِيَهَا مِنْ غَيْرِهِ إلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقِيمَ فَقَدْ جَوَّزَهُ مَالِكٌ أَيْضًا، وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ فِي الْأَحْمَالِ.

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ مَعَهَا صَاحِبُهَا يَتَوَلَّى سَوْقَهَا وَالْحَمْلَ عَلَيْهَا وَالْحَطَّ عَنْهَا فَأَمَّا إنْ كَانَ يُسَلِّمُهَا إلَى الْمُكْتَرِي فَلَهُ مَنْعُهُ مِنْ الْكِرَاءِ مِنْ غَيْرِهِ لِاخْتِلَافِ سَوْقِ النَّاسِ وَرِفْقِهِمْ وَحِيَاطَتِهِمْ وَتَضْيِيعِهِمْ لَهَا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَرَادَ مَنْ اكْتَرَى شَقَّ مَحْمَلٍ أَنْ يُعَقِّبَ آخَرَ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ لِلْجَمَّالِ مَنْعُهُ قَالَ أَصْبَغُ إنْ أَعْقَبَ رَاكِبًا مُرِيحًا فَذَلِكَ، وَإِنْ أَعْقَبَ مَاشِيًا فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَضَرَّ وَأَثْقَلَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَكَذَلِكَ مَنْ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا فَقَالَ إنَّ رَبَّ الْمَالِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا أَوْ يَكُونَ لَهُ رَأْسُ مَالِهِ يَضْمَنُهُ الْمُتَعَدِّي، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَظْهَرَ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَ مَا اشْتَرَى أَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ الْبَيْعِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْوَاضِحَةِ: يُبَاعُ عَلَيْهِ مَا نَهَى عَنْ شِرَائِهِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ فَهُوَ عَلَى الْقِرَاضِ، وَإِنْ كَانَ نُقْصَانٌ ضَمِنَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ ضَمَّنَهُ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَتَرَكَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَى ذَلِكَ لَهُ عَلَى الْقِرَاضِ فَجَعَلَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ مُخَيَّرًا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ أَحَدُهُمَا: أَنْ يُعَجِّلَ بَيْعَ السِّلْعَةِ فَيَكُونُ رِبْحُهَا عَلَى الْقِرَاضِ وَخَسَارَتُهَا عَلَى الْعَامِلِ الْمُتَعَدِّي وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يُعَجِّلَ تَضْمِينَهُ إيَّاهَا وَيَأْخُذَ مِنْهُ الْمَالَ الَّذِي سَلَّمَهُ إلَيْهِ وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: أَنْ يَبْقَى ذَلِكَ عَلَى الْقِرَاضِ وَذَكَرَ فِي أَصْلِ الْمُوَطَّأِ وَجْهَيْنِ التَّضْمِينَ أَوْ الْإِبْقَاءَ عَلَى حُكْمِ الْقِرَاضِ الَّذِي كَانَا عَقَدَاهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا إنَّمَا هُوَ فِي تَعْجِيلِ الْبَيْعِ، وَأَنَّهُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِمَا ظَهَرَ مِنْ تَعَدِّي الْعَامِلِ، وَلَوْ اشْتَرَى مَا أُمِرَ بِهِ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَيْهِ تَعْجِيلُ بَيْعٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: إنَّ رَبَّ الْمَالِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا بَيْنَهُمَا مِنْ الرِّبْحِ يُرِيدُ إنْ كَانَا شَرَطَا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا الرِّبْحُ بِنِصْفَيْنِ فَهُوَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَا الْأَقَلَّ لِأَحَدِهِمَا وَالْأَكْثَرَ لِلْآخَرِ كَالثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَجْزَاءِ فَإِنْ أَحَبَّ صَاحِبُ الْمَالِ أَنْ يُقِرَّ السِّلْعَةَ عَلَى الْقِرَاضِ فَإِنَّمَا يُقِرُّهَا عَلَى الْأَجْزَاءِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ حَتَّى بَاعَ السِّلْعَةَ فَفِي الْوَاضِحَةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْمَالَ عَلَى الْقِرَاضِ فَإِنْ بِيعَتْ بِنَقْصٍ ضَمِنَهُ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ كَانَ فِي ذَلِكَ رِبْحٌ فَهُوَ عَلَى شَرْطِهِمَا فِي الْقِرَاضِ، وَإِنْ كَانَتْ وَضِيعَةً ضَمِنَهُ الْعَامِلُ الْمُتَعَدِّي؛ لِأَنَّهَا لَمَّا بِيعَتْ بِمِثْلِ الْعَيْنِ الَّذِي

الْقَضَاءُ فِي الْمُسْتَكْرَهَةِ مِنْ النِّسَاءِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ قَضَى فِي امْرَأَةٍ أُصِيبَتْ مُسْتَكْرَهَةً بِصَدَاقِهَا عَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَغْتَصِبُ الْمَرْأَةَ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا أَنَّهَا إنْ كَانَتْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسْلِمَهُ)

[المنتقى]

هُوَ رَأْسُ مَالِ الْقِرَاضِ ظَهَرَ الرِّبْحُ فِيهِ وَالْوَضِيعَةُ، فَلِرَبِّ الْمَالِ حِصَّتُهُ مِنْ الرِّبْحِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ وَعَلَى الْعَامِلِ جَمِيعُ الْوَضِيعَةِ؛ لِأَنَّهَا بِسَبَبِ تَعَدِّيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ نَهَاهُ عَنْ الْعَمَلِ بِالْمَالِ وَهُوَ عَيْنٌ بَعْدُ فَعَمِلَ بِهِ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدِ بْنِ الْمَوَّازِ وَابْنِ حَبِيبٍ أَنَّ الرِّبْحَ لِلْعَامِلِ وَالْوَضِيعَةَ عَلَيْهِ كَالْوَدِيعَةِ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ مَا لَمْ يُقِرَّ أَنَّهُ اشْتَرَى السِّلْعَةَ بِاسْمِ الْقِرَاضِ فَإِنْ أَقَرَّ بِهَا فَالرِّبْحُ عَلَى شَرْطِ الْقِرَاضِ، وَلَا يُخْرِجُهُ مَا لَمْ يُفَوِّتْ بِذَلِكَ غَرَضًا فَإِنْ فَوَّتَ غَرَضًا كَانَ لِصَاحِبِهِ فِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يُبْضِعُ مَعَهُ لِيَشْتَرِيَ سِلْعَةً مُسَمَّاةً فَيَشْتَرِيَ غَيْرَهَا فَإِنَّ لِصَاحِبِ الْبِضَاعَةِ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتَرَى بِمَالِهِ أَوْ يُضَمِّنَهُ إيَّاهُ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُبْضِعَ مَعَهُ قَدْ تَعَدَّى عَلَى الْبِضَاعَةِ وَمَنَعَ صَاحِبَهَا غَرَضَهُ مِنْهَا وَأَرَادَ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالِانْتِفَاعِ بِهَا دُونَ صَاحِبِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَعْلَمَ بِتَعَدِّيهِ قَبْلَ بَيْعِ مَا اشْتَرَى بِهِ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنْ عَلِمَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهُ فَإِنَّهُ عَلَى مَا قَالَ يُخَيَّرُ رَبُّ الْبِضَاعَةِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ الَّتِي ابْتَاعَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ بِمَالٍ وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ ثَمَنَهَا، وَإِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ بَعْدَمَا بَاعَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ السِّلْعَةَ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الرِّبْحَ لِلْمُبْضِعِ مَعَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ضَمِنَ الْبِضَاعَةَ قَالَ عِيسَى أَمَرَنِي ابْنُ الْقَاسِمِ أَنْ أَضْرِبَ عَلَيْهَا وَأُوقِفَهَا وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إنْ كَانَ فِي ثَمَنِهَا رِبْحٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبِضَاعَةِ، وَإِنْ كَانَ نَقْصٌ فَعَلَى الْمُبْضِعِ مَعَهُ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ جِنْسٍ مَخْصُوصٍ فَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ بِشِرَائِهِ مَا اشْتَرَى لِنَفْسِهِ فَلَمْ يُوجَدْ مِنْ الْمُبْضِعِ مَعَهُ إلَّا الِاسْتِبْدَادُ بِتِلْكَ الْمَنْفَعَةِ كَالْوَدِيعَةِ وَبِهَذَا خَالَفَ الْعَامِلَ فِي الْقِرَاضِ فَإِنْ قَصَدَ رَبُّ الْمَالِ الرِّبْحَ فَلَمَّا خَالَفَهُ الْعَامِلُ أَرَادَ الِاسْتِبْدَادَ بِالرِّبْحِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَكَانَ لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيهِ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: أَنَّ رَبَّ الْبِضَاعَةِ قَدْ

أَمَرَهُ بِتَصْرِيفِهَا فِي وَجْهٍ مَخْصُوصٍ فَإِذَا تَعَدَّى عَلَى الْبِضَاعَةِ وَأَرَادَ الِانْفِرَادَ بِالِانْتِفَاعِ بِهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ كَمَالِ الْقِرَاضِ وَبِهَذَا يُخَالِفُ الْوَدِيعَةَ فَإِنَّ الْوَدِيعَةَ لَمْ يَأْمُرْهُ بِتَصْرِيفِهَا لَهُ فِي مَعْنًى مِنْ الْمَعَانِي، وَإِنَّمَا أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا وَهَذَا الْغَرَضُ لَا يَفُوتُهُ بِتَصْرِيفِهَا فِيمَا اشْتَرَى بِهِ لِنَفْسِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الْوَدِيعَةِ أَخْذُ مَا اشْتَرَى بِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَاعَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ مَا اشْتَرَى بِالْبِضَاعَةِ ثُمَّ رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا أَوْ اشْتَرَى بِهَا مَا أَمَرَهُ بِهِ فَتَلِفَ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ بِرَدِّهَا.

وَقَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَيْسَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَى الْمُبْضِعُ مَعَ سِلَعِهِ لِنَفْسِهِ بِالْبِضَاعَةِ مَا بَاعَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أُمِرَ بِالشِّرَاءِ فِيهِ وَعَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أُمِرَ بِهِ فَلَمْ يَفُتْ الشِّرَاءُ فَكَانَ لِهَذِهِ الْبِضَاعَةِ حُكْمُ الْوَدِيعَةِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ تَسَلَّفَهَا وَصَيَّرَهَا فِي ضَمَانِهِ فَلَمَّا رَدَّهَا قَبْلَ فَوَاتِ مَا أُمِرَ بِهِ سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي حَاجَتِهِ إلَى الْبَيِّنَةِ فِي رَدِّ ذَلِكَ إلَى حَالِ الْوَدِيعَةِ وَقَدْ بَيَّنْت ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[الْقَضَاءُ فِي الْمُسْتَكْرَهَةِ مِنْ النِّسَاءِ]

(ش) : الْمُسْتَكْرَهَةُ لَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ حُرَّةً أَوْ أَمَةً فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَلَهَا صَدَاقُ مِثْلِهَا عَلَى مَنْ اسْتَكْرَهَهَا وَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ مَذْهَبُ اللَّيْثِ وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –

(268/5)

. . . .

[المنتقى]

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ: عَلَيْهِ الْحَدُّ دُونَ الصَّدَاقِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْحَدَّ وَالصَّدَاقَ حَقَّانِ أَحَدُهُمَا لِلَّهِ وَالثَّانِي لِلْمَخْلُوقِ فَجَازَ أَنْ يَجْتَمِعَا كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَرَدِّهَا قَالَ مَالِكٌ: وَسَوَاءٌ كَانَتْ حُرَّةً مُسْلِمَةً أَوْ ذِمِّيَّةً أَوْ صَغِيرَةً افْتَضَّهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ افْتَضَّهَا بِأُصْبُعِهِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ افْتَضَّ بِكْرًا بِأُصْبُعِهِ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ كَبِيرَةٌ أَنَّهَا كَالْجَائِفَةِ وَفِي ذَلِكَ ثُلُثُ دِيَتِهَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَأَحَبُّ مَا فِيهِ إلَيَّ أَنْ يَنْظُرَ إلَى قَدْرِ مَا نَقَصَهَا ذَلِكَ عِنْدَ الْأَزْوَاجِ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَهْرُ مِثْلِهَا بِكْرًا مِائَةً وَمَهْرُ مِثْلِهَا ثَيِّبًا خَمْسُونَ فَيُؤَدِّي مَا نَقَصَ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ؛ لِأَنَّهُ جُرْحٌ وَلَيْسَ بِوَطْءٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الَّذِي افْتَضَّهَا صَبِيًّا فَافْتَضَّ صَغِيرَةً بِذَكَرِهِ أَوْ أُصْبُعِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: فِيهِ فِي قَوْلِنَا الِاجْتِهَادُ بَعْدَ رَأْيِ الْإِمَامِ وَرَأْيِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ وَقَدْ حَكَمَ فِيهِ عَبْدُ الْمَلِكِ بِأَرْبَعِينَ دِينَارًا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ جُرْحٌ فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَشِينُ وَيُزَهِّدُ فِي الْمَرْأَةِ، وَإِنْ لَمْ يَشِنْ الْجَسَدَ فَلِذَلِكَ صُرِفَ الْأَمْرُ فِيهِ إلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ النِّسَاءَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ كَبِيرَةٍ وَصَغِيرَةٍ لَا تُمَيِّزُ وَصَغِيرَةٍ تُمَيِّزُ فَأَمَّا الْكَبِيرَةُ فَهَذَا حُكْمُهَا إنْ أُكْرِهَتْ وَأَمَّا إنْ أَمْكَنَتْ مِنْ نَفْسِهَا فَعَلَيْهَا الْحَدُّ وَلَا شَيْءَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا أَبَاحَتْ ذَلِكَ مِنْ نَفْسِهَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ الَّتِي تُمَيِّزُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ سَحْنُونٍ عَنْ أَشْهَبَ فِي الصَّبِيَّةِ تُمَكِّنُ مِنْ نَفْسِهَا رَجُلًا فَيَطَؤُهَا فَإِنْ كَانَ مِثْلُهَا يُخْدَعُ فَلَهَا الصَّدَاقُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهَا لَا يُخْدَعُ فَلَا صَدَاقَ لَهَا، وَإِنْ لَمْ تَحِضْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَبِمَاذَا يَثْبُتُ الْإِكْرَاهُ إنْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً بِهِ فَهُوَ أَقْوَى مَا فِيهِ، وَهَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ، وَلَا يَثْبُتُ هَذَا إلَّا بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ أَنَّهُ زَنَا بِهَا مُكْرَهَةً فَهَذَا الَّذِي يَلْزَمُهُ الصَّدَاقُ لَهَا، وَيَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ بِشَهَادَتِهِمْ، وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: أَوْ دُونَ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا بِالْقَذْفِ قَالَ أَصْبَغُ: لِأَنَّهُمَا قَطَعَا عَلَيْهِ بِالْوَطْءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَلَكِنَّهُ شَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدَانِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ أَنَّهُمَا رَأَيَاهُ أَدْخَلَهَا مَنْزِلَهُ غَصْبًا فَغَابَ عَلَيْهَا فَقَالَتْ أَصَابَنِي فَقَالَ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَهَا الصَّدَاقُ عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهَا وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَلَا حَدَّ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى الشَّاهِدِينَ وَوَجْهُ ذَلِكَ قُوَّةُ الْأَمْرِ بِالْبَيِّنَةِ تَشْهَدُ بِاحْتِمَالِهَا مُكْرَهَةً وَالْمَغِيبُ عَلَيْهَا ثُمَّ مَا بَلَّغَتْهُ مِنْ فَضِيحَتِهَا فَقَوَّى ذَلِكَ دَعْوَاهَا وَاسْتَحَقَّتْ بَيِّنَتُهَا صَدَاقَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ نَظَرَ إلَيْهَا النِّسَاءُ فَأَلْفَيْنَهَا بِكْرًا فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ قَالَ أَمَّا أَشْهَبُ فَلَمْ يَرَ لَهَا شَيْئًا قَالَ أَصْبَغُ وَقَدْ قِيلَ لَهَا ذَلِكَ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ النِّسَاءِ فِي ذَلِكَ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ بِالْبَكَارَةِ تَبْطُلُ مَا ادَّعَتْهُ مِنْ إصَابَتِهِ إيَّاهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ النِّسَاءَ فِيمَا فِي أَرْحَامِهِنَّ مُؤْتَمَنَاتٌ وَالْحَرَائِرُ لَا يُنْظَرُ إلَيْهِنَّ

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ لَمْ يَشْهَدَا لَهَا بِالْإِكْرَاهِ، وَلَا بِاحْتِمَالِهَا وَالْمَغِيبِ عَلَيْهَا وَلَكِنْ جَاءَتْ مُتَعَلِّقَةً بِهِ وَهِيَ تَدْمَى إنْ كَانَتْ بِكْرًا أَوْ لَا تَدْمَى إنْ كَانَتْ ثَيِّبًا وَقَدْ فَضَحَتْ نَفْسَهَا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ وَغَيْرِهِ لَا تُحَدُّ هِيَ لِمَا رَمَتْهُ بِهِ وَلَمْ يُفَصِّلْ وَفِي ذَلِكَ ثَلَاثُ مَسَائِلَ إحْدَاهَا أَنْ لَا تَدْمَى وَيَكُونَ الْمَقْذُوفُ صَالِحًا فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ: عَلَيْهَا حَدُّ الْقَذْفِ قَوْلًا وَاحِدًا وَالثَّانِيَةَ: أَنْ تَكُونَ تَدْمَى فَهَذِهِ فِيهَا رِوَايَتَانِ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ تُحَدُّ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ مَالِكٍ لَا حَدَّ عَلَيْهَا وَالْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ تَدَّعِيَ عَلَى رَجُلٍ صَالِحٍ فَهَذَا لَا حَدَّ عَلَيْهِ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ رَوَاهَا ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ.

فَوَجْهُ صَرْفِ الْحَدِّ عَنْهَا أَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ إلَى أَنْ تُخْبِرَ عَنْ نَفْسِهَا بِمَا جَنَى عَلَيْهَا مَخَافَةَ أَنْ يَظْهَرَ بِهَا حَمْلٌ وَلَا يَسْقُطُ ذَلِكَ عَنْهَا إلَّا بِالتَّعَلُّقِ بِهِ أَوْ بِعَيْنِهِ إنْ كَانَ مِمَّنْ يَلِيقُ ذَلِكَ بِهِ فَلَمَّا كَانَتْ مُضْطَرَّةً إلَى صَرْفِ الرَّجْمِ وَالْجَلْدِ عَنْ نَفْسِهَا كَانَتْ كَالرَّجُلِ يَقْذِفُ زَوْجَتَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْحَدُّ لَمَّا كَانَ مُضْطَرًّا إلَى ذَلِكَ لِحِمَايَةِ نَسَبِهِ، وَكَانَ مَا يَأْتِي بِهِ مِنْ اللِّعَانِ يُقَوِّي دَعْوَاهُ وَيَصْرِفُ الْحَدَّ عَنْهُ، وَكَذَلِكَ مَا تُبَلِّغُهُ

(269/5)

. . . .

[المنتقى]

الْمَرْأَةُ مِنْ فَضِيحَةِ نَفْسِهَا يُقَوِّي دَعْوَاهَا وَيَصْرِفُ الْحَدَّ عَنْهَا وَلَهَا مَعَ ذَلِكَ مَعْنَيَانِ يُقَوِّيَانِ دَعْوَاهَا أَحَدُهُمَا التَّعَلُّقُ بِهِ، وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ دَامِيَةً فَإِنْ اجْتَمَعَ لَهَا ذَلِكَ فَقَدْ أَتَتْ بِأَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ مِنْ جِهَتِهَا فِي تَقْوِيَةِ دَعْوَاهَا فَإِنْ قَامَ ذَلِكَ مَعَ صَلَاحِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ثَبَتَ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

وَجْهُ إثْبَاتِ الْحَدِّ عَلَيْهَا: أَنَّ صَلَاحَهُ الْمَشْهُورَ يَشْهَدُ لَهُ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْ خُلُوِّهِ بِهَا عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي مِنْهُ مَا يَشْهَدُ لَهَا، وَكُلُّ مَوْضِعٍ تَشْهَدُ فِيهِ الْخَلْوَةُ بِالْوَطْءِ فَإِنَّهُ لَا تَقُومُ مَقَامَهُ الدَّعْوَى كَخَلْوَةِ الزَّوْجِ بِالزَّوْجَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي بِنَفْيِ الْحَدِّ عَنْهَا مَا يَظْهَرُ بِهَا مِنْ الدَّمِ الَّذِي يَدُلُّ عَلَى حُدُوثِ مَا حَلَّ بِهَا مَعَ تَعَلُّقِهَا بِهِ وَهَذِهِ مَعَانٍ ظَاهِرَةٌ فِيمَا تَدْعِيهِ مِنْ الظُّلْمِ لَهَا مَعَ أَنَّ هَذَا غَايَةُ مَا يُمْكِنُهَا وَضَرُورَةُ صَرْفِهَا إلَى حَدِّ الزِّنَا عَنْهَا إنْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَهَذَا عِنْدِي يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ

الثَّيِّبِ الَّتِي لَا تَدْمَى؛ لِأَنَّهَا مُحْتَاجَةٌ إلَى مِثْلِ ذَلِكَ فِي صَرْفِ حَدِّ الزِّنَا عَنْهَا بِمَا تَتَوَقَّعُهُ مِنْ ظُهُورِ الْحَمْلِ بِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا كَانَ مُتَّهَمًا فَإِنَّهُ يُعَاقَبُ، وَلَا تُحَدُّ هِيَ إذَا كَانَتْ بِكْرًا تَدْمَى سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ أَوْ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ابْتِدَاءَهَا بِالتَّشَكِّي مَعَ مَا يَصْدُقُ مِنْ ظُهُورِ دَمِهَا يُقَوِّي دَعْوَاهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ عَلَيْهَا حَدُّ الزِّنَا لِإِقْرَارِهَا بِمُجَامَعَةِ الرَّجُلِ لَهَا، وَلَوْ ظَهَرَ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ حَمْلٌ؛ لِأَنَّ مَا بَلَغَتْهُ مِنْ فَضِيحَةِ نَفْسِهَا بِالِاسْتِغَاثَةِ وَالتَّشَكِّي مِمَّا جَنَى عَلَيْهَا شُبْهَةٌ فِي إسْقَاطِ الْحَدِّ عَنْهَا فِي الْقَذْفِ فَبِأَنْ يَسْقُطَ عَنْهَا فِي حُقُوقِ الْبَارِي – تَعَالَى – أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إنْ حَلَفَتْ حَدُّ الزِّنَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْبَارِي فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَعَلَيْهِ إنْ كَانَ مُتَّهَمًا الْأَدَبُ، رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ، وَكَذَلِكَ إنْ لَمْ يَكُنْ يُعْرَفْ بِسَفَهٍ وَلَا حِلْمٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: إنْ كَانَ مُتَّهَمًا أُدِّبَ أَدَبًا وَجِيعًا كَانَتْ تَدْمَى أَوْ لَا تَدْمَى قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ ذَلِكَ بِهِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا أَدَبَ وَلَا عِقَابَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ عَلَيْهِ إنْ كَانَ مُتَّهَمًا أَوْ لَمْ يُعْرَفْ حَالُهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونَ وَأَشْهَبُ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ ذَلِكَ بِهِ فَلَا صَدَاقَ لَهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا صَدَاقَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الدَّعَارَةِ إلَّا أَنْ يَشْهَدَ رَجُلَانِ أَنَّهُ احْتَمَلَهَا وَخَلَا بِهَا فَيَكُونُ لَهَا الصَّدَاقُ إذَا حَلَفَتْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ وُجُوبَ الصَّدَاقِ مُتَعَلِّقٌ بِدَعْوَاهَا مَعَ مَا بَلَّغَتْهُ مِنْ فَضِيحَةِ نَفْسِهَا، وَأَمَّا الْخُلُوُّ بِهَا فَغَيْرُ مُوجِبٍ لِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ خَلَا بِهَا وَلَمْ تَدَّعِ إصَابَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ صَدَاقٌ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا يُقَوِّي دَعْوَاهَا، وَإِنَّمَا وُجِدَ مِنْهَا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى فَلَا تَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ صَدَاقًا كَمَا لَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ الْإِصَابَةَ دُونَ ثُبُوتِ الْخَلْوَةِ فَلَا يَجِبُ لَهَا صَدَاقٌ وَلَوْ ادَّعَتْهُ مَعَ ثُبُوتِ الْخَلْوَةِ لَوَجَبَ لَهَا الصَّدَاقُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يُشْتَرَطُ يَمِينُهَا فِي اسْتِحْقَاقِهَا الصَّدَاقَ؟ أَصْحَابُ مَالِكٍ يَقُولُونَ لَا يَجِبُ لَهَا الصَّدَاقُ إلَّا بِيَمِينِهَا وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إذَا أَتَتْ مُتَعَلِّقَةً بِهِ فَلَهَا الصَّدَاقُ بِلَا يَمِينٍ سَوَاءٌ كَانَتْ بِكْرًا تَدْمَى أَوْ ثَيِّبًا لَا تَدْمَى وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ دَعْوَاهَا قَوِيَتْ بِمَا قَارَنَهَا فَلَا تَسْتَحِقُّ بِهَا شَيْئًا إلَّا بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ مِنْ دَعْوَاهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَا بَلَّغَتْ بِنَفْسِهَا لَمَّا أَسْقَطَ عَنْهَا حَدَّ الْقَذْفِ وَحَدَّ

الزِّنَى أَوْجَبَ لَهَا الصَّدَاقَ كَالْبَيِّنَةِ بِمَا قَارَنَهَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: إنْ كَانَتْ حُرَّةً فَلَهَا صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الْحُرَّةِ وَالْكَلَامُ هَاهُنَا فِي الْأَمَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ وَطِئَ أَمَةَ غَيْرِهِ فَإِنْ أَكْرَهَهَا فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا وَيُرِيدُ بِالثَّمَنِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْقِيمَةَ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْأَمَةِ الْفَارِهَةِ تَتَعَلَّقُ بِرَجُلٍ تَدَّعِي أَنَّهُ غَصَبَهَا نَفْسَهَا قَالَ الصَّدَاقُ عَلَيْهِ لِمَا بَلَّغَتْ مِنْ فَضِيحَةِ نَفْسِهَا بِغَيْرِ يَمِينٍ عَلَيْهَا كَانَتْ بِكْرًا أَوْ ثَيِّبًا قَالَ يُرِيدُ فِي عَدَمِ مَا نَقَصَهَا فِي الْحَدِّ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي إلْزَامِهِ نَقْصَ الْأَمَةِ

(270/5)

. . . .

[المنتقى]

وَصَدَاقَ الْحُرَّةِ بِهَذَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ طَاوَعَتْهُ الْأَمَةُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا وَقَالَ غَيْرُهُ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الصَّدَاقَ حَقٌّ لِلسَّيِّدِ فَلَا يَسْقُطُ بِإِبَاحَةِ الْأَمَةِ كَمَا لَوْ أَبَاحَتْ لَهُ قَطْعَ يَدِهَا وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّهَا مَحْجُورٌ عَلَيْهَا فَبِإِبَاحَتِهَا الْوَطْءَ سَقَطَ الْمَهْرُ كَالْبِكْرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ، وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ يُرِيدُ عَلَى الْمُغْتَصِبِ إنْ ثَبَتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَرْأَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَهَةَ فِي الزِّنَى لَا حَدَّ عَلَيْهَا وَأَمَّا الْمُكْرَهُ عَلَى أَنْ يَزْنِيَ فَقَالَ مُطَرِّفٌ وَسَحْنُونٌ: لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ هُدِّدَ بِالْقَتْلِ فَإِنْ فَعَلَ حُدَّ قَالَ سَحْنُونٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَشِرُ لِذَلِكَ إلَّا بِلَذَّةٍ، وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَالظَّاهِرُ عِنْدِي خِلَافُ هَذَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَهِي الْإِنْسَانُ الْخَمْرَ وَأَخْذَ مَالِ غَيْرِهِ وَيَمْتَنِعُ مِنْهُ لِلَّهِ –

تَعَالَى – فَإِذَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ لَمْ يَفْعَلْهُ لِالْتِذَاذِهِ بِهِ، وَإِنَّمَا يَفْعَلُهُ لِلْإِكْرَاهِ وَلَا يَمْلِكُ الْإِنْسَانُ أَنْ لَا يَنْتَشِرَ، وَلَوْ مَلَكَهُ وَفَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ لَكَانَ بِمَنْزِلَةِ تَجَرُّعِهِ الْخَمْرَ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يَشْتَهِيهِ وَيَمْتَنِعُ مِنْهُ لِلَّهِ – تَعَالَى – فَإِذَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ كَانَ لَهُ فِعْلُهُ وَلَمْ يُوجِبْ الْحَدَّ الْتِذَاذُهُ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ مَا يُوجِبُ الْقَتْلَ مِنْ الْأَفْعَالِ عَلَى وَجْهِ الِاخْتِيَارِ يُوجِبُهُ مَعَ الْإِكْرَاهِ كَقَتْلِ الْمُسْلِمِ وَلَا يَلْزَمُهُ عَلَى هَذَا الْكُفْرُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِفِعْلٍ، وَإِنَّمَا هُوَ إخْبَارٌ عَمَّا فِي نَفْسِهِ فَإِذَا كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ فَأَكْثَرُ مَا فِيهِ أَنَّهُ كَذِبٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسْلِمَهُ يُرِيدُ أَنَّ الْعَبْدَ إنْ أَكْرَهَ حُرَّةً فَصَدَاقُ، وَمَا نَقَصَ الْأَمَةَ يَغْرَمُهُ السَّيِّدُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ جِنَايَتَهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَفْتِكَهُ بِالْجِنَايَةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ أَوْ يُسْلِمَهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ فَيَكُونُ مِلْكًا لِمَنْ جَنَى عَلَيْهِ وَهَذَا إذَا ثَبَتَ عَلَيْهِ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الْحُرَّةِ وَنَقْصِ الْأَمَةِ فَفِي رَقَبَتِهِ وَيُقْبَلُ إقْرَارُ الْعَبْدِ فِيهِ بِفَوْرِ مَا فَعَلَ ذَلِكَ وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ تَدْمَى فَأَمَّا مَا فَعَلَ ذَلِكَ وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ تَدْمَى بَعْدُ مِنْ فِعْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُلْحِقُ بِرَقَبَتِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ تَسْتَحِقُّ فِيهِ الْحُرَّةُ الصَّدَاقَ بِيَمِينِهَا فَإِنَّهَا مُسْتَحِقَّةٌ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ وَلَا تَأْثِيرَ لِقَوْلِ الْعَبْدِ عِنْدِي وَذَلِكَ أَنَّ إقْرَارَ الْعَبْدِ إنَّمَا يُقْبَلُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ مِنْ الْحُدُودِ بِجَسَدِهِ فَأَمَّا فِيمَا يُخْرِجُهُ عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهِ إلَى مِلْكِ غَيْرِهِ فَلَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ ذِمِّيًّا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: إنْ أَكْرَهَهَا قُتِلَ كَنَقْضِ الْعَهْدِ فِي الْمُحْصَنَاتِ الْمُسْلِمَاتِ وَقَالَهُ اللَّيْثُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَدْ قَتَلَ أَبُو عُبَيْدَةَ ذِمِّيًّا اسْتَكْرَهَ مُسْلِمَةً.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا اغْتَصَبَ النَّصْرَانِيُّ حُرَّةً مُسْلِمَةً قُتِلَ وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ إنْ اغْتَصَبَهَا صُلِبَ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اغْتِصَابَهُ الْمُسْلِمَةَ وَتَغَلُّبَهُ عَلَيْهَا نَقْضٌ لِلْعَهْدِ وَتَغْلِيظٌ لِحَقِّ اللَّهِ – تَعَالَى – فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ.

(فَرْعٌ) وَبِمَاذَا يَثْبُتُ اغْتِصَابُهُ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ وَقَدْ كَانَ يَقُولُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ثُمَّ رَجَعَ إلَى هَذَا وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَجْهُ اعْتِبَارِ الْأَرْبَعَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ سَحْنُونٌ مِنْ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يَثْبُتُ

إلَّا بِالْوَطْءِ وَلَا يَثْبُتُ الْوَطْءُ إلَّا بِأَرْبَعَةٍ.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِالْإِكْرَاهِ وَلِذَلِكَ لَوْ لَمْ يَكُنْ الْإِكْرَاهُ لَمْ يَجِبْ الْقَتْلُ وَالْإِكْرَاهُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ طَاوَعَتْهُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ تُحَدُّ هِيَ وَيُنَكَّلُ هُوَ وَالنَّكَالُ فِي هَذَا مِثْلُ ضِعْفَيْ الْحَدِّ وَأَكْثَرَ وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: يُجْلَدُ جَلْدًا يَمُوتُ مِنْهُ، وَإِنْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً مُسْلِمَةً قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَتَلَهَا لَمْ أَقْتُلْهُ وَفِيهِ اخْتِلَافٌ، وَهَذَا أَحَبُّ إلَيَّ لِمَا جَاءَ لَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَعَلَيْهِ فِي الْأَمَةِ مَا نَقَصَهَا فِي الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا يَجِبُ عَلَيْهِ بِحَقِّ الْإِسْلَامِ، وَأَمَّا مَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْحَدِّ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ يُرَدُّ إلَى أَهْلِ ذِمَّتِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا عُقِدَتْ لَهُمْ الذِّمَّةُ لِتُنَفَّذَ بَيْنَهُمْ أَحْكَامُهُمْ

(271/5)

الْقَضَاءُ فِي اسْتِهْلَاكِ الْحَيَوَانِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِهِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنْ الْحَيَوَانِ، وَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهُ فِيمَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتِهْلَاكِهِ الْقِيمَةَ أَعْدَلَ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ)

[المنتقى]

وَشَرَائِعَهُمْ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَتَقَرَّرَ هَذَا فِي الْحُدُودِ مُسْتَوْعَبًا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا رَبَّ غَيْرُهُ وَهُوَ حَسْبُنَا وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

[الْقَضَاءُ فِي اسْتِهْلَاكِ الْحَيَوَانِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِهِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ: إنَّ مَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ إنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ، وَكَذَلِكَ الْعُرُوض، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا لَيْسَ بِمَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ وَلَا مَعْدُودٍ وَمَعْنَى قَوْلِنَا مَعْدُودٍ أَنْ تَسْتَوِيَ آحَادُ جُمْلَتِهِ فِي الصِّفَةِ غَالِبًا كَالْبَيْضِ وَالْجَوْزِ كَمَا تَسْتَوِي حُبُوبُ الْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ مِنْ الْمَكِيلِ وَآحَادِ الْعِنَبِ الْمَوْزُونِ، وَأَمَّا جُمْلَةُ الْحَيَوَانِ مِنْ الرَّقِيقِ وَالْخَيْلِ، وَإِنْ اسْتَوَى عَدَدًا فَإِنَّ آحَادَ جُمْلَتِهِ لَا تَسْتَوِي بَلْ تَتَبَايَنُ، وَلِذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ

يَشْتَرِيَ عَدَدًا مِنْ جُمْلَةِ الْبَيْضِ وَالْجَوْزِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ تَعْيِينُهَا دُونَ خِيَارٍ يَثْبُتُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشَرْطٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهُ بِالْقِسْمَةِ وَالتَّعْيِينِ غَيْرُ ذَلِكَ الْعَدَدِ، وَأَمَّا الرَّقِيقُ وَالثِّيَابُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهَا عَدَدًا مِنْ الْجُمْلَةِ إلَّا بِالتَّعْيِينِ أَوْ شَرْطِ الْخِيَارِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ بِمَعْنَى الْجُزْءِ الشَّائِعِ فَيَحْصُلُ لِلْمُشْتَرِي بِالْقِسْمَةِ عَلَى الْقِيمَةِ ذَلِكَ الْعَدَدِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَلَا يُعْتَدُّ لَهُ فِي الْقِسْمَةِ مِنْ جِهَةِ أَعْيَانِهِ، وَإِنَّمَا يُعْتَدُّ لَهُ مِنْ جِهَةِ قِيمَتِهِ وَالْمَكِيلُ وَالْمَعْدُودُ وَالْمَوْزُونُ إنَّمَا يُقْسَمُ بِمَا يُعْتَبَرُ بِهِ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهِ دُونَ قِيمَتِهِ فَعَلَى هَذَا كُلُّ مَا لَيْسَ بِمَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ وَلَا مَعْدُودٍ مَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْهُ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ مِثْلَهُ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ عَنْهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا احْتَجَّ بِهِ بَعْضُ شُيُوخِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْقِيمَةَ أَعْدَلُ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَوْعِبُ جَمِيعَ صِفَاتِهِ، وَلَا يَكَادُ يَجِدُ مِثْلَ مَا أَتْلَفَ عَلَى جَمِيعِ صِفَاتِهِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَيْضًا أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ الْجُزَافُ فِي عَدَدِ مَبِيعِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِ الْمِثْلُ كَالدُّورِ، وَقَدْ احْتَجَّ فِي ذَلِكَ مَنْ لَمْ يُمْعِنْ النَّظَرَ بِحَدِيثِ حُمَيْدٍ عَنْ أَنَسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ فَأَرْسَلَتْ إحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا فَكَسَرَتْ الْقَصْعَةَ» وَقَدْ كَانَ احْتَجَّ بِهِ عَلَى بَعْضِ مَنْ يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مِنْ أَهْلِ بَلَدِنَا ثُمَّ رَأَيْت غَيْرَهُ قَدْ أَدْخَلَهُ فِي تَأْلِيفِهِ فَخِفْت أَنْ يَكُونَ قَدْ ذَهَبَ عَلَيْهِ وَجْهُ تَأْوِيلِهِ فَلِذَلِكَ أَوْرَدْتُهُ وَأَوْرَدْتُ بَعْضَ مَا كُنْت جَاوَبْتُ بِهِ عَنْهُ وَذَلِكَ أَنَّ الْبَيْتَ الَّذِي كَانَ فِيهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْتُهُ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَا فِيهِ لَهُ لَا سِيَّمَا مِمَّا يُسْتَخْدَمُ وَيُسْتَعْمَلُ، وَكَذَلِكَ الْبَيْتُ الَّذِي وَرَدَتْ مِنْهُ الْهَدِيَّةُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْقَصْعَتَانِ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَكِنَّهُ أَرْسَلَ الْقَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ إلَى بَيْتِ الَّتِي أَرْسَلَتْ بِقَصْعَتِهَا صَحِيحَةً وَأَبْقَى الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِ الَّتِي كَسَرَتْهَا تُشَعِّبُهَا وَتَنْتَفِعُ بِهَا بَدَلًا مِنْ الصَّحْفَةِ الَّتِي أُخِذَتْ مِنْهَا وَلَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْقَصْعَتَيْنِ لِلْمَرْأَتَيْنِ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ حُجَّةٌ إذَا اتَّفَقَ الْجَانِي وَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الرِّضَا بِهَا، وَإِنَّمَا يَجِبُ مَا قُلْنَاهُ مِنْ الْقِيمَةِ إذَا أَبَيَا ذَلِكَ أَوْ أَبَاهُ أَحَدُهُمَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَأَى ذَلِكَ سَدَادًا فِي الْأَمْرِ فَرَضِيَتْهُ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا، وَانْتَقَلَ إلَى الْأُخْرَى فَرَضِيَتْهُ، وَلَيْسَ فِي الْأَمْرِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ إحْدَاهُمَا أَبَتْ ذَلِكَ فَحَكَمَ بِهِ فَالْحَدِيثُ لَا يَتَنَاوَلُ مَوْضِعَ الْخِلَافِ بِوَجْهٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَاسْتِهْلَاكُ الْحَيَوَانِ

. . . .

[المنتقى]

وَالْعُرُوضِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَسْتَهْلِكَ الْجُمْلَةَ وَالثَّانِي: أَنْ يَسْتَهْلِكَ الْبَعْضَ وَاسْتِهْلَاكُ الْكُلِّ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتَقَدَّمَ عَلَى الِاسْتِهْلَاكِ غَصْبٌ أَوْ لَا يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ غَصْبٌ فَإِذَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ غَصْبٌ فَإِنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْغَصْبِ دُونَ الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ الْغَصْبُ لَضَمِنَ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَمَاتَ مِنْ وَقْتِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ فَإِنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ بِتَعَدِّيهِ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ غَصَبَ دَارًا فَلَمْ يَسْكُنْهَا حَتَّى انْهَدَمَتْ أَنَّهُ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ: إنَّ مَا لَا يَصِحُّ نَقْلُهُ كَالْأَرَضِينَ وَالْعَقَارِ فَإِنَّهُ لَا يُضْمَنُ بِالْغَصْبِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا مَعْنًى يُضْمَنُ بِهِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فَضُمِنَ بِهِ مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالْإِتْلَافِ وَالِاسْتِهْلَاكِ.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ، وَإِنْ هَلَكَ بِأَمْرٍ مِنْ اللَّهِ – سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى – وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَصْبَ تَعَدٍّ يَضْمَنُ بِهِ الْغَاصِبُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مَا غَصَبَ وَيُسَلِّمَهُ إلَى صَاحِبِهِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَفَاتَهُ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ بَدَلُهُ مِنْ مِثْلٍ أَوْ قِيمَةٍ إنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدِ رَجُلٍ فَمَاتَتْ عِنْدَهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا عَلَى أَنَّهَا أَمَةٌ لَا عِتْقٌ فِيهَا،.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يَضْمَنُ وَيَضْمَنُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ وَجْهُ الْقَوْلِ أَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ بِالرِّقِّ فَضُمِنَتْ بِالْغَصْبِ كَالْأَمَةِ؛ وَلِأَنَّ ابْنَهَا لَهُ حُكْمُهَا وَقَدْ جَمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ يُضْمَنُ بِالْغَصْبِ فَكَذَلِكَ الْأُمُّ وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهَا بِوَجْهٍ وَلَا تُسَلَّمُ فِي جِنَايَةٍ فَلَمْ يَضْمَنْهَا بِالْغَصْبِ كَالْحُرَّةِ وَفَرَّقَ بَيْنَ أُمِّ الْوَلَدِ وَبَيْنَ وَلَدِهَا بِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُسَلَّمُ فِي الْجِنَايَةِ وَلَا تُسْتَخْدَمُ وَوَلَدُهَا يُسْتَخْدَمُ وَيُسَلَّمُ فِي الْجِنَايَةِ، فَالْغَاصِبُ لَهُ قَدْ حَبَسَ مَنَافِعَهُ فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ أَدْرَكَ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ عَيْنَ مَالِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ لَا يَدْخُلَهُ تَغْيِيرٌ أَوْ يَدْخُلَهُ تَغْيِيرٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْهُ تَغْيِيرٌ

فَلَيْسَ لَهُ إلَّا عَيْنُ مَالِهِ، وَلَا يُؤَثِّرُ فِي ضَمَانِهِ تَغْيِيرُ الْأَسْوَاقِ بِزِيَادَةٍ أَوْ بِنُقْصَانٍ وَلَا طُولِ مُدَّةٍ، وَإِنْ كَانَتْ سِنِينَ كَثِيرَةً رَوَاهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَإِنَّ تَغَيُّرَ الْأَسْوَاقِ لَا يُؤَثِّرُ فِي حَيَوَانٍ وَلَا غَيْرِهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ فِي عَيْنِ مَا غَصَبَهُ الْغَاصِبُ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي ضَمَانِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ فَوَجَدَهُ صَاحِبُهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْعَبِيدَ وَالدَّوَابَّ حَيْثُ وَجَدَهُمْ لَيْسَ لَهُ إلَّا ذَلِكَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ: إنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ حَيْثُ وَجَدَهُ أَوْ يَأْخُذَ قِيمَتَهُ مِنْهُ حَيْثُ غَصَبَهُ وَسَيَأْتِي بَيَانُ ذَلِكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ - تَعَالَى - وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَنْتَقِلُ غَالِبًا بِغَيْرِ مُؤْنَةٍ عَلَى النَّاقِلِ فَلَا مَضَرَّةَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُتَمَوَّنْ فِي نَقْلِهِ إلَّا مَا كَانَ يُتَمَوَّنُ فِي مَقَامِهِ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُهُ لَا مَضَرَّةَ عَلَيْهِ فِي رَدِّهِ وَلَا مُؤْنَتِهِ بِخِلَافِ الْعُرُوضِ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ مَغْصُوبٌ نُقِلَ فَثَبَتَ فِيهِ الْخِيَارُ لِصَاحِبِهِ كَالْعُرُوضِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبَزُّ وَالْعُرُوضُ فَرَبُّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ بِعَيْنِهِ أَوْ قِيمَتِهِ حَيْثُ غَصَبَهُ وَقَالَهُ أَشْهَبُ قَالَ سَحْنُونٌ: الْبَزُّ وَالرَّقِيقُ سَوَاءٌ إنَّمَا لَهُ أَخْذُهُ حَيْثُ وَجَدَهُ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ فِي يَدَيْهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ قَدْ يَنْقُصُهُ نَقْلُهُ مِنْ بَلَدِ الْغَصْبِ إلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ فَكَانَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْقِيمَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ نَقْصٌ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الْبَدَنِ فَلَمْ يُوجِبْ الْخِيَارَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ كَحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ.

1 -

(فَرْعٌ) فَإِنْ أَخَذَهُ بِغَيْرِ بِلَادِ الْغَصْبِ فَلَا كِرَاءَ عَلَيْهِ، وَلَا نَفَقَةَ وَلَا عَلَى الْغَاصِبِ رَدُّهُ قَالَهُ أَصْبَغُ وَلِأَشْهَبَ نَحْوُهُ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ تَعَدَّى عَلَى خَشَبِ رَجُلٍ فَحَمَلَهُ مِنْ عَدْنٍ إلَى جَدَّةَ بِمِائَةِ دِينَارٍ: فَإِنْ كَانَ مُتَعَدِّيًا فَلِرَبِّ السِّلْعَةِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ إلَى عَدْنٍ أَوْ يَأْخُذَهُ حَيْثُ وَجَدَهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عَلَى صِفَتِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إلَّا أَخْذُهُ وَلَمَّا نَقَلَهُ عَنْ مَكَانِهِ الْغَاصِبُ كَانَ عَلَيْهِ رَدُّهُ كَمَا لَوْ نَقَلَهُ إلَى مَكَان قَرِيبٍ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَغَيُّرُ الْبَدَنِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْأَمَةِ تَتَغَيَّرُ عِنْدَ

. . . .

[المنتقى]

الْغَاصِبِ تَغَيُّرًا يَسِيرًا أَوْ كَثِيرًا فَإِنَّ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَهَرَمُ الْجَارِيَةِ عِنْدَ الْغَاصِبِ فَوْتٌ قَالَ أَشْهَبُ: سَوَاءٌ كَانَ مَا أَصَابَهَا مِنْ الْهَرَمِ كَثِيرًا أَوْ يَسِيرًا مِثْلَ انْكِسَارِ الْيَدَيْنِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّ لِصَاحِبِهَا أَنْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ إنْ شَاءَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَهَذَا إذَا كَانَ مَا دَخَلَهَا مِنْ النَّقْصِ بِأَمْرٍ مِنْ اللَّهِ – تَعَالَى – لَا بِفِعْلِ الْغَاصِبِ، وَلَيْسَ لِلْمَغْصُوبِ إلَّا أَخْذُهَا بِغَيْرِ أَرْشٍ أَوْ يُضَمِّنُهُ قِيمَتَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا وَمَا نَقَصَ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ لَمْ يَضْمَنْ مَا حَدَثَ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ بِضَمَانِ الْجُمْلَةِ، وَأَمَّا إنْ كَانَ مَا نَقَصَ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ فَهَلْ لَهُ أَخْذُ الْأَرْشِ فِيهِ خِلَافٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ وَابْنُ الْمَوَّازِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا لَهُ أَخْذُهَا نَاقِصَةً بِغَيْرِ أَرْشٍ أَوْ إسْلَامُهَا وَأَخْذُ قِيمَتِهَا يَوْمَ الْغَصْبِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ عَلَى مِلْكِ غَيْرِهِ كَالْمُبْتَدَأَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْغَصْبِ وَلِذَلِكَ لَا يَضْمَنُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْغَصْبِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَقَدْ وَجَدْت لِسَحْنُونٍ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْجِنَايَةِ فِي الْعَمْدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اغْتَصَبَ وَدْيًا مِنْ النَّخْلِ أَوْ شَجَرًا صِغَارًا فَغَرَسَهَا فِي أَرْضِهِ فَكَبُرَتْ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ لِرَبِّهَا أَخْذُهَا، وَكَذَلِكَ الْحَيَوَانُ أَوْ الرَّقِيقُ يَكْبَرُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ إنَّمَا يَحْكُمُ بِقَلْعِ النَّخْلِ إذَا كَانَ مِمَّا يُعَلَّقُ إنْ قُلِعَتْ وَغُرِسَتْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي الرَّقِيقِ فَيَقْتَضِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ غَيْرُ حَيَوَانِهِ وَرَقِيقِهِ كَمَا لَوْ سَمُنَتْ وَأَمَّا النَّخْلُ وَالشَّجَرُ فَعِنْدِي أَنَّ الْغَاصِبَ إنْ كَانَ قَلَعَهَا وَقَدْ عَلِقَتْ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ شَجَرَهُ أَوْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى ثِقَةٍ أَنْ تَعْلَقَ إنْ قَلَعَهَا وَغَرَسَهَا، وَإِنْ كَانَ إنَّمَا أَخَذَهَا مَقْلُوعَةً فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْحَيَوَانِ لَا خِيَارَ لَهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ لَهُ الْخِيَارُ فِي مَوْضِعِ النَّقْصِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِيمَنْ غَصَبَ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا: فَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا إلَّا أَخْذُهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ إلَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهَا ذِمِّيًّا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهَا خَمْرًا يَوْمَ الْغَصْبِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَتْ الْخَمْرُ لِمُسْلِمٍ فَقَدْ زَادَتْ بِالتَّخَلُّلِ وَلَمْ تَنْقُصْ فِي حَقِّهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إلَّا عَيْنُ مَالِهِ، وَإِنْ كَانَتْ

لِذِمِّيٍّ فَقَدْ نَقَصَتْ فِي حَقِّهِ بِالتَّخْلِيلِ فَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا غَابَ الْغَاصِبُ عَنْ الْجَارِيَةِ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ وَطِئَهَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ صَاحِبَهَا بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهَا قَالَهُ مَالِكٌ وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَلَسْنَا نَقُولُ ذَلِكَ فِي الرَّقِيقِ الْمَذْكُورِ، وَلَا فِي الدَّوَابِّ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الْغَاصِبِ أَنْ يُصِيبَهَا، وَذَلِكَ يُنْقِصُ ثَمَنَهَا، وَقَالَ أَصْبَغُ: وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْجَارِيَةِ الرَّائِعَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْقِيمَةَ الْوَاجِبَةَ فِي الْغَصْبِ هِيَ قِيمَةُ السِّلْعَةِ يَوْمَ الْغَصْبِ سَوَاءٌ زَادَتْ بَعْدَ ذَلِكَ عِنْدَ الْغَاصِبِ أَوْ نَقَصَتْ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ وَقَدْ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً صَغِيرَةً تُسَاوِي مِائَةً فَلَمَّا كَبُرَتْ وَصَارَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا مَاتَتْ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ الْغَصْبِ قَالَ أَشْهَبُ فِيمَنْ جَرَحَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِينَارٍ فَمَاتَ وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ: فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ يَوْمَ الْجُرْحِ، وَهَذَا إذَا مَاتَتْ بِغَيْرِ فِعْلِ الْغَاصِبِ فَإِنَّهَا إنْ مَاتَتْ بِسَبَبِهِ مِثْلَ أَنْ يَقْتُلَهَا وَقَدْ زَالَتْ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: لَا يَضْمَنُ إلَّا قِيمَتَهَا يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ: الْقَتْلُ فِعْلٌ ثَانٍ، وَقَالَ إنَّ لَهُ أَخْذَهُ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْقَتْلِ ثُمَّ رَجَعَ إلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: وَلَوْ بَاعَهَا وَهِيَ تُسَاوِي أَلْفَيْنِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ إلَّا قِيمَتُهَا يَوْمَ الْغَصْبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ فَقَأَ الْغَاصِبُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً عَيْنَ الْجَارِيَةِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا فَلَيْسَ لِرَبِّهَا إلَّا قِيمَتُهَا يَوْمَ الْغَصْبِ أَوْ يَأْخُذُهَا وَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِ مَوْضِعٍ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا وَمَا نَقَصَهَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: يُرِيدُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ قَالَ سَحْنُونٌ: وَهَذَا خِلَافُ مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْقَتْلِ أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا يَوْمَ الْغَصْبِ فَيَأْخُذُهَا وَمِثْلَ قِيمَتِهَا أَوْ أَكْثَرَ فَيَأْخُذُ فِي الْيَدِ مَا لَا يَأْخُذُ فِي النَّفْسِ، وَإِنَّمَا لَهُ

. . . .

[المنتقى]
أَخْذُهَا نَاقِصَةً فَقَطْ أَوْ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْغَصْبِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْقَتْلِ لِسَحْنُونٍ مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي قَطْعِ الْيَدِ ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إنَّ عَرَا الِاسْتِهْلَاكُ وَالتَّعَدِّي مِنْ الْغَصْبِ فَإِنَّمَا لَهُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الِاسْتِهْلَاكِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ تَعَدَّى فَوَطِئَ أَمَةَ رَجُلٍ وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ فَحَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ ثُمَّ قَامَ صَاحِبُهَا وَقِيمَتُهَا خَمْسُونَ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ وَهِيَ فِي ضَمَانِهِ مِنْ يَوْمِئِذٍ وَعَلَيْهِ فِي الْغَصْبِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْغَصْبِ لَا يَنْظُرُ إلَى مَا بَعْدَ ذَلِكَ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَصْبَ مَعْنًى تُضْمَنُ بِهِ فَلَا يُنْظَرُ إلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ، وَأَمَّا التَّعَدِّي فَلَمْ يَتَقَدَّمْهُ مَا يُوجِبُ الضَّمَانَ فَكَانَ ذَلِكَ أَوْلَى حَالَيْ الضَّمَانِ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِهِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ اسْتَهْلَكَ بَعْضَ الْعَيْنِ أَوْ أَدْخَلَ عَلَيْهَا نَقْصًا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا أَوْ كَثِيرًا فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَإِنَّ لِصَاحِبِهَا أَخْذَهَا وَقِيمَةَ مَا نَقَصَتْ الْجِنَايَةُ مِنْهَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ كَانَتْ جِنَايَتُهُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَيُخَالِفُ ذَلِكَ الْغَاصِبُ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ بِالْفَسَادِ الْيَسِيرِ لِتَقَدُّمِ الْغَصْبِ الْمُوجِبِ لِلضَّمَانِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَأَشْهَبُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: فِيمَنْ كَسَرَ قَصْعَةً أَوْ قُمْقُمًا أَوْ شَقَّ ثَوْبًا أَوْ كَسَرَ سَرْجًا فَإِنَّ فِي النَّقْصِ الْكَثِيرِ قِيمَتَهُ وَفِي الْيَسِيرِ مَا نَقَصَهُ قَالَ أَشْهَبُ: بِغَيْرِ خِيَاطَةٍ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: بَعْدَ رَفْوِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي مَا يَلِيقُ بِالثَّوْبِ مِنْ خِيَاطَتِهِ أَوْ رَفْوِهِ وَهَذَا عِنْدِي إذَا كَانَ الْيَسِيرُ لَا يَبْطُلُ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ مِنْ الْحَيَوَانِ فَإِذَا بَطَلَتْ الْمَنْفَعَةُ الْمَقْصُودَةُ مِنْهُ لَزِمَ الْجَانِيَ جَمِيعُ قِيمَتِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ وَأَصْبَغَ فِي الَّذِي يَقْطَعُ ذَنَبَ فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ فَارِهٍ أَوْ بَغْلٍ مِمَّا يَرْكَبُ مِثْلَهُ ذَوُو الْهَيْئَاتِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ الْغَرَضَ فِيهِ بِخِلَافِ الْعَيْنِ وَالْأُذُنِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ذَكَرَهَا الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ وَسَوَّى بَيْنَ الْأُذُنِ وَالذَّنَبِ فِي

ذَلِكَ وَهُوَ الْأَظْهَرُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِمَا: إنَّمَا فِي ذَلِكَ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ بِهَذِهِ الْجِنَايَةِ الْغَرَضَ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذِهِ الْعَيْنِ فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا كَمَا لَوْ أَتْلَفَ جَمِيعَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى شَاةٍ فَقَلَّ لَبَنُهَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ إنْ كَانَ عَظُمَ مَا يُرَادُ إلَيْهِ اللَّبَنُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا إنْ شَاءَ رَبُّهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ غَزِيرَةَ اللَّبَنِ فَإِنَّمَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا، وَأَمَّا الْبَقَرَةُ وَالنَّاقَةُ فَإِنَّمَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا، وَإِنْ كَانَتْ غَزِيرَةَ اللَّبَنِ؛ لِأَنَّ فِيهَا مَنَافِعَ غَيْرَ اللَّبَنِ وَقَالَهُ أَصْبَغُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِ غَيْرِهِ أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ: إنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهُ فَجَعَلَ قَطْعَ الْيَدِ أَوْ فَقْءَ الْعَيْنِ فِي حَيِّزِ الْيَسِيرِ.

وَقَالَ: وَأَمَّا قَطْعُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ فِي الْبَهَائِمِ فَيَبْطُلُ جَعْلُ مَنَافِعِهَا أَوْ جَمِيعِهَا أَنَّ عَلَيْهِ الْقِيمَةَ، وَأَمَّا فَقْءُ الْعَيْنِ وَقَطْعُ الْأُذُنِ أَوْ الذَّنَبِ أَوْ كَسْرُهَا كَسْرًا يَنْجَبِرُ فِيهِ فَإِنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا وَقَالَهُ مَالِكٌ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَأَبُو الزِّنَادِ وَرَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ أَشْهَبُ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِي قَطْعِ يَدِ الْعَبْدِ وَفَقْءِ الْعَيْنِ: أَنَّ رَبَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِ مَا نَقَصَهُ أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ فَجَعَلَهُ فِي حَيِّزِ الْكَثِيرِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَّرِفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ فِيمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَإِنْ كَانَ صَانِعًا وَعَظُمَ قَدْرُهُ لِصَنْعَتِهِ ضَمِنَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَانِعًا فَقِيمَةُ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ كَانَ تَاجِرًا نَبِيلًا، وَأَمَّا فَقْءُ الْعَيْنِ فَفِيهِ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ كَانَ صَانِعًا.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إذَا كَانَ الْفَسَادُ كَثِيرًا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ كَسَرَ قَصْعَةً أَوْ سَرْجًا أَوْ قُمْقُمًا أَوْ شَقَّ ثَوْبًا أَنَّ فِي النَّقْصِ الْكَثِيرِ قِيمَتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ أَوْ رِجْلَيْهِ أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ.

وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ قَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ: إلَّا أَنْ يَرَى أَنَّهُ بَعْدَ الْعَمَى وَقَطْعِ

(ص) : (قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ، وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ إنَّمَا يَرُدُّ مِنْ الذَّهَبِ الذَّهَبَ وَمِنْ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذَلِكَ فَرَّقَ بَيْنَ ذَلِكَ السُّنَّةُ وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ)

[المنتقى]

الْيَدَيْنِ لَمْ تَذْهَبْ أَكْثَرُ مَنَافِعِهِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ عَمْدًا أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ عَمْدًا خُيِّرَ رَبُّهُ بَيْنَ أَخْذِ مَا نَقَصَهُ أَوْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَهُ.

قَالَ أَشْهَبُ إذَا أَذْهَبَ قَطْعُ يَدِهِ الْوَاحِدَةِ أَكْثَرَ مَنَافِعِهِ فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ إلَّا قِيمَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُذْهِبْ أَكْثَرَ مَنَافِعِهِ فَرَبُّهُ مُخَيَّرٌ كَمَا قَالَ مَالِكٌ فَعَلَى هَذَا يَتَنَوَّعُ الْفَسَادُ عِنْدَ مَالِكٍ نَوْعَيْنِ يَسِيرٌ يَجِبُ بِهِ مَا نَقَصَ وَلَيْسَ لَهُ تَضْمِينُهُ، وَكَثِيرٌ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِيهِ فَمَرَّةٌ قَالَ لَيْسَ لَهُ إلَّا الْقِيمَةُ، وَهُوَ الَّذِي رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ فِيمَنْ قَطَعَ رِجْلَيْ عَبْدٍ أَوْ يَدَيْهِ أَوْ فَقَأَ عَيْنَيْهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ كُلُّهَا وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَخْتَارَ إمْسَاكَهُ وَيَأْخُذَ مَا نَقَصَهُ، وَكَذَلِكَ غَيْرُ الْعَبْدِ مِنْ عَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ وَمَرَّةً قَالَ: هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ وَمَا نَقَصَ أَوْ أَخْذِ قِيمَتِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَإِلَى هَذَا رَجَعَ مَالِكٌ فِي الْفَسَادِ الْكَثِيرِ وَيَتَنَوَّعُ الْفَسَادُ عَنْ أَشْهَبَ إلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ أَحَدُهَا يَسِيرٌ لَيْسَ إلَّا مَا نَقَصَ وَالثَّانِي أَنْ يَنْقُصَ الْكَثِيرُ وَلَا يَذْهَبُ أَكْثَرُ الْمَنَافِعِ فَهَذَا يَكُونُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ مُخَيَّرًا عَلَى مَا ذُكِرَ، وَأَمَّا إذَا أَتْلَفَ أَكْثَرَ الْمَنَافِعِ فَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ إلَّا الْقِيمَةُ. وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الثَّوْبِ وَالْعَبْدِ إذَا كَانَ لَهُ تَضْمِينُهُ الْقِيمَةَ بِكَثْرَةِ الْفَسَادِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَأْخُذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنَّمَا لَهُ أَخْذُهُ بِحَالِهِ وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ أَوْ يَلْزَمُهُ قِيمَةُ جَمِيعِهِ وَكَذَلِكَ ذَابِحُ الشَّاةِ فَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا لَحْمًا وَيَأْخُذَ مَا نَقَصَهَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْقِيمَةَ عَنْ غَيْرِ الْعَيْنِ الذَّهَبِ أَوْ الْوَرِقِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ سِلْعَتَهُ وَبَعْضَ الْقِيمَةِ وَلَا يَأْخُذَ غَيْرَ الْقِيمَةِ إلَّا بِاجْتِمَاعٍ مِنْهُمَا عَلَى أَمْرٍ جَائِزٍ إلَّا أَنْ يَرْضَى صَاحِبُ السِّلْعَةِ أَنْ يَأْخُذَهَا نَاقِصَةً دُونَ شَيْءٍ فَذَلِكَ لَهُ، وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ أَنَّهُ كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ فِي الْيَسِيرِ كَذَلِكَ لَيْسَ لَهُ فِي الْكَثِيرِ أَنْ يَأْخُذَ سِلْعَتَهُ وَمَا نَقَصَهُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ: إنَّ مَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنْ الطَّعَامِ تَعَدِّيًا فَإِنَّ عَلَيْهِ مِثْلَهُ فِي الْكَيْلِ وَالصِّفَةِ، وَهَذَا إذَا كَانَ مَعْلُومَ الْكَيْلِ، وَكَذَلِكَ مَا يُوزَنُ وَيُعَدُّ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْلُومِ الْقَدْرِ فَإِنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ لِحَوْزِ صُبْرَتِهِ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَفَعَ إلَيْهِ مِثْلَ مَا حُوِّزَ فِيهَا لَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ عَنْ صُبْرَتِهِ حِنْطَةً أَكْثَرَ مِنْهَا أَوْ أَقَلَّ فَيُؤَدِّي إلَى التَّفَاضُلِ فِي الطَّعَامِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ فَأَمَّا إذَا حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ فَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ عَنْ أَشْهَبَ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ غَصَبَ صُبْرَةَ قَمْحٍ فَأَرَادَ الْغَاصِبُ أَنْ يُصَالِحَ مِنْهَا عَلَى كَيْلٍ مِنْ الْقَمْحِ فَإِنْ كَانَ قَدْ أَلْزَمَ الْغَاصِبَ الْقِيمَةَ بِحُكْمٍ أَوْ صُلْحٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِتِلْكَ الْقِيمَةِ كَيْلًا مِنْ الْقَمْحِ، وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلِرَبِّهَا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا عِشْرُونَ إرْدَبًّا وَيَأْخُذَ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يُصَالِحَهُ مِنْ الْمَكِيلِ عَلَى مَا لَا شَكَّ فِيهِ يُرِيدُ لَا شَكَّ أَنَّهُ أَقَلُّ مِنْ حَقِّهِ قَالَ: وَكَذَلِكَ مَنْ غَصَبَ خَلْخَالًا فِضَّةً وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا مِنْ الذَّهَبِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ خَلَطَ قَمْحًا لِرَجُلٍ بِشَعِيرٍ لِغَيْرِهِ ضَمِنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ طَعَامِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ أَتْلَفَ عَيْنَ طَعَامِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَمَنَعَهُ الْوُصُولَ إلَى قَبْضِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْجَانِي مَالٌ بِيعَ الطَّعَامُ الْمَخْلُوطُ وَاشْتَرَى مِنْ ثَمَنِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ طَعَامِهِ قَالَهُ أَشْهَبُ قَالَ: فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَلِلْجَانِي، وَإِنْ نَقَصَ شَيْءٌ فَعَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ صَاحِبَا الطَّعَامِ أَنْ يَتْرُكَا طَلَبَ الْجَانِي وَيَأْخُذَا الطَّعَامَ وَيَقْتَسِمَانِهِ بَيْنَهُمَا.

وَقَدْ جَوَّزَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَاخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الِاشْتِرَاكِ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَشْتَرِكَانِ فِي الطَّعَامِ الْمُخْتَلَطِ أَحَدُهُمَا بِقِيمَةِ قَمْحِهِ وَالْآخَرُ بِقِيمَةِ شَعِيرِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا فِيهِ إلَّا عَلَى السَّوَاءِ إنْ كَانَتْ مَكِيلَةُ طَعَامِهِمَا سَوَاءً، وَلَا يَجُوزُ عَلَى التَّفَاضُلِ فِيهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

(276/5)

. . . .

[المنتقى]

يُؤَدِّي إلَى التَّفَاضُلِ بَيْنَ الْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ وَقَالَ سَحْنُونٌ لَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَتْرُكَاهُ لِلْغَاصِبِ وَيَأْخُذَا الطَّعَامَ الْمُخْتَلَطَ عَلَى التَّسَاوِي وَلَا عَلَى الْقِيمَةِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ خَلَطَ زَيْتًا بِسَمْنٍ أَوْ سَمْنَ بَقَرٍ بِسَمْنِ غَنَمٍ يَضْمَنُ مَا ضَاعَ مِنْهُ وَمَا بَقِيَ وَلَوْ خَلَطَ نَوْعًا وَاحِدًا كَزَيْتٍ

بِزَيْتٍ أَوْ سَمْنًا بِعَسَلٍ أَوْ بِزَيْتٍ أَوْ سَمْنًا بِسَمْنٍ فَضَاعَ بَعْضُهُ ضَمِنَ مَا ضَاعَ وَمَا بَقِيَ وَلِصَاحِبَيْ ذَلِكَ أَنْ يَقْتَسِمَاهُ بِشَطْرَيْنِ أَوْ يَدَعَاهُ وَمَا كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ كَالسَّمْنِ وَالْعَسَلِ فَلَهُمَا أَنْ يَصْطَلِحَا فِيهِ عَلَى الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ كَانَ أَحَدُهُمَا بَاعَ ثُلُثَ سَمْنِهِ بِثُلُثَيْ عَسَلِ صَاحِبِهِ قَالَ ذَلِكَ أَشْهَبُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ خَلْطَ النَّوْعِ الْوَاحِدِ جِنَايَةٌ عَلَى مَنْ خَلَطَ مَالَهُ بِمَالِ غَيْرِهِ لَا سِيَّمَا أَنَّ التَّسَاوِيَ الْمُحَقَّقَ فِي الْأَغْلَبِ غَيْرُ مَوْجُودٍ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ فَإِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَجُوزُ بَيْنَهُمَا التَّفَاضُلُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَسِمَاهُ عِنْدَ أَشْهَبَ إلَّا عَلَى التَّسَاوِي؛ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ يَحْرُمُ فِيهِ، وَإِنْ كَانَا مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ جَازَ أَنْ يَقْتَسِمَاهُ عَلَى مَا يَتَرَاضَيَانِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِمَا غَيْرُ مَمْنُوعٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسَحْنُونٍ فِي مِثْلِ هَذَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُ بَعْضِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَمَّا مَا يُمْكِنُ فِيهِ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِيمَنْ خَلَطَ جَوْزَ رَجُلٍ بِحِنْطَةِ آخَرَ: إنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى تَخْلِيصِ ذَلِكَ بِلَا مَضَرَّةٍ عَلَى الْقَمْحِ وَالْجَوْزِ قَالَ: وَكَذَلِكَ خَلْطُ الْجَوْزِ بِالرُّمَّانِ وَالرُّمَّانِ بِالْأُتْرُجِّ وَالتُّفَّاحِ إلَّا أَنْ يَكُونَ خَلْطُهُمَا يُفْسِدُ أَحَدَهُمَا فَيَضْمَنُ الَّذِي يَفْسُدُ بِالْخَلْطِ، وَإِنْ كَانَ يَفْسُدَانِ بِذَلِكَ ضَمِنَهُمَا، وَلَوْ تَلِفَا قَبْلَ الْفَسَادِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: كَيْفَ يَضْمَنُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَفْسُدَا، وَالْخَلْطُ لَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلضَّمَانِ، وَإِنَّمَا يُوجِبُهُ الْفَسَادُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ قَمْحًا فَطَحَنَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: عَلَيْهِ مِثْلُهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي غَيْرِهَا: يَأْخُذُ صَاحِبُ الْقَمْحِ دَقِيقَهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي طَحِينِهِ وَأَصْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي هَذَا مُخَالِفٌ لِأَصْلِ أَشْهَبَ وَذَلِكَ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ: إنَّ الْغَاصِبَ إذَا صَنَعَ فِيمَا غَصَبَ صِنَاعَةً لَمْ يَكُنْ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ إلَّا بِأَنْ يَدْفَعَ إلَى الْغَاصِبِ قِيمَةَ تِلْكَ الصِّنَاعَةِ، وَإِلَّا ضَمَّنَهُ مَا غَصَبَهُ إيَّاهُ فَإِنْ كَانَ ثَوْبًا صَبَغَهُ الْغَاصِبُ كَانَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةَ صَبْغِهِ أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ فَكَذَلِكَ يَدْفَعُ إلَيْهِ قِيمَةَ صِنَاعَتِهِ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ مِثْلَ مَا لَهُ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْحِنْطَةِ؛ لِأَنَّهَا حِنْطَةٌ وَدَرَاهِمُ بِدَقِيقٍ وَلَا يَجُوزُ فِيهِمَا التَّفَاضُلُ وَأَشْهَبُ يَقُولُ: إنَّ مَا يَصْنَعُهُ الْغَاصِبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ يَبْطُلُ وَلِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ وَلَا يُعْطِيهِ قِيمَةَ الصَّبْغِ وَيَأْخُذَ الْحِنْطَةَ وَلَا يُعْطِيهِ قِيمَةَ الطَّحْنِ.

وَاتَّفَقَا فِي الْمَجْمُوعَةِ عَلَى أَنَّهُ مَنْ غَصَبَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا سَوِيقًا وَلَتَّهُ فَلَيْسَ لِرَبِّهَا أَخْذُ ذَلِكَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْغَاصِبِ مَالٌ بِيعَ السَّوِيقُ فَاشْتَرَى مِنْ ثَمَنِهِ مِثْلَ الْحِنْطَةِ فَمَا فَضَلَ فَلِلْغَاصِبِ وَمَا نَقَصَ اتَّبَعَ بِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الثَّوْبُ يُصْبَغُ وَالثَّوْبُ يُقْطَعُ وَالْعَمُودُ يَدْخُلُ فِي الْبُنْيَانِ؛ لِأَنَّ اسْمَ ذَلِكَ قَائِمٌ بَعْدُ،

وَاسْمُ الْقَمْحِ قَدْ زَالَ وَانْتَقَلَ إلَى اسْمِ السَّوِيقِ قَالَ سَحْنُونٌ: كُلُّ مَا غُيِّرَ حَتَّى يَصِيرَ لَهُ اسْمٌ غَيْرَ اسْمِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ وَهُوَ فَوْتٌ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ لِرَبِّ الْحِنْطَةِ أَنْ يَأْخُذَهَا إذَا طَحَنَهَا الْغَاصِبُ سَوِيقًا أَوْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَهَا وَلَا حُجَّةَ لِلْغَاصِبِ فِي الصَّنْعَةِ؛ لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» وَاتَّفَقَ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ عَلَى أَنَّ مَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَجَعَلَهُ ظِهَارَةً أَوْ بِطَانَةً لِجُبَّةٍ أَوْ جَعَلَهُ قَلَانِسَ فَإِنَّ لِرَبِّهِ فَتْقَهُ وَأَخْذَهُ أَوْ أَخْذَ قِيمَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ عِنْدَ أَشْهَبَ لَمْ يُنْقَلْ عَنْ اسْمِهِ وَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ فِيهِ غَيْرُ صِنَاعَةٍ يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَتُهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ عَمُودًا أَوْ خَشَبَةً فَأَدْخَلَهَا فِي بُنْيَانِهِ فَإِنَّ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا، وَإِنْ خَرِبَ الْبُنْيَانُ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ عَمِلَ الْخَشَبَةَ بَابًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ قَالَ مَالِكٌ: لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ أَنْ يُعِيدَهُ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ قَدْ انْتَقَلَ عَنْ اسْمِ الْخَشَبَةِ إلَى اسْمِ الْبَابِ، وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ الْبَابِ دُونَ غُرْمِ قِيمَةِ الصَّنْعَةِ وَلَا أَنْ يَأْخُذَهُ، وَيَدْفَعَ قِيمَةَ الصَّنْعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَالَ إلَى غَيْرِ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَالَ: وَكَذَلِكَ

(277/5)

. . . .

[المنتقى]

الْحِنْطَةُ تُتَّخَذُ خُبْزًا وَالْجِلْدُ خِفَافًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ فِضَّةً فَصَاغَهَا حُلِيًّا أَوْ ضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ غَصَبَ دَرَاهِمَ فَصَاغَهَا حُلِيًّا أَوْ غَصَبَ حُلِيًّا فَكَسَرَهُ وَصَاغَ مِنْهُ حُلِيًّا آخَرَ يُخَالِفُهُ أَوْ نُحَاسًا فَصَنَعَ مِنْهُ آنِيَةً أَوْ حَدِيدًا فَصَنَعَ مِنْهُ سُيُوفًا أَوْ آنِيَةً فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ: لَيْسَ لِرَبِّ الْمَالِ هَذَا أَخْذُ ذَلِكَ وَلَهُ مِثْلُ وَزْنِ فِضَّتِهِ وَنُحَاسِهِ وَحَدِيدِهِ وَمِثْلُ دَرَاهِمِهِ وَقِيمَةُ الْحُلِيِّ قَالَ أَشْهَبُ: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ الصَّنْعَةِ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ التَّفَاضُلِ بَيْنَ الْفِضَّتَيْنِ وَلَا أَنْ يَذْهَبَ بِصَنْعَتِهِ بَاطِلًا وَلَيْسَ كَالْحِنْطَةِ يَطْحَنُهَا سَوِيقًا؛ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ بَيْنَ الْحِنْطَةِ وَالسَّوِيقِ، وَإِنْ لَمْ يُلَتَّ جَائِزٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَمِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي السَّوِيقِ مَا يَجِبُ أَنْ يَتَفَاضَلَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ فِيمَنْ غَصَبَ فِضَّةً فَصَاغَهَا حُلِيًّا أَنَّ لِرَبِّهَا أَخْذَهَا أَوْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَ فِضَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِعَمَلِ ظَالِمٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُمْكِنُ رَدُّهَا إلَى مَا كَانَتْ مَعَهُ عَلَيْهِ كَالْجِذْعِ وَالْحَجَرِ يَدْخُلُ فِي الْبُنْيَانِ وَهَذَا يُخَالِفُ صَبْغَ الثَّوْبِ وَطَحْنَ الْقَمْحِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُعَادَ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَهْلِكُ مِنْ أَحَدِهِمَا مَجْهُولَ الْعَدَدِ لَزِمَتْ فِيهِ الْقِيمَةُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْمِثْلِ مَعَ الْجَهْلِ بِالْوَزْنِ لَا يَكَادُ يُسْلَمُ فِيهِ مِنْ التَّفَاضُلِ بَيْنَ الذَّهَبَيْنِ وَالْوَرِقَيْنِ وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ بِاتِّفَاقٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ غَصَبَ كَتَّانًا مَغْزُولًا أَوْ مَنْقُوشًا فَغَزَلَهُ ثُمَّ نَسَجَهُ ثَوْبًا فَعَلَيْهِ مِثْلُ الْكَتَّانِ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِثْلُهُ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتِهْلَاكِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ قَالَ: وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: عَلَيْهِ قِيمَةُ الْغَزْلِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عِنْدَ أَشْهَبَ قَدْ انْتَقَلَ إلَى اسْمٍ آخَرَ وَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ قَدْ انْتَقَلَ إلَى جِنْسٍ آخَرَ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا غَصَبَهُ مَعَ النَّسَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَجَدَ طَعَامَهُ بِغَيْرِ بِلَادِ الْغَصْبِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ وَأَخْذِ مِثْلِهِ فِي مَوْضِعِ الْغَصْبِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا أَعْرِفُ قَوْلَ أَشْهَبَ هَذَا، وَإِنَّمَا لَهُ أَخْذُهُ بِمِثْلِهِ فِي مَوْضِعِ الْغَصْبِ، وَكَذَلِكَ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ أَشْهَبَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الطَّعَامِ وَالْإِدَامِ، وَكُلُّ مَا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ قَالَ أَصْبَغُ: إنْ كَانَ الْبَلَدُ الْبَعِيدُ فَالْقَوْلُ مَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا كَبَعْضِ الْأَرْيَافِ وَالْقُرَى وَيَحْمِلُ عَلَى الظَّالِمِ بَعْضَ الْحَمْلِ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ نَقْلَهُ إلَى بَلَدٍ آخَرَ إمَّا أَنْ يَكُونَ زِيَادَةٌ لَا غِبْنَ لَهَا فَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ صَاحِبَ الْحَقِّ مِنْ أَخْذِهِ حَقِّهِ، وَقَدْ وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ أَوْ يَكُونُ نَقْصًا فِي الصِّفَةِ فَقَدْ رَضِيَ بِهَا وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْحَمْلَ زِيَادَةٌ فِي الطَّعَامِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطَى عَنْهَا عِوَضًا لِمَا يَدْخُلُ ذَلِكَ مِنْ التَّفَاضُلِ بَيْنَ الطَّعَامَيْنِ الَّذِي وَجَبَ لَهُ بِالنَّقْلِ وَاَلَّذِي نَقَلَ وَلِذَلِكَ يُجْبَرُ صَاحِبُ الطَّعَامِ فِيهِمَا وَلَا يَجُوزُ أَيْضًا الْمُسَامَحَةُ بِقَدْرِ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا: إنَّهُ لَيْسَ لَهُ إلَّا الْقِيمَةُ، وَإِذَا اخْتَارَهَا صَاحِبُ الطَّعَامِ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فَلَا يَرْفَعُ الطَّعَامَ

الْمَنْقُولَ إلَى الْغَاصِبِ حَتَّى يَتَوَثَّقَ مِنْهُ قَالَ أَشْهَبُ: يُحَالُ بَيْنَ الْغَاصِبِ وَبَيْنَ الطَّعَامِ حَتَّى يُوَفَّى الْمَغْصُوبُ مِنْهُ حَقَّهُ وَقَالَ أَصْبَغُ: يَتَوَثَّقُ لَهُ بِحَقِّهِ قَبْلَ أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ وَقَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَتْلَفَ عَسَلًا أَوْ سَمْنًا بِبَلَدٍ فَلَمْ يَجِدْ فِيهِ مِثْلَهُ فَقَدْ حَكَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَهُ بِمِثْلِهِ، وَلَهُ أَنْ لَا يَأْخُذَ قِيمَتَهُ إلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى أَمْرٍ يَجُوزُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: رَبُّ الطَّعَامِ مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ صَبَرَ وَأَلْزَمَهُ الْمِثْلَ يَأْتِي بِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَلْزَمَهُ الْقِيمَةَ الْآنَ وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: اُخْتُلِفَ فِي هَذَا كَمَا اُخْتُلِفَ فِي الْفَاكِهَةِ يُسْلَمُ فِيهَا فَيَنْقَضِي إبَّانُهَا وَقَدْ بَقِيَ بَعْضُهَا فَالصَّبْرُ حَتَّى يُؤْتِيَ بِالطَّعَامِ مِنْ هَذَا خَيْرٌ كَالصَّبْرِ حَتَّى يَأْتِيَ إبَّانُ الثَّمَرَةِ إلَى قَابِلٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَلْزَمُ الطَّالِبَ التَّأْخِيرُ فِيهِمَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ يَرُدُّ إلَيْهِ رَأْسَ مَالِهِ فِي السَّلَمِ وَلَا يَجُوزُ التَّأْخِيرُ، وَقَالَ فِي الطَّعَامِ: يَأْخُذُ قِيمَةَ الطَّعَامِ إنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُؤَخِّرَ وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ، وَإِنَّمَا يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُوجَدُ فِيهِ ذَلِكَ عَلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ الْأَمْرُ الْقَرِيبُ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا مِثْلُ طَعَامِهِ يَأْتِيهِ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الطَّالِبُ فِي تَأْخِيرِهِ

(278/5)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ إذَا اسْتَوْدَعَ الرَّجُلُ مَالًا فَابْتَاعَ بِهِ لِنَفْسِهِ وَرَبِحَ فِيهِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرِّبْحَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إلَى صَاحِبِهِ)

[المنتقى]

ضَرَرٌ أَوْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ فِي لُجِّ بَحْرٍ أَوْ سَفَرٍ بَعِيدٍ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ حَيْثُ اسْتَهْلَكَهُ يَأْخُذُهُ بِهِ حَيْثُ لَقِيَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ يَرُدُّ مِنْ الذَّهَبِ الذَّهَبَ وَمِنْ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ وَذَلِكَ أَنَّ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ لَا يَخْلُوَانِ أَيْضًا أَنْ يَكُونَا مَعْلُومَيْ الْقَدْرِ أَوْ غَيْرَ مَعْلُومَيْ الْقَدْرِ فَإِنْ كَانَتَا مَعْلُومَيْ الْقَدْرِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَصُوغٍ أَوْ مَصُوغًا فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَصُوغٍ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ تِبْرًا أَوْ مَضْرُوبًا فَإِنَّ هَذَا فِيهِ الْمِثْلَ

يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ ذَهَبًا، وَمِنْ الْفِضَّةِ فِضَّةً فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ التَّمَاثُلَ فِيهَا مَوْجُودٌ غَيْرُ مَعْدُومٍ، وَإِنَّمَا يَعْدِلُ إلَى الْقِيمَةِ إذَا عُدِمَ التَّمَاثُلُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الذَّهَبُ أَوْ الْفِضَّةُ مَصُوغَيْنِ فَإِنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ فِي مِثْلِ تِلْكَ الصِّيَاغَةِ إنْ كَانَ الْمُسْتَهْلَكُ ذَهَبًا فَقِيمَتُهُ مِنْ الْفِضَّةِ، وَإِنْ كَانَ فِضَّةً فَقِيمَتُهُ مِنْ الذَّهَبِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصِّيَاغَةَ مِنْ جُمْلَةِ مَا أُسْتُهْلِكَ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَالتَّمَاثُلَ مُتَعَذِّرٌ فِيهَا لَا سِيَّمَا مُرَاعَاةُ جِنْسِ فِضَّتِهَا؛ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ لَا تُضْرَبُ إلَّا بَعْدَ رَدِّهَا إلَى التَّمَاثُلِ فِي الْجِنْسِ، وَالتَّمَاثُلُ فِي السِّكَّةِ غَيْرُ مَعْدُومٍ، وَأَمَّا الصَّائِغُ فَلَا يَعْتَبِرُ فِي وُجُودِ مَا يَصُوغُهُ شَيْئًا بَلْ يَتَفَاوَتُ جَوْدَةُ مَا يُصَاغُ مِنْ ذَلِكَ وَلَا يَكَادُ يُوجَدُ فِيهَا التَّمَاثُلُ، وَكَذَلِكَ جِنْسُ مَا يُصَاغُ مِنْهُ يَبْعُدُ فِيهِ التَّمَاثُلُ فَلِذَلِكَ لَزِمَتْ فِيهِ الْقِيمَةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى سِوَارَيْنِ لِغَيْرِهِ فَهَشَّمَهُمَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ: عَلَيْهِ قِيمَةُ الصِّيَاغَةِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَلَيْسَ كَالْفَسَادِ الْفَاحِشِ فِي الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الصَّنْعَةَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ عَلَيْهِ أَنْ يَصُوغَهُمَا لَهُ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيهِمَا وَفِي الْجِدَارِ يَهْدِمُهُ: فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ أَنْ يَصُوغَهُمَا فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِمَا مَصُوغَيْنِ وَمَكْسُورَيْنِ وَلَا أُبَالِي قُوِّمَا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا نَقَصَتْهُمَا الصَّنْعَةُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ عَلَى الذَّهَبِ، وَإِنَّمَا تَعَدَّى عَلَى الصِّيَاغَةِ فَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّهَا مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ.

وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَصُوغَهُمَا لَهُ؛ لِأَنَّ الصِّيَاغَةَ عِنْدَهُ مِمَّا لَهَا مِثْلٌ وَلِذَلِكَ قَالَ فِيمَنْ اسْتَهْلَكَهُمَا لَا أُلْزِمُهُ مِثْلَهُمَا؛ لِأَنِّي لَا آمَنُ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ ذَهَبِهِ أَوْ أَقَلُّ وَفِي الْكَثِيرِ إنَّمَا يَصُوغُ ذَهَبَهُمَا نَفْسَهُ وَهَذَا الَّذِي قَالَ غَيْرُ مُتَخَلِّصٍ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِذَهَبٍ مِثْلِهِ وَيَصُوغَ مِثْلَ تِلْكَ الصِّنَاعَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَلَيْهِ مَا نَقَصَتْهُمَا الصِّيَاغَةُ أَنَّهُ نَقْصٌ طَرَأَ عَلَى الْحُلِيِّ لَا يُتَصَوَّرُ انْفِرَادُهُ دُونَهُ وَهُوَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ فَكَانَ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ كَمَا لَوْ جَنَى عَلَى ثَوْبٍ بِتَخْرِيقٍ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ مَنْ تَجَرَ بِمَالٍ أُسْتُوْدِعَهُ فَرَبِحَ فِيهِ فَإِنَّ الرِّبْحَ لَهُ، وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي جَوَازِ السَّلَفِ مِنْ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ إذْنِ الْمُودِعِ فَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ أَنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ.

وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ قَالَ تَرْكُ ذَلِكَ أَحَبُّ إلَيَّ وَقَدْ أَجَازَهُ بَعْضُ النَّاسِ فَرُوجِعَ فِي

ذَلِكَ فَقَالَ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِيهِ وَفَاءٌ وَأَشْهَدَ فَأَرْجُو أَنْ لَا بَأْسَ بِهِ وَوَجْهُ الْكَرَاهِيَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا إنَّمَا دَفَعَهَا إلَيْهِ؛ لِيَحْفَظَهَا لَا لِيَنْتَفِعَ بِهَا وَلَا لِيَصْرِفَهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا عَمَّا قَبَضَهَا عَلَيْهِ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ مَنْ اسْتَوْدَعَ مَالًا أَوْ بَعَثَ بِهِ مَعَهُ فَلَا أَرَى أَنْ يَتَّجِرَ بِهِ وَلَا أَنْ يُسَلِّفَهُ أَحَدًا وَلَا يُحَرِّكَهُ عَنْ حَالِهِ؛ لِأَنِّي أَخَافُ أَنْ يُفْلِسَ أَوْ يَمُوتَ فَيُتْلِفَ الْمَالُ وَيُضَيِّعَ أَمَانَتَهُ.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّا إذَا قُلْنَا: إنَّ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ؛ فَإِنَّهُ لَا مَضَرَّةَ فِي انْتِفَاعِ الْمُودَعِ بِهَا إذَا رَدَّ مِثْلَهَا، وَقَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهَا وَيَتَمَسَّكَ بِهَا مَعَ بَقَاءِ أَعْيَانِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ فَأَمَّا مَا يَتَعَيَّنُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ مَا لَهُ مِثْلٌ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ، وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ كَالْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ فَأَمَّا مَا لَهُ مِثْلٌ فَالْأَظْهَرُ عِنْدِي الْمَنْعُ مِنْهُ وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرَى بِرَدِّ مِثْلِهِ إبَاحَةَ ذَلِكَ وَسَيَجِيءُ ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ – تَعَالَى – وَأَمَّا مَا لَا مِثْلَ لَهُ فَلَا شُبْهَةَ فِي الْمَنْعِ مِنْهُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(فَرْعٌ)

(279/5)

. . . .

[المنتقى]

وَإِنْ تَلِفَتْ الْوَدِيعَةُ بَعْدَ مَا تَسَلَّفَ مِنْهَا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لَا يَضْمَنُ إلَّا مَا تَسَلَّفَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ إنْ اسْتَوْدَعَهَا مَصْرُورَةً فَحَلَّ صِرَارَهَا ثُمَّ تَسَلَّفَ مِنْهَا شَيْئًا ضَمِنَ جَمِيعَهَا تَلِفَتْ بَعْدَ أَنْ رَدَّ فِيهَا مَا تَسَلَّفَ أَوْ قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَّهَا وَلَمْ يَتَسَلَّفْ مِنْهَا وَلَوْ أَوْدَعَهَا مَنْثُورَةً لَمْ يَضْمَنْ غَيْرَ مَا تَسَلَّفَ مِنْهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اسْتَسْلَفَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَرَدَّهُ فَقَدْ قَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ: اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الَّذِي يُنْفِقُ مِنْ وَدِيعَةٍ

عِنْدَهُ ثُمَّ يَرُدُّ مَا أَنْفَقَ فَقَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: سَوَاءٌ كَانَتْ مَنْثُورَةً أَوْ مَصْرُورَةً وَقَالَ مَالِكٌ أَيْضًا لَا يَبْرَأُ، وَإِنْ رَدَّهُ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ وَبِهَذَا أَخَذَ الْمَدَنِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَرَوَاهُ الْمِصْرِيُّونَ وَلَمْ يَأْخُذُوا بِهِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ إذَا اسْتَوْدَعَهَا مَصْرُورَةً فَحَلَّ صِرَارَهَا ثُمَّ تَلِفَ مِنْهَا شَيْءٌ بَعْدَ الرَّدِّ ضَمِنَهُ، وَإِنْ اسْتَوْدَعَهَا مَنْثُورَةً ثُمَّ رَدَّ مَا تَسَلَّفَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ مِنْ هَذِهِ الْأَقْوَالِ، وَحَكَى ابْنُ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَاحْتَجَّ لِقَوْلِ مَالِكٍ بِأَنَّ الَّذِي أَوْجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ تَعَدِّيهِ بِالْأَخْذِ فَإِذَا رَدَّ مَا أَخَذَ فَقَدْ زَالَ التَّعَدِّي وَسَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ قَالَ؛ وَلِأَنَّهُ حَافِظٌ لَهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أُمِرَ بِهِ فَلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانٌ كَحَالَةِ الِابْتِدَاءِ وَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّهُ قَدْ خَرَجَ عَنْ الْأَمَانَةِ بِأَخْذِهَا عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي فَرَدُّهُ إيَّاهَا لَا يُزِيلُ عَنْهُ الضَّمَانَ كَمَا لَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ اعْتَرَفَ بِهَا.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا: إنَّهُ سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ بِالرَّدِّ فَإِنَّ ذَلِكَ فِيمَا لَهُ مِثْلٌ كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحِنْطَةِ وَالْعَسَلِ، وَكُلِّ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ، وَأَمَّا فِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ الْقِيمَةُ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ حَكَى ذَلِكَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهُوَ مَعْنَى مَا قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ إنْ رَدَّ مِثْلَ الثِّيَابِ فِي الصِّفَةِ وَالطُّولِ وَالْعَرْضِ لَمْ يُبْرِئْهُ ذَلِكَ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ لِأَنَّ مَنْ اسْتَهْلَكَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا فَقَدْ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ مَكَانَهَا ثَوْبًا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَبْرَأُ بِرَدِّ الْمِثْلِ فِيمَا لَهُ مِثْلٌ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ بِرَدِّ الْمِثْلِ بَرِئَ، وَإِنْ ادَّعَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْكُولٌ إلَى أَمَانَتِهِ كَادِّعَائِهِ التَّلَفَ وَالثَّانِيَةُ لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ مَا تَسَلَّفَ قَدْ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ فَلَا يَبْرَأُ مِنْهُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ إقْرَارٍ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَشَارَ إلَى مَا رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ أَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ إنْ رَدَّهُ بِبَيِّنَةٍ بَرِئَ، وَإِلَّا لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ وَهْبٍ وَرَوَاهُ مُحَمَّدٌ بْنُ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ إنْ تَسَلَّفَهَا بِبَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ تَسَلَّفَهَا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا: يُقْبَلُ قَوْلُهُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْ يَمِينًا وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ هُوَ مُصَدَّقٌ مَعَ يَمِينِهِ وَقَالَهُ أَشْهَبُ فِي كِتَابِهِ قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ تَلِفَتْ وَلَمْ آخُذْ مِنْهَا شَيْئًا لَصُدِّقَ وَجْهُ الرِّوَايَةِ بِنَفْيِ الْيَمِينِ وَهُوَ ظَاهِرُ مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهَا يَمِينُ تُهْمَةٍ فَلَا يَلْزَمُ الْمُؤْتَمَنُ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَعَلَّقَ فِي ذِمَّتِهِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي بَرَاءَتِهِ مِنْهُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا تَسَلَّفَ مِنْهَا بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهَا، وَأَمَّا مَنْ أَوْدَعَ وَدِيعَةً فَقِيلَ لَهُ تَسَلَّفْ مِنْهَا إنْ شِئْت فَتَسَلَّفَ مِنْهَا وَقَالَ رَدَدْتُهَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ شَعْبَانَ: لَا يُبْرِئُهُ رَدُّهُ إيَّاهَا إلَّا إلَى رَبِّهَا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا قَالَ ذَلِكَ رَبُّ

الْمَالِ صَارَ هُوَ الْمُسَلِّفُ فَلَا يَبْرَأُ الْمُتَسَلِّفُ إلَّا بِرَدِّ ذَلِكَ إلَيْهِ وَعِنْدِي أَنَّهُ يَبْرَأُ بِرَدِّهَا إلَى الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حَسَبِ ذَلِكَ كَانَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ أَنْ يَتَسَلَّفَهَا فَإِذَا رَدَّهَا إلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ بَرِئَ مِنْ الضَّمَانِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُنَا: إنَّهُ إنْ ابْتَاعَ بِهِ لِنَفْسِهِ فَرَبِحَ فَالرِّبْحُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ يُرِيدُ إنْ كَانَ الْمَالُ عَيْنًا، وَذَلِكَ أَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ عَيْنًا أَوْ غَيْرَ عَيْنٍ فَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّ مَا ابْتَاعَ بِهِ لَهُ وَأَنَّ الرِّبْحَ فِي ذَلِكَ لَهُ وَالْخَسَارَةَ عَلَيْهِ، وَهَذَا عِنْدِي مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالْغَصْبِ وَلِذَلِكَ قَالَ

(280/5)

الْقَضَاءُ فِيمَنْ ارْتَدَّ عَنْ الْإِسْلَامِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ» وَمَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا نَرَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ» أَنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنْ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ مِثْلَ الزَّنَادِقَةِ وَأَشْبَاهِهِمْ فَإِنَّ أُولَئِكَ إذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ قُتِلُوا وَلَمْ يُسْتَتَابُوا؛ لِأَنَّهُ لَا تُعْرَفُ تَوْبَتُهُمْ، وَإِنَّهُمْ كَانُوا يُسِرُّونَ الْكُفْرَ وَيُعْلِنُونَ الْإِسْلَامَ فَلَا أَرَى أَنْ يُسْتَتَابَ هَؤُلَاءِ، وَلَا يُقْبَلَ مِنْهُمْ قَوْلُهُمْ وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنْ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ وَأَظْهَرَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ قَوْمًا كَانُوا عَلَى ذَلِكَ رَأَيْتُ أَنْ يُدْعَوْا إلَى الْإِسْلَامِ وَيُسْتَتَابُوا فَإِنْ تَابُوا قُبِلَ ذَلِكَ مِنْهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا قُتِلُوا وَلَمْ يَعْنِ بِذَلِكَ فِيمَا نَرَى – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَنْ خَرَجَ مِنْ الْيَهُودِيَّةِ إلَى النَّصْرَانِيَّةِ وَلَا مِنْ النَّصْرَانِيَّةِ إلَى الْيَهُودِيَّةِ وَلَا مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا إلَى الْإِسْلَامِ فَمَنْ خَرَجَ مِنْ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ، وَأَظْهَرَ ذَلِكَ فَذَلِكَ الَّذِي عُنِيَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)

[المنتقى]

إنَّهُ لَوْ كَانَتْ الْوَدِيعَةُ طَعَامًا فَبَاعَهُ بِثَمَنٍ فَإِنَّ صَاحِبَهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ إمْضَاءِ الْبَيْعِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ أَوْ تَضْمِينِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالصِّفَةِ وَيَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مَعْنًى آخَرُ، وَهُوَ أَنَّ الْمُودَعَ لَمْ يُبْطِلْ عَلَى الْمُودِعِ غَرَضَهُ مِنْ الدَّرَاهِمِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا وَلَوْ كَانَتْ بِضَاعَةً أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا سِلْعَةً مُعَيَّنَةً أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً لِنَفْسِهِ فَإِنَّ صَاحِبَ الْبِضَاعَةِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ مِثْلَ بِضَاعَتِهِ أَوْ يَأْخُذَ مَا

اشْتَرَى بِهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ رَامَ أَنْ يُبْطِلَ عَلَيْهِ غَرَضَهُ مِنْ بِضَاعَتِهِ وَيَسْتَبِدَّ بِرِبْحِهَا فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَابْتِيَاعُهُ لِنَفْسِهِ إنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي الْعُقُودِ الَّتِي مِنْ شَرْطِهَا التَّنَاجُزُ فِي الْمَجْلِسِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لَوْ كَانَتْ الْوَدِيعَةُ دَرَاهِمَ فَصَرَفَهَا بِدَنَانِيرَ أَوْ دَنَانِيرُ فَصَرَفَهَا بِدَرَاهِمَ لِنَفْسِهِ فَلَيْسَ لِرَبِّهَا إلَّا مَا كَانَ لَهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا صَرَفَهَا بِهِ إلَّا أَنْ يَرْضَى الْمُودِعُ، فَإِنْ صَرَفَهَا لِرَبِّهَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا صَرَفَهَا بِهِ، وَإِنْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَلَكِنْ يَصْرِفُ هَذِهِ إنْ كَانَتْ دَرَاهِمَ بِمِثْلِ دَنَانِيرِهِ فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ فَلِرَبِّهَا وَمَا كَانَ مِنْ نَقْصٍ ضَمِنَهُ الْمُتَعَدِّي بِخِلَافِ التَّعَدِّي فِي الْعُرُوضِ الَّتِي يَكُونُ رَبُّهَا مُخَيَّرًا فِي التَّعَدِّي عَلَيْهِ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا صَرَفَ الدَّرَاهِمَ لِنَفْسِهِ صَحَّ الصَّرْفُ فِيهَا، وَإِذَا صَرَفَهَا لِصَاحِبِهَا كَانَ بِالْخِيَارِ فَمَنَعَ ذَلِكَ صِحَّةَ الصَّرْفِ فَإِنْ فَاتَ بِإِنْكَارٍ مِنْ صَارِفِهِ أَوْ مَغِيبِهِ لَمْ يَحِلَّ لِصَاحِبِ الدَّرَاهِمِ أَخْذُ عِوَضِهَا مِنْ الذَّهَبِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إمْضَاءٌ مِنْهُ لِصَرْفِ الْخِيَارِ.

وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ فِي أَنَّ رِبْحَ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودِعِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَرَبِيعَةُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَتَصَدَّقُ بِالرِّبْحِ وَلَا شَيْءَ مِنْهُ لِلْمُودِعِ وَلَا لِلْمُودَعِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إنْ اشْتَرَى بِذَلِكَ الْمَالِ بِعَيْنِهِ فَالرِّبْحُ لِصَاحِبِهِ، وَإِنْ اشْتَرَى بِمَالٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَقَضَى مِنْ الْوَدِيعَةِ فَالرِّبْحُ لِلْمُودِعِ وَجْهُ ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّهُ اغْتَصَبَ عَدَدًا مَا فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ غَيْرُهُ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِهِ ثَوْبًا يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ فَلَبِسَهُ أَوْ وَهَبَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ حَتَّى يُوَفِّيَهُ إلَى صَاحِبِهِ يُرِيدُ عَلَى أَصْلِ مَالِكٍ أَوْ إلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامُهُ فِي الْقَبْضِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ إذَا رَدَّهُ إلَى الْوَدِيعَةِ فَقَدْ رَدَّهُ إلَى صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ تَنُوبُ عَنْ يَدِ صَاحِبِهِ فَإِذَا نَوَى رَدَّهُ وَوَجَدَ مِنْهُ مِنْ الْعَمَلِ مَا يُتِمُّ بِهِ ذَلِكَ فَقَدْ رَدَّهُ إلَى صَاحِبِهِ، وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ فِي الْمَصْرُوفِ لَا يَبْدَأُ إلَّا بِرَدِّهِ إلَى صَاحِبِهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْهُ أَوْ عَلَى رِوَايَةِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ عَنْهُ فِي إطْلَاقِ ذَلِكَ وَالْأَمْرُ أَبْيَنُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِيمَنْ ارْتَدَّ عَنْ الْإِسْلَامِ]

(ش) : قَوْلُهُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَهُ» فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: إنَّ مَعْنَاهُ فِيمَنْ خَرَجَ عَنْ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُسْتَتَابُ فِيهِ كَالزَّنَادِقَةِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ

. . . .

[المنتقى]

– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» يَعْنِي بَعْدَ الِاسْتِتَابَةِ فَإِنْ تَابَ تُرِكَ فَحُمِلَ ذَلِكَ عَلَى الْمُرْتَدِّ الْمُظْهِرِ لِارْتِدَادِهِ.

وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ انْتَقَلَ إلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ لَا يَخْلُو أَنْ يُسِرَّ كُفْرَهُ أَوْ يُظْهِرَهُ، فَإِنْ أَسَرَّهُ فَهُوَ زِنْدِيقٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى: مَنْ أَسَرَّ مِنْ الْكُفْرِ دِينًا خِلَافَ مَا بَعَثَ اللَّهُ بِهِ مُحَمَّدًا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ يَهُودِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ أَوْ مَنَانِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا مِنْ صُنُوفِ الْكُفْرِ أَوْ عِبَادَةِ شَمْسٍ أَوْ قَمَرٍ أَوْ نُجُومٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَيْهِ فَلْيُقْتَلْ وَلَا تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَمَنْ أَظْهَرَ كُفْرَهُ مِنْ زَنْدَقَةٍ أَوْ كُفْرٍ بِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ثُمَّ تَابَ قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ.

وَرَوَى سَحْنُونٌ وَابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ يُقْتَلُ الزِّنْدِيقُ وَلَا يُسْتَتَابُ إذَا ظَهَرَ عَلَيْهِ قَالَ سَحْنُونٌ إنْ تَابَ لَمْ تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ، وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحْدَهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ} [غافر: 84] {فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا} [غافر: 85] قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ: الْبَأْسُ هَاهُنَا السَّيْفُ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِذَلِكَ بِأَنَّ تَوْبَتَهُ لَا تُعْرَفُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَمَّا كَانَ الزِّنْدِيقُ يُقْتَلُ عَلَى مَا أَسَرَّ لَمْ تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ؛ لِأَنَّ مَا يُظْهِرُ لَا يَدُلُّ عَلَى مَا يُسِرُّ؛ لِأَنَّهُ كَذَلِكَ كَانَ فَلَا عَلَامَةَ لَنَا عَلَى تَوْبَتِهِ، وَالْمُرْتَدُّ يُقْتَلُ عَلَى مَا أَظْهَرَ فَإِذَا أَظْهَرَ تَوْبَتَهُ أَبْطَلَ بِهَا مَا أَظْهَرَ مِنْ الْكُفْرِ.

قَالَ: وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَنْ جَاهَرَ بِالْفَسَادِ وَالسَّفَهِ قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ وَصَارَ إلَى الْعَدَالَةِ وَمَنْ شَهِدَ بِالْعَدَالَةِ وَشَهِدَ بِالزُّورِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ أَظْهَرَ الرُّجُوعَ عَمَّا ثَبَتَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَقَرَّ الزِّنْدِيقُ بِكُفْرِهِ قَبْلَ أَنْ يُظْهَرَ عَلَيْهِ فَهَلْ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ أَمْ لَا قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَسَى أَنْ تُقْبَلَ تَوْبَتُهُ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ ذَلِكَ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَزَنْدَقَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ لَا يُقْتَلُ؛

لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ كُفْرٍ إلَى كُفْرٍ.
وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ دِينٌ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ أَحَدٌ وَلَا يُؤْخَذُ عَلَيْهِ جِزْيَةٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: لَا أَعْلَمُ مَنْ قَالَهُ غَيْرُهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالزَّنْدَقَةِ هَاهُنَا الْخُرُوجَ إلَى غَيْرِ شَرِيعَةٍ مِثْلَ التَّعْطِيلِ وَمَذَاهِبِ الدَّهْرِيَّةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ الِاسْتِسْرَارَ بِمَا خَرَجَ إلَيْهِ، وَالْإِظْهَارَ لِمَا خَرَجَ عَنْهُ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ.
1 –
(فَرْعٌ) وَإِذَا أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ الَّذِي تَزَنْدَقَ فَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ الْأَنْدَلُسِيُّ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ يُقْتَلُ كَالْمُسْلِمِ يَتَزَنْدَقُ ثُمَّ يَتُوبُ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُ مَالِكٍ وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنْ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ فَأَظْهَرَ غَيْرَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ – تَعَالَى – وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهُ قَالَ لَا بُدَّ أَنْ يُقْتَلَ، وَإِنْ تَابَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُ اللَّهِ – تَعَالَى – {فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} [التوبة: 5] وقَوْله تَعَالَى {وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ} [الشورى: 25] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهَا مَعْصِيَةٌ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَدٌّ وَلَا حَقٌّ لِمَخْلُوقٍ كَسَائِرِ الْمَعَاصِي.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُرْتَدِّ إذَا تَابَ رَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ} [الأنفال: 38] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا مُنْتَقِلٌ مِنْ كُفْرٍ إلَى إيمَانٍ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ بِمَا تَقَدَّمَ مِنْ الْكُفْرِ كَالنَّصْرَانِيِّ يُسْلِمُ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَيُسْتَتَابُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ تَابَ فِيهَا، وَإِلَّا قُتِلَ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ وَلَهُ قَوْلٌ ثَانٍ يُسْتَتَابُ فِي الْحَالِ فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ وَقَدْ رَوَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ عَنْ مَالِكٍ.
وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يُسْتَتَابُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَوْ ثَلَاثَ جُمَعٍ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيّ فَسَأَلَهُ عَنْ النَّاسِ فَأَخْبَرَهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ هَلْ كَانَ فِيكُمْ مِنْ مُغْرِبَةِ خَبَرٍ فَقَالَ نَعَمْ رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إسْلَامِهِ قَالَ فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ قَالَ قَرَّبْنَاهُ فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ فَقَالَ عُمَرُ أَفَلَا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ اللَّهُمَّ إنِّي لَمْ أَحْضُرْ وَلَمْ آمُرْ وَلَمْ أَرْضَ إذْ بَلَغَنِي) .

[المنتقى]

مَنْ قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ عُرِضَتْ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْكُفَّارِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ فِي اسْتِتَابَةِ الْمُرْتَدِّ تَخْوِيفٌ وَلَا تَعْطِيشٌ فِي قَوْلِ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ: يُخَوَّفُ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ بِالْقَتْلِ وَيُذَكَّرُ الْإِسْلَامَ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ هَذَا إكْرَاهٌ بِنَوْعٍ مِنْ الْعَذَابِ فَلَمْ يُؤْخَذْ بِهِ فِي مُدَّةِ الِاسْتِتَابَةِ كَالضَّرْبِ وَقَطْعِ الْأَعْضَاءِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْعَبْدُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ وَالْمَرْأَةُ كَالرَّجُلِ قَالَهُ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تُقْتَلُ الْمُرْتَدَّةُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَهَذَا عَامٌّ وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ سَبَبٌ يُقْتَلُ بِهِ الرَّجُلُ فَجَازَ أَنْ تُقْتَلَ بِهِ الْمَرْأَةُ كَالْقَتْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُرْتَدُّ مِمَّنْ وُلِدَ عَلَى الْإِسْلَامِ أَوْ لَمْ يُولَدْ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ هُمْ سَوَاءٌ يُسْتَتَابُونَ كُلُّهُمْ فَإِنْ تَابُوا، وَإِلَّا قُتِلُوا رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ خَارِجٌ عَنْ دِينِ الْإِسْلَامِ إلَى غَيْرِهِ فَكَانَ حُكْمُهُ مَا تَقَدَّمَ كَالَّذِي بَدَّلَهُ وَهُوَ عَلَى الْإِسْلَامِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ إسْلَامُهُ عَنْ ضِيقٍ أَوْ غُرْمٍ أَوْ خَوْفٍ ثُمَّ ارْتَدَّ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ: لَهُ فِي ذَلِكَ عُذْرٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا عُذْرَ لَهُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ ذَلِكَ عَنْ ضِيقٍ وَقَالَ أَصْبَغُ قَوْلُ مَالِكٍ أَحَبُّ إلَيَّ إلَّا أَنْ يُقِيمَ عَلَى الْإِسْلَامِ بَعْدَ ذَهَابِ الْخَوْفِ فَهَذَا يُقْبَلُ وَأَنْكَرَ ابْنُ حَبِيبٍ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ عَنْ ضِيقٍ أَوْ غَيْرِهِ وَيُقْتَلُ إنْ رَجَعَ قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ عَنْ مَالِكٍ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ فِعْلَ الْمُكْرَهِ لَا حُكْمَ لَهُ وَهَذَا لَمَّا دَخَلَ فِي الْإِسْلَامِ كُرْهًا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمُهُ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ قَوْلُ الرَّبِّ – تَعَالَى – {فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ} [التوبة: 5] إلَى {غَفُورٌ رَحِيمٌ} [التوبة: 5] فَأَمَرَ بِقَتْلِهِمْ، وَإِنْ دَخَلُوا الْإِسْلَامَ عَلَى ذَلِكَ ثَبَتَ لَهُمْ حُكْمُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا لَا يُقْتَلُ عَلَى الرِّدَّةِ مَنْ أَسْلَمَ عَنْ ضِيقِ خَرَاجٍ أَوْ جِزْيَةٍ أَوْ مَخَافَةٍ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ: يُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ إلَى الْإِسْلَامِ وَيُحْبَسُ وَيُضْرَبُ فَإِنْ رَجَعَ، وَإِلَّا تُرِكَ، وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّا لَا نَعْلَمُ قَطْعًا أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ الْإِسْلَامَ فَلِذَلِكَ نَدْعُوهُ إلَيْهِ وَنُشَدِّدُ عَلَيْهِ فِي مُرَاجَعَتِهِ وَلَا يَبْلُغُ الْقَتْلَ لِمَا ثَبَتَ مِنْ ظَاهِرِ أَمْرِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ رَجُلًا قَدِمَ عَلَى عُمَرَ مِنْ قِبَلِ أَبِي مُوسَى فَسَأَلَهُ عَنْ النَّاسِ فَأَخْبَرَهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَلْزَمُ الْإِمَامَ مِنْ السُّؤَالِ عَمَّنْ غَابَ عَنْهُ مِنْ رَعِيَّتِهِ؛ لِيَعْرِفَ أَحْوَالَهُمْ وَيَسْأَلَ عَنْ ذَلِكَ الْوَارِدِ وَالصَّادِرِ حَتَّى لَا يَخْفَى عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ إذَا خَفِيَتْ عَلَيْهِ أَحْوَالُهُمْ لَمْ يُمْكِنْهُ تَلَافِي مَا ضَاعَ مِنْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ هَلْ فِيكُمْ مِنْ مُغْرِبَةِ خَبَرٍ سَأَلَهُ أَوَّلًا عَنْ الْمَعْهُودِ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ وَمَا يَعُمُّهُمْ ثُمَّ سَأَلَهُ عَمَّا عَسَى أَنْ يَطْرَأَ مِنْ الْأُمُورِ الَّتِي تُسْتَغْرَبُ وَلَيْسَتْ بِمُعْتَادَةٍ فَأَخْبَرَهُ أَنَّ رَجُلًا كَفَرَ بَعْدَ إسْلَامِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ نَادِرًا عِنْدَهُمْ مِمَّا يُسْتَغْرَبُ وَلَا يَكَادُ يَسْمَعُ بِهِ وَلِذَلِكَ حَكَمَ فِيهِ أَبُو مُوسَى بِحُكْمٍ مُخَالِفٍ لِمَا يَرَاهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَلَوْ كَانَ أَمْرًا يَكْثُرُ وَيَتَكَرَّرُ لَكَانَ عِنْدَ أَبِي مُوسَى وَغَيْرِهِ مِنْ الْأُمَرَاءِ مَا يَعْتَقِدُهُ فِي ذَلِكَ عُمَرُ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ مُوَافَقَةُ أَصْحَابِهِ فَيَشِيعُ ذَلِكَ أَوْ يَظْهَرُ مُخَالَفَةُ مَنْ أَخْطَأَ فَيَشِيعُ ذَلِكَ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ بَحْثٌ عَنْ حُكْمِهِمْ فِيهِ وَتَعَرُّفٌ لَهُ؛ لِيَأْمُرَ بِاسْتِدَامَةِ الصَّوَابِ وَالْإِقْلَاعِ عَنْ الْخَطَأِ فَقَالَ قَدَّمْنَاهُ فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ اسْتِتَابَةً وَلَا غَيْرَهَا وَقَدْ كَانَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقْتَلَ بَعْدَ الِاسْتِتَابَةِ

الْقَضَاءُ فِيمَنْ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ السِّمَانِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَرَأَيْتَ إنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ»)

[المنتقى]

وَإِبَايَتِهِ مِنْ الْمُرَاجَعَةِ لَكِنَّ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَهِمَ مِنْهُ تَرْكَ الِاسْتِتَابَةِ وَالْمُسَارَعَةِ إلَى قَتْلِهِ بِنَفْسِ كُفْرِهِ.

وَقَدْ احْتَجَّ أَصْحَابُنَا عَلَى وُجُوبِ اسْتِتَابَتِهِ قَوْلُ عُمَرَ هَذَا، وَأَنْ لَا مُخَالِفَ لَهُ وَهَذَا لَا يَصِحُّ إلَّا بِأَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَحْمِلَ فِعْلَ أَبِي مُوسَى عَلَى أَنَّهُ قَتَلَ بَعْدَ الِاسْتِتَابَةِ وَلَعَلَّ النَّاقِلَ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا، وَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ ذَلِكَ رُجُوعُ أَبِي مُوسَى وَغَيْرِهِ مِمَّنْ وَافَقَهُ عَلَى خِلَافِ قَوْلِ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَإِلَّا فَأَبُو مُوسَى وَمَنْ وَافَقَهُ عَلَى ذَلِكَ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْإِجْمَاعِ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَفَلَا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا وَأَطْعَمْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا يَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ الثَّلَاثَ مِنْ قَوْلِ اللَّهِ – تَعَالَى – {تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ} [هود: 65] ؛ وَلِأَنَّ الثَّلَاثَ قَدْ جُعِلَتْ أَصْلًا فِي الشَّرْعِ فِي اعْتِبَارِ مَعَانٍ وَاخْتِيَارُهَا فِي الْمُصَرَّاةِ وَفِي اسْتِظْهَارِ الْمُسْتَحَاضَةِ وَعَهْدَةِ الرَّقِيقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْمَعَانِي، وَإِطْعَامُهُ الرَّغِيفَ كُلَّ يَوْمٍ مَعْنَاهُ أَنْ لَا يُوَسِّعَ عَلَيْهِ مِنْ الْإِنْفَاقِ تَوْسِعَةً يَكُونُ فِيهَا إحْسَانٌ إلَيْهِ، وَإِنَّمَا يُعْطَى مَا يَبْقَى بِهِ رَمَقُهُ عَلَى وَجْهٍ لَا يَسْتَضِرُّ بِهِ وَلَا يَكُونُ مِنْهُ تَعْذِيبٌ لَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ فِي الْمُزَنِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَالَ لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ فِي أَنْ يُطْعَمَ الْمُرْتَدُّ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا وَلَكِنْ يُطْعَمُ مَا يَكْفِيهِ وَيَقُوتُهُ وَلَا يَجُوعُ، وَإِنَّمَا يُطْعَمُ مِنْ مَالِهِ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ: يَعْنِي فِي غَيْرِ تَوَسُّعٍ وَلَا تَفَكُّهٍ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: يَقُوتُ مِنْ الطَّعَامِ بِمَا لَا يَضُرُّهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ بِقَوْلِهِ لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ يُطْعَمُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيفًا بِمَعْنَى أَنْ لَا يَجْعَلَ ذَلِكَ حَدًّا وَلَمْ يُرِدْ عُمَرُ أَنْ يَجْعَلَهُ حَدًّا، وَإِنَّمَا أَشَارَ إلَى قِلَّةِ مُؤْنَتِهِ وَيَسَارَةِ وِرَاثَتِهِ فِي مَالِهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَوْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَاسْتَتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيُرَاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ – تَعَالَى – يُرِيدُ بِهِ الرُّجُوعَ إلَى الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَمَرَ اللَّهُ بِهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَنْ خَرَجَ مِنْ كُفْرٍ إلَى كُفْرٍ لَا يُسْتَتَابُ وَلَا يُعْرَضُ لَهُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: إنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ غَيَّرَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» يُرِيدُ الدِّينَ الَّذِي رَضِيَهُ اللَّهُ وَدَعَا إلَيْهِ، وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ مِنْ مِلَّةِ الْكُفْرِ إلَى غَيْرِهِ فَلَمْ يُغَيِّرْ بِذَلِكَ دِينَهُ الَّذِي شُرِعَ لَهُ قَالَ مَالِكٌ: سَوَاءٌ خَرَجَ إلَى دِينِ مَجُوسٍ أَوْ كِتَابٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ اللَّهُمَّ إنِّي لَمْ أَحْضُرْ وَلَمْ آمُرْ وَلَمْ أَرْضَ إذَا بَلَغَنِي تَبَرُّؤٌ مِنْ الْأَمْرِ وَتَصْرِيحٌ بِخَطَأِ فَاعِلِهِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إلَّا بِنَصٍّ مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَوْ إجْمَاعٍ بَعْدَهُ.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ: إنَّ أَبَا بَكْرٍ اسْتَتَابَ أَهْلَ الرِّدَّةِ.

وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الصِّدِّيقَ اسْتَتَابَ أُمَّ قِرْفَةَ إذْ ارْتَدَّتْ فَقَتَلَهَا فَلَعَلَّهُ قَدْ عَلِمَ بِانْعِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ فِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ وَفَعَلَ أَبُو مُوسَى غَيْرَ ذَلِكَ فَأَنْكَرَهُ عَلَيْهِ عُمَرُ، وَإِلَّا فَإِذَا كَانَ أَبُو مُوسَى مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ وَحَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ وَلَا إجْمَاعَ لِغَيْرِ مَا يَرَاهُ عُمَرُ لَمْ يَبْلُغْ عُمَرُ مِنْ الْإِنْكَارِ عَلَيْهِ هَذَا الْحَدَّ وَلَوْ لَمْ يَجُزْ لِأَبِي مُوسَى ذَلِكَ لِمَا جَازَ أَنْ يُوَلِّيَهُ الْحُكْمَ حَتَّى يُطَالِعَهُ عَلَى قَضِيَّتِهِ، وَفِي هَذَا مِنْ فَسَادِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَتَوَقُّفِ الْأَحْكَامِ مَا لَا خَفَاءَ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِيمَنْ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا]

(ش) : قَوْلُهُ «أَرَأَيْت إنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أَأُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ» عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِعْلَامِ مِنْ قِبَلِهِ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُبَادَةَ كَانَ يَقُولُ إنْ وَجَدَهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الصَّبْرِ عَلَى ذَلِكَ

(284/5)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيْبَرَى وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ فَكَتَبَ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ذَلِكَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: إنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي عَزَمْت عَلَيْك لَتُخْبِرُنِي فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى كَتَبَ إلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَسْأَلُك عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ عَلِيٌّ أَنَا أَبُو حَسَنٍ إنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ) .

[المنتقى]

وَيَضْرِبُهُ بِسَيْفٍ غَيْرِ مُصَفَّحٍ فَأَتَى هَذَا الْقَوْلُ عَلَى سَبِيلِ الْحُجَّةِ لِيُخْبِرَ بِهِ عَنْ نَفْسِهِ مِنْ شِدَّةِ غَيْرَتِهِ

وَالْإِظْهَارِ لِعُذْرِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ عَلَى مَعْنَى الْمَنْعِ لَهُ مِنْ قَتْلِهِ وَأَنَّهُ لَا يُقْتَلُ فِي قَوْلِهِ أَنَّهُ وَجَدَهُ مَعَ امْرَأَتِهِ، وَإِلَّا فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ وَيَصْرِفَهُ عَنْ مَنْزِلِهِ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيَتُهُ مَعَهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمَنْعِ لَهُ مِنْ قَتْلِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنْ فِعْلِهِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيْبَرِى وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ فَكَتَبَ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ذَلِكَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: إنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي عَزَمْت عَلَيْك لَتُخْبِرُنِي فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى كَتَبَ إلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَسْأَلُك عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ عَلِيٌّ أَنَا أَبُو حَسَنٍ إنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ) .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا ثُمَّ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ أَوْ اعْتَرَفَ بِهِ فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ الْقَضَاءُ فِي ذَلِكَ، وَكَتَبَ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَنْ ذَلِكَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى فَضْلِهِ وَتَوَقُّفِهِ فِيمَا لَا يَعْلَمُهُ وَسُؤَالُهُ عَنْ ذَلِكَ مِنْ يَثِقُ بِعِلْمِهِ وَيَتَسَبَّبُ إلَيْهِ بِكُلِّ مَا يُمْكِنُهُ، وَإِنْ كَانَ الْمَسْئُولُ مُنَابِذًا لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي يُرِيدُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَبَلَغَهُ خَبَرُهُ وَتَقَدَّمَ الِاسْتِعْدَاءُ عَلَى ذَلِكَ عَلَى مَنْ فَعَلَهُ لَا سِيَّمَا، وَهُوَ مِمَّا لَمْ يَتَقَدَّمْ فِيهِ حُكْمٌ شَهِيرٌ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ مَنْ أَرَادَ الْحُكْمَ فِيهِ ثُمَّ قَالَ لِأَبِي مُوسَى: عَزَمْت عَلَيْك لَتُخْبِرُنِي عَلَى مَعْنَى تَبْيِينِ الْقِصَّةِ وَالْبَحْثِ عَنْهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُ وَرُبَّمَا احْتَاجَ إنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ إلَى أَنْ يُشَخِّصَ الْخُصُومَ فِي ذَلِكَ لِيُبَالِغَ فِي تَتْمِيمِ الْقَضِيَّةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَا أَبُو حَسَنٍ مِمَّا تَسْتَعْمِلُهُ الْعَرَبُ عِنْدَ إصَابَةِ ظَنِّهِ كَمَا أَصَابَ ظَنُّهُ بِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِهِ وَرَوَى ذَلِكَ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى ثُمَّ قَالَ: إنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ يَشْهَدُونَ عَلَى الزِّنَى بَيْنَ الْمَقْتُولَيْنِ أُعْطِيَ بِرُمَّتِهِ يُرِيدُ سُلِّمَ إلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولَيْنِ يَقْتَصُّونَ مِنْهُ إنْ شَاءُوا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَطَعَ رِجْلَهُ أَوْ جَرَحَهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ إنْ قَاتَلَهُ فَكَسَرَ رِجْلَهُ أَوْ جَرَحَهُ أَنَّ ذَلِكَ جُبَارٌ، وَإِنْ قَتَلَهُ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ يَشْهَدُونَ عَلَى الزِّنَى بَيْنَهُمَا وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ

وُجُودَهُ فِي دَارِهِ أَوْجَبَ لَهُ أَنْ يُسَلِّطَ عَلَيْهِ بِالضَّرْبِ وَالْأَذَى وَالْإِبْعَادِ فَإِنْ قَاتَلَهُ وَمَنَعَهُ مِنْ خُرُوجِهِ كَانَ لَهُ مُدَافَعَتُهُ عَنْ ذَلِكَ بِمَا يُؤَدِّي إلَى الْجِرَاحِ وَمَا أَشْبَهَهَا وَأَمَّا الْقَتْلُ فَلَا يُسْتَبَاحُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ مِنْ حَقْنِ الدِّمَاءِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَوْلُ عَلِيٍّ عِنْدِي ذَلِكَ فِي الثَّيِّبِ وَالْبِكْرِ؛ لِأَنَّهُ إذَا جَاءَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ أَنَّهُ وَطِئَهَا لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ وَهُوَ عِنْدِي مَعْنَى قَوْلِ عَلِيٍّ أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِ الثَّيِّبِ وَلَا الْبِكْرِ إذَا قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِمَا زَعَمَ وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ حَلَّ بِهِ مِثْلَ هَذَا يَخْرُجُ عَنْ عَقْلِهِ وَلَا يَكَادُ يَمْلِكُ نَفْسَهُ، وَالْجَانِي أَحَقُّ مَنْ حُمِلَ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهَا، وَإِنْ كَانَا بِكْرَيْنِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ: عَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي الْبِكْرِ وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بِكْرًا إذَا كَانَ قَدْ كَثُرَ التَّشَكِّي مِنْهُ قَالَهُ ابْنُ مُزَيْنٍ.

وَقَالَ غَيْرُ ابْنِ الْقَاسِمِ: دَمُهُ هَدَرٌ فِي الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ وَقَدْ أَهْدَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ غَيْرَ دَمٍ فِي شَبَهِ هَذَا مِنْ التَّعَدِّي.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ: يُؤَدَّبُ مَنْ قَتَلَ مِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ دُونَ الْإِمَامِ وَهَذَا فِي الثَّيِّبِ وَيُقْتَلُ فِي الْبِكْرِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ قَتَلَ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ فَإِذَا لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ لَزِمَتْ الدِّيَةُ وَجْهُ قَوْلِ مَنْ أَهْدَرَ دَمَهُ أَنَّهُ عَمْدٌ

(285/5)

(الْقَضَاءُ فِي الْمَنْبُوذِ)

[المنتقى]

لَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ فَلَمْ تَجِبْ بِهِ الدِّيَةُ وَأَصلُ ذَلِكَ مَنْ قَتَلَهُ قِصَاصًا وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّ الثَّيِّبَ قَدْ وَجَبَ عَلَيْهَا الْقَتْلُ بِالزِّنَى وَالْإِحْصَانِ فَلَيْسَ عَلَى قَاتِلِهِ قَتْلٌ، وَإِنَّمَا عَلَى قَاتِلِهِ فِي ذَلِكَ الْعُقُوبَةُ لِافْتِيَاتِهِ فِي ذَلِكَ دُونَ الْإِمَامِ وَأَمَّا الْبِكْرُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ بِالزِّنَى فَمَنْ قَتَلَهُ قُتِلَ بِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: تَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَةُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ كِنَانَةَ: دِيَةُ الْخَطَأِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ

الْقَاتِلَ لَمَّا فَجَأَهُ مِنْ الْغَضَبِ الَّذِي سَبَبُهُ مِنْ الزَّانِي يَصِيرُ فِي حُكْمِ الْمَغْلُوبِ الَّذِي لَا عَقْلَ لَهُ فَكَانَتْ جِنَايَتُهُ خَطَأً وَحَكَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ خَطَأٌ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ لَيْسَتْ شُبْهَتُهُ بِالْقَوِيَّةِ فَأَشْبَهَ إقْرَارَ الْقَاتِلِ بِالْخَطَأِ أَنَّهُ فِي مَالِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَهُوَ حَسْبُنَا وَنِعْمَ الْوَكِيلُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ.

(286/5)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سِنِينَ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ: فَجِئْت بِهِ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: مَا حَمَلَك عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ فَقَالَ: وَجَدْتهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتهَا فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ: إنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكَذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ وَلَك وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ)

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي الْمَنْبُوذِ]

(ش) : قَوْلُهُ: مَنْبُوذًا فَجِئْت بِهِ عُمَرَ، الْمَنْبُوذُ: هُوَ الْمَطْرُوحُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَجِيءُ بِهِ إلَى عُمَرَ لِيُعْلِمَهُ وَيُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِيءَ بِهِ لِيَسْتَفْتِيَهُ فِي أَمْرِهِ وَلِيَسْأَلَهُ الْحُكْمَ لَهُ بِوَلَائِهِ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ)

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – مَا حَمَلَك عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: اتَّهَمَهُ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ أَتَى بِهِ لِكَيْ يَفْرِضَ لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ عَنْ سَبَبِ أَخْذِهِ لَهُ وَخَافَ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ حَمَلَهُ عَلَى ذَلِكَ الْحِرْصُ عَلَى أَنْ يَفْرِضَ لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَيَلِي هُوَ أَمْرَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخَافَ التَّسَرُّعَ إلَى أَخْذِ الْأَطْفَالِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْبَذُوا حِرْصًا عَلَى أَخْذِ النَّفَقَةِ لَهُمْ وَرَغْبَةً فِي مُوَالَاتِهِمْ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ لِئَلَّا يَلْتَقِطَهُ مِنْ عِيَالِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إذَا ادَّعَى اللَّقِيطُ مُلْتَقِطَهُ فَلَا قَوْلَ لَهُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ يُقْبَلُ قَوْلُ مَنْ ادَّعَاهُ مُلْتَقِطِهِ أَوْ غَيْرُهُ إلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ كَذِبُهُ وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَيْسَتْ هُنَاكَ شُبْهَةٌ تُصَدِّقُ دَعْوَاهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعَلَّقَ بِهِ نَسَبٌ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ لَهُ فِيهِ شُبْهَةَ الِالْتِقَاطِ

. . . .

[المنتقى]
وَلَيْس لَهُ نَسَبٌ ثَابِتٌ بِغَيْرِهِ كَمَا لَوْ مَلَكَ أُمَّهُ.
1 -
(فَصْلٌ)
وَقَوْلُ سِنِينَ وَجَدْتهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتهَا يُرِيدُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِهَذَا الْوَجْهِ لَا لِغَيْرِهِ مِنْ الْوُجُوهِ الَّتِي يُحْتَمَلُ أَخْذُهُ لَهُ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا مَكْرُوهًا وَبَعْضُهَا مُبَاحًا وَإِنَّهُ إنَّمَا أَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَهُ فِي مَوْضِعٍ يَضِيعُ فِيهِ إنْ تَرَكَ فَأَخَذَهُ لِذَلِكَ وَمِنْ وُجِدَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَزِمَهُ أَخْذُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ تَرْكُهُ لِلْهَلَاكِ وَأَخْذُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَأْخُذَهُ مُلْتَقِطًا لِيُرَبِّيَهُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ: لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ وَأَمَّا إنْ أَخَذَهُ لِيَرْفَعَهُ إلَى السُّلْطَانِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ السُّلْطَانُ فَلَا ضِيقَ عَلَيْهِ فِي رَدِّهِ إلَى مَوْضِعِ أَخْذِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَوْضِعًا لَا يُخَافُ عَلَيْهِ فِيهِ الْهَلَاكُ لِكَثْرَةِ النَّاسِ فِيهِ وَيُوقِنُ أَنَّهُ سَيُسَارِعُ النَّاسُ إلَى أَخْذِهِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ عَرِيفُهُ الْعُرَفَاءُ رُؤَسَاءُ الْأَجْنَادِ وَقُوَّادُهُمْ وَلَعَلَّهُمْ سُمُّوا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ بِهِمْ يُتَعَرَّفُ أَحْوَالُ الْجَيْشِ.
وَقَدْ «قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَوْمَ حُنَيْنٍ لَمَّا رَأَى أَنْ يَرُدَّ السَّبِيَّ إلَى هَوَازِنَ فَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ النَّاسُ فَقَالَ: إنَّا لَا نَدْرِي مَنْ أَذِنَ فِي ذَلِكَ مِنْكُمْ مِمَّنْ لَمْ يَأْذَنْ فَارْجِعُوا حَتَّى يَرْفَعَ إلَيْنَا عُرَفَاؤُكُمْ» .
وَقَالَ عَلِيٌّ: إنَّ عُمَرَ دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ وَجَعَلَ فِيهَا أَرْبَاعًا وَجَعَلَ عَلَيْهِمْ عُرَفَاءَ.
وَقَالَ يَحْيَى بْنُ مُزَيْنٍ الْأَرْبَاعُ فِي جُنْدِ الشَّامِ وَالْأَسْبَاعُ فِي جُنْدِ الْكُوفَةِ وَالْأَخْمَاسُ فِي جُنْدِ الْبَصْرَةِ قَالَ عِيسَى: فَكَانَ الَّذِي وَجَدَ الْمَنْبُوذَ مِنْ عَرَافَةِ هَذَا الرَّجُلِ الْجَالِسِ عِنْدَ عُمَرَ فَقَالَ لِعُمَرَ: إنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ عَلَى مَعْنَى أَنْ يُصَدِّقَهُ عُمَرُ فِي قَوْلِهِ وَلَا يَرْتَابَ بِهِ أَوْ عَلَى مَعْنَى التَّبْرِئَةِ لَهُ مِمَّا عَسَى أَنْ يَتَوَقَّعَ عُمَرُ مِنْ جِهَتِهِ أَنْ يَظُنَّ الْأَمْرَ عَلَى غَيْرِ مَا يُرْضِيه مِنْ أَنْ يَأْخُذَهُ لِلْوُجُوهِ الَّتِي ظَنَّهَا أَنْ يَكُونَ إنَّمَا الْتَقَطَهُ لِيَفْرِضَ لَهُ نَفَقَتَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَيَبْقَى عِنْدَهُ فَيَرَاهُ عَرِيفُهُ مِنْ ذَلِكَ بِمَا أَخْبَرَ بِهِ عَنْهُ مِمَّا عَلِمَهُ مِنْهُ مِنْ الصَّلَاحِ وَالدِّينِ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ بَابِ التَّزْكِيَةِ الَّتِي يَثْبُتُ بِهَا قَبُولُ الشَّهَادَةِ وَلَيْسَ كُلُّ رَجُلٍ صَالِحٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَتَثْبُتُ عَدَالَتُهُ وَإِنَّمَا يَنْتَفِي بِهَذَا عَنْهُ مَا يُنَافِي الصَّلَاحَ مِمَّا خَافَ عُمَرُ أَنْ يَكُونَ الْتَقَطَ الْمَنْبُوذَ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ أَكَذَلِكَ عَلَى وَجْهِ التَّحْقِيقِ وَالِاسْتِثْبَاتِ وَقَوْلُهُ هُوَ حُرٌّ عَلَى وَجْهِ الْإِخْبَارِ لَهُ بِحُكْمِهِ وَأَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ وَإِنْ الْتَقَطَهُ عَبْدٌ أَوْ نَصْرَانِيٌّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُتَيَقَّنُ فِيهِ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الِاسْتِرْقَاقِ.

(مَسْأَلَةٌ)

وَاللَّقِيطُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يُلْتَقَطَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ أَوْ فِي بِلَادِ الشِّرْكِ أَوْ فِي بِلَادٍ فِيهَا الصِّنْفَانِ فَإِنْ أُلْتُقِطَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ مُسْلِمٌ وَإِنْ الْتَقَطَهُ نَصْرَانِيٌّ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ بِحُكْمِ الدَّارِ وَإِنْ كَانَ بِبَلَدِ الشِّرْكِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ مُشْرِكٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ هُوَ مُسْلِمٌ إنْ الْتَقَطَهُ مُسْلِمٌ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الدَّارِ وَالدَّارُ لِلشِّرْكِ فَكَانَ الظَّاهِرُ أَنَّ مَنْ كَانَ فِيهَا حُكْمُهُ حُكْمُهُمْ فِي الدِّينِ كَمَا أَنَّ الظَّاهِرَ حُكْمُهُ حُكْمُهُمْ فِي النَّسَبِ وَالْحَرْبِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ لِلدَّارِ تَأْثِيرًا وَلِلْمُلْتَقِطِ فِي ذَلِكَ تَأْثِيرٌ فَوَجَبَ أَنْ يَغْلِبَ حُكْمُ الْإِسْلَامِ وَكَذَلِكَ لَوْ الْتَقَطَهُ فِي كَنِيسَةٍ الْحُكْمُ لَهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ كَمَا يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الْحُرِّيَّةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أُلْتُقِطَ بِقَرْيَةٍ مِنْ قُرَى الذِّمَّةِ لَيْسَ فِيهَا مُسْلِمٌ إلَّا اثْنَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إنْ الْتَقَطَهُ مُسْلِمٌ فَهُوَ مُسْلِمٌ وَإِنْ الْتَقَطَهُ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ نَصْرَانِيٌّ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: هُوَ مُسْلِمٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ حُكْمَ الْكُفْرِ وَالْإِسْلَامِ قَدْ اسْتَوَى فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الدَّارِ لِلْإِسْلَامِ وَغَالِبُ مَنْ فِيهَا الْكُفْرُ فَغَلَبَ حُكْمُ الْمُلْتَقِطِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الدَّارَ دَارُ الْإِسْلَامِ وَلِذَلِكَ لَا يُسْتَرَقُّ وَإِنَّمَا يَسْكُنُهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالْجِزْيَةِ.

1 –

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ وَلَك وَلَاؤُهُ يُرِيدُ تَخْصِيصَهُ بِذَلِكَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ عَلَى دِينِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ مَالِكٌ وَلَوْ أَعْلَمُ أَنَّ عُمَرَ قَالَ فِي الْمَنْبُوذِ مَا ذُكِرَ مَا خُولِفَ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَجْعَلَ الْوَلَاءَ لِمُلْتَقِطِهِ وَالْحَدِيثُ صَحِيحٌ لَا شَكَّ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَرْوِيه عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سِنِينَ أَبِي جَمِيلَةَ وَهُوَ مِنْ الصَّحَابَةِ وَلَكِنَّهُ

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُوذِ أَنَّهُ حُرٌّ وَأَنَّ وَلَاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ هُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ) .

الْقَضَاءُ بِإِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِأَبِيهِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ «كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ إلَيْك قَالَتْ فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ. وَقَالَ ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إلَيَّ فِيهِ فَقَامَ إلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ

[المنتقى]

لَفْظٌ يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ فَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ ذَلِكَ أَنْ لَوْ عَلِمَ أَنَّ عُمَرَ أَرَادَ مَا يَتَأَوَّلُونَهُ عَلَيْهِ لَمْ أُخَالِفْهُ لِتَقَارُبِ الْأَدِلَّةِ فِي ذَلِكَ وَتَرَجُّحِهَا وَلَوْ أَنَّ مَالِكًا قَدْ تَأَوَّلَ قَوْلَ عُمَرَ لَك وَلَاؤُهُ أَيْ قَدْ جَعَلْت لَك أَنْ تَتَوَلَّى تَرْبِيَتَهُ وَالْقِيَامَ بِأَمْرِهِ وَأَنْتَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِك وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ الْتَقَطَ لَقِيطًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَإِنْ نَزَعَهُ مِنْهُ غَيْرُهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ قَوِيًّا عَلَى مُؤْنَتِهِ وَإِمْسَاكِهِ رُدَّ إلَيْهِ قَالَ أَشْهَبُ إنْ كَانَا سَوَاءً أَوْ مُتَقَارِبِينَ فَالْأَوَّلُ أَوْلَى، فَإِنْ خِيفَ أَنْ يَضِيعَ عِنْدَ الْأَوَّلِ فَالثَّانِي أَوْلَى بِهِ إلَّا أَنْ يَطُولَ مُكْثُهُ عِنْدَ الْأَوَّلِ وَلَيْسَ اللَّقِيطُ فِي ضَرَرٍ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهِ، وَهَذَا إنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ فَإِنْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ نَصْرَانِيًّا فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ: يُنْزَعُ مِنْهُ لِئَلَّا يُنَصِّرَهُ أَوْ يَدْرُسَ أَمْرُهُ فَيَسْتَرِقَّهُ وَهَذِهِ وِلَايَةُ الْإِسْلَامِ لَا وِلَايَةُ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ مَجْهُولُ النَّسَبِ فَوَلَاؤُهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْحِجَازِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ قَالَ اللَّقِيطُ حُرٌّ وَلَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ أَحَبَّ الَّذِي الْتَقَطَهُ أَوْ غَيْرُهُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَعَطَاءٌ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ. وَقَالَ النَّخَعِيُّ: مِيرَاثُ اللَّقِيطِ بِمَنْزِلَةِ اللُّقَطَةِ وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُ الْكُوفِيِّينَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مِيرَاثُهُ لِمَنْ الْتَقَطَهُ إلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ حَيْثُ شَاءَ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ مَنْ وَالَاهُ فَإِنْ عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ يُرِيدُ مُؤْنَتُهُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ إنْ أَمْكَنَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ فُقَرَائِهِمْ مَعَ عَجْزِهِ عَنْ التَّكَسُّبِ وَخَوْفِ الضَّيَاعِ عَلَيْهِ وَإِنْ تَعَذَّرَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ الْتَقَطَ لَقِيطًا فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يَبْلُغَ وَيَسْتَغْنِيَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطْرُدَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا أَخَذَهُ

مُلْتَقِطًا لَهُ فَقَدْ لَزِمَهُ أَمْرُهُ وَحِفْظُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ وَإِنْ اسْتَأْذَنَ فِي ذَلِكَ الْإِمَامَ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ قَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَا يَعْلَمُ بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْغَلَ ذِمَّتَهُ بِدَيْنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْفُقَرَاءِ.

1 –

(فَرْعٌ)

فَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ أَحَدٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ اسْتَلْحَقَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا رَجَعَ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ إنْ كَانَ تَعَمَّدَ طَرْحَهُ وَهُوَ مَلِيءٌ وَإِنْ لَمْ يَطْرَحْهُ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ هَذَا أَنْفَقَ عَلَى وَجْهِ التَّطَوُّعِ.

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُوذِ أَنَّهُ حُرٌّ وَأَنَّ وَلَاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ هُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ أَنَّ الْمَنْبُوذَ وَهُوَ الْمَطْرُوحُ مِنْ قَوْلِهِمْ نَبَذْت الشَّيْءَ إذَا طَرَحْته قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ وَهُوَ سَقِيمٌ} [الصافات: 145] إلَّا أَنَّهُ فِي عُرْفِ اللُّغَةِ مُسْتَعْمَلٌ فِيمَنْ طُرِحَ مِنْ الْأَطْفَالِ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِسْرَارِ بِهِ فَيَلْتَقِطُهُ مَنْ يَخَافُ عَلَيْهِ الضَّيْعَةَ فَقَالَ مَالِكٌ أَنَّهُ حُرٌّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَرَا مِنْ أَسْبَابِ الِاسْتِرْقَاقِ فَهُوَ لَاحِقٌ بِالْأَحْرَارِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ وَجَدْنَاهُ مِنْ الْكِبَارِ الَّذِينَ لَا يَعْقِلُونَ إنَّمَا نَحْمِلُهُمْ عَلَى الْحُرِّيَّةِ لِعَدَمِ مَعَانِي الِاسْتِرْقَاقِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ يُرِيدُ أَنَّ وَلَاءَهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ كَسَائِرِ مَنْ لَا يُعْرَفُ نَسَبُهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَقَوْلُهُ وَهُمْ يَرِثُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ عَلَى مَعْنَى تَفْسِيرِ الْمَوْلَى الَّذِي أَثْبَتَهُ فِي حُكْمِ الْمَنْبُوذِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(4/6)

وَقَالَ أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ فَتَسَاوَقَا إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إلَيَّ فِيهِ. وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمَعَةَ أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: هُوَ لَك يَا عَبْدُ بْنَ زَمَعَةَ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةِ بِنْتِ زَمَعَةَ: احْتَجِبِي مِنْهُ لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ قَالَتْ فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ»

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ بِإِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِأَبِيهِ]

(ش) : قَوْلُهَا: إنَّ عُتْبَةَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمَعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ إلَيْك عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ عِنْدَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرُبٍ:.

أَحَدُهَا: الِاسْتِبْضَاعُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ يُعْجِبُهُ نَجَابَةُ الرَّجُلِ وَنُبْلُهُ وَتَقَدُّمُهُ فَيَأْمُرُ مَنْ تَكُونُ لَهُ مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ أَنْ تُبِيحَ نَفْسَهَا لَهُ فَإِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ رَجَعَ هُوَ إلَى وَطْئِهَا حِرْصًا عَلَى نَجَابَةِ الْوَلَدِ.

وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ لَا زَوْجَ لَهَا يَغْشَاهَا الْجَمَاعَةُ مِنْ الرِّجَالِ مُنْفَرِدِينَ أَوْ مُجْتَمِعِينَ فَإِذَا اسْتَمَرَّ بِهَا حَمْلٌ دَعَتْهُمْ وَقَالَتْ لِأَحَدِهِمْ هَذَا مِنْك فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ وَيَلْحَقُ بِهِ وَلَا يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ.

وَالثَّالِثُ: الْبَغَايَا كُنَّ يَجْعَلْنَ الرَّايَاتِ عَلَى مَوَاضِعِهِنَّ فَمَنْ رَأَى تِلْكَ الرَّايَةَ عَلِمَ أَنَّهُ مَوْضِعُ بَغْيٍ فَيَتَكَرَّرُ عَلَيْهَا بِذَلِكَ مَنْ شَاءَ اللَّهُ مِنْ النَّاسِ حَتَّى إذَا اسْتَمَرَّ بِهَا حَمْلُهَا قَالَتْ لِبَعْضِهِمْ: هُوَ مِنْك، فَيَلْحَقُ بِهِ.

وَالرَّابِعُ: النِّكَاحُ الصَّحِيحُ فَأَبْطَلَ الْإِسْلَامُ الثَّلَاثَةَ الْأَنْوَاعِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَأَثْبَتَ النِّكَاحَ فَلَعَلَّ مَا قَالَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ: ابْنُ وَلِيدَةِ زَمَعَةَ مِنِّي إنَّمَا أَرَادَ اسْتِلْحَاقَهُ مِنْ أَحَدِ تِلْكَ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي أَبْطَلَهَا الْإِسْلَامُ فَلَمَّا أَرَادَ عُتْبَةُ اسْتِلْحَاقَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَلَمْ يُقِمْ لَهُ بَيِّنَةً مِنْ إقْرَارِهَا لَمْ يَلْحَقْ بِهِ، وَأَمَّا مَنْ اسْتَلْحَقَ وَلَدًا فَلَا يَخْلُو أَنْ لَا يَكُونَ عَرَفَ لَهُ مِلْكَ أَمَةٍ وَلَا نِكَاحَهَا أَوْ قَدْ تَقَدَّمَ لَهُ ذَلِكَ فِيهَا فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ لَهُ مِلْكَ أَمَةٍ بِنِكَاحٍ وَلَا بِمِلْكِ يَمِينٍ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَالَ مَرَّةً يَلْحَقُ ذَلِكَ بِهِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا لَا يَلْحَقُ بِهِ حَتَّى يَتَقَدَّمَ لَهُ عَلَى أُمِّهِ نِكَاحٌ أَوْ مِلْكٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ وَلَا يَمْنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأَسْبَابَ مَوْضُوعَةٌ عَلَى الِاسْتِلْحَاقِ وَأَكْثَرُهَا لَا يَثْبُتُ إلَّا بِإِقْرَارِ الْأَبِ بِالْوَطْءِ أَوْ بِأَنَّهُ وَلَدُهُ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ نَسَبٌ مَانِعٌ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ النَّسَبَ إنَّمَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الِاسْتِلْحَاقُ إذَا كَانَ ثَمَّ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ مِنْ مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ سَبَبٌ يُقَوِّي الدَّعْوَى وَجَبَ أَنْ تَبْطُلَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ بِمُجَرَّدِ الدَّعَاوَى لَكَثُرَ تَعَرُّضُ الدَّعَاوَى فِي ذَلِكَ وَفَسَدَتْ الْأَنْسَابُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ)

وَأَمَّا إنْ مَلَكَ أُمَّهُمْ قَبْلَ ذَلِكَ فَإِنْ ادَّعَاهُمْ مَعَ بَقَائِهِمْ فِي مِلْكِهِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُمْ يَلْحَقُونَ بِهِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ بِيَدِهِ أَمَةٌ لَهَا وَلَدٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِمَالِهِ فَاسْتَلْحَقَ الْوَلَدُ لَحِقَ بِهِ وَتَكُونُ الْأَمَةُ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ سَبَبَ النَّسَبِ مَوْجُودٌ مَعَ عَدَمِ مُسْتَلْحِقِهِ فَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَمْنَعْ الدَّيْنُ الِاسْتِلْحَاقَ؛ لِأَنَّ الِاسْتِلْحَاقَ مَعْنًى يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ مَعَ عَدَمِ الدَّيْنِ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ النَّسَبُ مَعَ الدَّيْنِ كَالْإِقْرَارِ بِالْوَطْءِ قَبْلَ الْوِلَادَةِ ثُمَّ ظُهُورِ الْحَمْلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ مَعَ أُمِّهِ ثُمَّ ادَّعَى وَهُوَ مُعْدَمٌ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ رَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِيهِ وَفِيهَا وَيُرَدُّ إلَيْهِ وَيُتْبَعُ بِالثَّمَنِ دَيْنًا وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَيْضًا أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الْوَلَدِ وَلَا يُصَدَّقُ فِي أُمِّهِ وَيُرَدُّ إلَيْهِ الْوَلَدُ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذِهِ حَالَةٌ تَصْدُقُ فِي الْوَلَدِ فَإِنَّهُ يَصْدُقُ فِي أُمِّهِ كَحَالَةِ السِّرِّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ عَدَمَهُ بِالثَّمَنِ تُهْمَةٌ فِي إرَادَتِهِ اسْتِرْجَاعَ الْأَمَةِ دُونَ ثَمَنٍ وَاسْتِلْحَاقُهُ الْوَلَدَ لَا يَقْتَضِي ارْتِجَاعَهُ الْأُمَّ، أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ يَسْتَلْحِقُهُ الْمُلَاعِنُ وَلَا يَقْتَضِي ذَلِكَ ارْتِجَاعَ أُمِّهِ؛ لِأَنَّ اسْتِلْحَاقَ الْوَلَدِ عَرَا مِنْ التُّهْمَةِ

(5/6)

. . . .

[المنتقى]

لِمَا جُبِلَ عَلَيْهِ النَّاسُ مِنْ نَفْيِ مَا يُشَكُّ فِيهِ مِنْ النَّسَبِ فَكَيْفَ بِمَا يُتَيَقَّنُ انْتِفَاؤُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَلِيًّا وَقَدْ بَاعَهَا ثُمَّ ادَّعَاهُ فَإِنَّهُمَا يُرَدَّانِ إلَيْهِ إلَّا أَنْ يُتَّهَمَ فِيهَا بِصَبَابَةٍ إلَيْهَا فَيُصَدَّقُ فِي الْوَلَدِ وَلَا يُصَدَّقُ فِيهَا حَتَّى يَسْلَمَ مِنْ الْعَدَمِ وَالصَّبَابَةِ بِهَا، قَالَ أَصْبَغُ: لَا يُتَّهَمُ فِي غِنَاهُ سَوَاءٌ بَاعَهَا بِالْوَلَدِ أَوْ وَلَدَتْ عِنْدَ الْمُبْتَاعِ لِمَا يُولَدُ لِمِثْلِهِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ كَلَفَهُ بِهَا تُهْمَةٌ يَمْنَعُهُ رَدَّهَا فَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ وَصَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ لِلْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ مُقِرٌّ لَهُ لِحَقِّ النَّسَبِ مَعَ تَعَرِّيهِ مِنْ التُّهْمَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهُ إذَا صَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ لِلْوَلَدِ لِسَبَبِ مِلْكِ الْيَمِينِ يَضْمَنُ ذَلِكَ كَوْنُ الْأُمِّ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَلَا تُهْمَةَ مَعَ الْغِنَى؛ لِأَنَّهُ يَرُدُّ

عِوَضَهَا، وَلَوْ قِيلَ فِي هَذَا يَرُدُّ الْأَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ أَوْ الْقِيمَةِ يَوْمَ الِاسْتِلْحَاقِ لِمَا بَعْدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا مَا لَمْ يُعْتِقْهُمَا الْمُبْتَاعُ فَإِنْ أَعْتَقَهُمَا ثُمَّ اسْتَلْحَقَ الْوَلَدَ الْبَائِعُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُصَدَّقُ الْبَائِعُ فِيهِمَا ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْوَلَدِ وَحْدَهُ وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوَلَاءَ نَسَبٌ ثَابِتٌ فَلَا يُرَدُّ بِالِاسْتِلْحَاقِ كَمَا لَا يُرَدُّ نَسَبٌ ثَابِتٌ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ النَّسَبَ أَقْوَى مِنْ الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ مُشَبَّهٌ بِهِ فَالنَّسَبُ يُبْطِلُ الْوَلَاءَ وَلَوْ كَانَتْ الْأَمَةُ إنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْوَلَاءُ فِي الْوَجْهَيْنِ لَمْ يُبْطِلْ الثَّانِي الْأَوَّلَ وَكَانَ الْأَوَّلُ أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْأَمَةِ فَإِنَّ عِتْقَهَا يَثْبُتُ لِلْمُبْتَاعِ وَيَرْجِعُ بِالْيَمِينِ عَلَى الْبَائِعِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُقِرٌّ لَهَا بِثَمَنِهَا فَكَانَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ وَلَا يُقْبَلَانِ عَلَى نَقْلِ الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِيهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا كُلُّهُ مَا لَمْ يَدَّعِهِ الْمُشْتَرِي وَلَدًا فَإِنْ ادَّعَاهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْيَدَ لَهُ وَقَدْ ضَعُفَتْ دَعْوَى الْبَائِعِ بِتَكْذِيبِ نَفْسِهِ بِبَيْعِهِ إيَّاهُ فَإِنَّمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَا لَمْ يَدَّعِهِ مَنْ هُوَ أَقْوَى دَعْوَى مِنْهُ مِمَّنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ مِنْهُ تَكْذِيبُ دَعْوَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَعُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ إنَّمَا ادَّعَى هَذَا الْوَلَدَ مِنْ جِهَةِ زِنًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَمِثْلُ هَذَا كَانَ يَلْحَقُ بِهِ لَوْ ادَّعَاهُ بَعْدَ مَا أَسْلَمَ فِي الْإِسْلَامِ مَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ سَبَبٌ هُوَ أَوْلَى مِنْ دَعْوَاهُ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَفِي مَسْأَلَةِ وَلَدِ زَمْعَةَ قَدْ كَانَ هُنَاكَ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْ الزِّنَا وَهُوَ ادِّعَاءُ الْفِرَاشِ لَهُ فَإِنَّ أَمَةَ زَمْعَةَ ادَّعَى ابْنُ زَمْعَةَ لَهَا الْفِرَاشَ وَمَعْنَاهُ وَطْءُ أَبِيهِ لَهَا؛ لِأَنَّ الْأَمَةَ تَصِيرُ عِنْدَنَا فِرَاشًا بِالْوَطْءِ أَوْ بِالْإِقْرَارِ بِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِوَطْءِ أَمَتِهِ ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا أُلْحِقَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُقِرَّ بِهِ وَمَاتَ قَبْلَ وَضْعِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَا ادَّعَاهُ عُتْبَةُ لَمْ يَثْبُتْ عَنْهُ وَإِنَّمَا كَانَ فِي ذَلِكَ مُجَرَّدَ دَعْوَى سَعْدٍ أَخِيهِ لَهُ وَلَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْعَمِّ ابْنَ أَخٍ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَتَسَاوَقَا إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» يُرِيدُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَاقَ صَاحِبَهُ لِمُنَازَعَتِهِ لَهُ فِيمَا ادَّعَاهُ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا فِي دَعْوَاهُمَا فَأَدْلَى سَعْدُ

بِحُجَّتِهِ فَقَالَ: ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إلَيَّ فِيهِ وَلَمْ يَدَّعِ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا ادَّعَى أَنَّهُ عَهِدَ إلَيْهِ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْهُ مِنْ ذَلِكَ عَبْدُ بْنُ زَمَعَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُ إلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ بَلْ الظَّاهِرُ صِدْقُ سَعْدٍ وَلَكِنَّهُ إنَّمَا أَدْلَى بِحُجَّتِهِ أَيْضًا فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَادَّعَاهُ أَخًا وَلَمْ يَدَّعِ بَيِّنَةً عَلَى اسْتِلْحَاقِ أَبِيهِ لَهُ وَإِنَّمَا احْتَجَّ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ كَمَا احْتَجَّ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ، فَلَمَّا اسْتَوْعَبَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حُجَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَكَمَ بَيْنَهُمَا بِالْحَقِّ فَقَالَ: هُوَ لَك يَا عَبْدُ بْنَ زَمَعَةَ وَلَا يَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّهُ أَلْحَقَهُ بِأَبِيهِ زَمَعَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضِفْهُ إلَيْهِ وَلَا قَالَ: هُوَ ابْنٌ لِزَمْعَةَ وَإِنَّمَا أَضَافَهُ إلَى عَبْدِ بْنِ زَمَعَةَ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أَمَةِ أَبِيهِ وَلَوْ لَمْ يَدَّعِهِ أَخًا لَقَضَى لَهُ بِهِ عَبْدًا وَلَكِنَّهُ قَدْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّتِهِ وَأُخُوَّتِهِ فَقِيلَ لَهُ: أَنْتَ أَعْلَمُ بِمَا تَدَّعِيهِ فِيمَا يَخُصُّك وَلَا يَصْلُحُ اسْتِلْحَاقُ الرَّجُلِ أَخًا قَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَمَنْ اسْتَلْحَقَ أَخًا فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ لَمْ يُوَارِثْهُ وَلَا يُسْتَلْحَقُ الْأَخُ.

وَفِي الْمُزَنِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ فِيمَنْ شَهِدَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ مُقِرًّا بِوَطْءِ جَارِيَةٍ فَهَلَكَ عَنْهَا أَبُوهُ وَهِيَ حَامِلٌ قَالَ

(6/6)

. . . .

[المنتقى]

لَا يُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَحْدَهُ وَلَا يَرِثُ مَعَهُ فِي حَظِّهِ وَإِنَّمَا هُوَ عَبْدٌ لِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ شَهِدَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ أَقَرَّ بِوَلَدٍ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَرِثَ مَعَهُ فِي حَظِّهِ خَاصَّةً مَا لَمْ يَكُنْ سَفِيهًا مَوْلَى عَلَيْهِ قَالَ عِيسَى وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ فَالْوَلَدُ عَبْدٌ لِجَمِيعِ الْوَرَثَةِ فَلَا يَرِثُ شَيْئًا مِنْ حَظِّهِ وَلَا حَظِّ غَيْرِهِ وَإِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ مِنْ حُرَّةٍ فَهُوَ حُرٌّ فَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي حَظِّهِ، وَعَبْدُ بْنُ زَمَعَةَ انْفَرَدَ بِمِيرَاثِ أَبِيهِ؛ لِأَنَّهُمَا كَانَا كَافِرَيْنِ وَسَوْدَةُ أُخْتُهُ مُسْلِمَةٌ فَلَمْ يَرِثْهُ وَلَمْ يُذْكَرْ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَرَّثَهُ وَإِنَّمَا أَضَافَهُ إلَى عَبْدٍ إذْ قَدْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ أَخُوهُ وَهُوَ الْمُنْفَرِدُ بِمِيرَاثِ أَبِيهِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ نَسَبُهُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ إنَّمَا يَلْحَقُ الْأَبَ فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِقَوْلِ عَبْدٍ إلَّا عَلَى وَجْهِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إذَا كَمُلَتْ الشَّهَادَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَظَاهِرُ قَوْلِهِ هُوَ لَك يَا عَبْدُ بْنَ زَمَعَةَ أَنَّهُ مِلْكُك لَكِنَّك قَدْ أَقْرَرْت لَهُ بِالْحُرِّيَّةِ فَأَنْتَ أَعْلَمُ بِقَوْلِك فِي ذَلِكَ فِيمَا يَخُصُّك، وَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ بِشَيْءٍ فِي يَدِهِ لَصَحَّ أَنْ يُقَالَ لَهُ: إنَّهُ لَك بِمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ كَانَ لَك مَنْعُهُ

فَإِذَا أَقْرَرْت بِهِ لِغَيْرِك فَأَنْتَ وَذَاكَ.
وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ مَعْنَى قَوْلِهِ هُوَ لَك أَنَّهُ بِيَدِك لَا أَنَّك تَمْلِكُهُ وَلَكِنْ يُمْنَعُ مِنْهُ غَيْرُك.
وَقَالَ الطَّبَرِيُّ هُوَ لَك عَبْدٌ وَهَذَا أَيْضًا غَيْرُ صَحِيحٍ إنْ كَانَ يُرِيدُ بِهِ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَإِنْ كَانَ أَرَادَ بِهِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ فَهُوَ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ مَعْنَاهُ هُوَ لَك أَخٌ وَأَنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَكَمَ بِهِ لِزَمْعَةَ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.
– 1

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الْجَدُّ فَهَلْ يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يَصِحُّ ذَلِكَ إلَّا مِنْ الْأَبِ قَالَ سَحْنُونٌ وَمَا عَلِمْت بَيْنَ النَّاسِ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا.
وَقَالَ أَشْهَبُ يَسْتَلْحِقُ الْأَبُ وَالْجَدُّ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ مَا قَدَّمْنَاهُ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ فِي حَيَاةِ الْأَبِ لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ كَالْأَخِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ النَّسَبَ يَلْحَقُ بِهِ فَجَازَ اسْتِلْحَاقُهُ لَهُ كَالْأَبِ فَالْجَدُّ مُخْتَلَفٌ فِي اسْتِلْحَاقِهِ وَالْأَبُ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّةِ اسْتِلْحَاقِهِ وَسَائِرُ الْأَقَارِبِ مُتَّفَقٌ عَلَى نَفْيِ اسْتِلْحَاقِهِمْ فَلَا يُسْتَلْحَقُ عَمٌّ وَلَا ابْنُ عَمٍّ وَلَا أَحَدٌ مِنْ الْقَرَابَةِ غَيْرُ مَنْ ذَكَرْنَا قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَجَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لَا يَسْتَلْحِقُ إلَّا الْأَبُ فَمَنْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا أَخُوهُ أَوْ عَمُّهُ أَوْ ابْنُ عَمِّهِ أَوْ مَوْلَاهُ فَإِنَّهُ يُشَارِكُ فِي مِيرَاثِ مَنْ قَدْ تُوُفِّيَ مِمَّنْ يُوجِبُ لَهُمَا ذَلِكَ الْإِقْرَارُ مِيرَاثَهُ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَمُوتَ رَجُلٌ وَيَتْرُكَ وَلَدًا فَيُقِرُّ ذَلِكَ الْوَلَدُ بِآخَرَ فَإِنَّهُ يَرِثُ مَعَهُ أَبَاهُ فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا تَرَكَ مِنْ الْمَالِ وَلَكِنْ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِذَلِكَ، وَلَوْ تَرَكَ الْمَيِّتُ وَلَدَيْنِ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِثَالِثٍ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إلَيْهِ مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ مِمَّا بِيَدِهِ لَوْ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَلَا يَدْفَعُ الْآخَرُ إلَيْهِ شَيْئًا إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُقَرُّ لَهُ عَدْلًا فَيَحْلِفَ مَعَ شَهَادَتِهِ وَيَأْخُذُ مِمَّا بِيَدِ الْآخَرِ حِصَّتَهُ أَيْضًا وَلَكِنْ لَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ نَسَبُهُ مِنْ الْمَيِّتِ، وَلَوْ أَقَرَّا لَهُ جَمِيعًا بِأَنَّهُ أَخٌ لَهُمَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ لَثَبَتَ نَسَبُهُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ مَالِكٍ وَجُمْهُورِ أَصْحَابِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَنْ أَقَرَّ لَهُ بِالْأُخُوَّةِ فَهُوَ مُقِرٌّ لَهُ بِمَالٍ فِي يَدِهِ فَيُقْضَى عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ وَيُقَالُ لَهُ أَنْتَ أَعْلَمُ بِذَلِكَ وَلَا يُقْضَى عَلَى الْمَيِّتِ بِإِلْحَاقِ نَسَبِهِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا لَحَقَ بِهِ إلَّا بِشَهَادَةٍ كَامِلَةٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.
– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: فُلَانٌ أَخِي أَوْ عَمِّي أَوْ ابْنُ عَمِّي أَوْ وَارِثِي فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ثَمَّ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَإِنْ كَانَ ثَمَّ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ يُخَالِفُ مَا أَقَرَّ بِهِ فَمَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْلَى مِنْ دَعْوَاهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ نَسَبٌ فَمَاتَ الْمُقِرُّ فَالَّذِي عَلَيْهِ مَالِكٌ وَجُمْهُورُ أَصْحَابِهِ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقِرِّ وَارِثٌ مُسْتَحِقٌّ لِذَلِكَ فَإِنَّ الْمُقَرَّ لَهُ يَرِثُهُ مِنْ بَابِ الْإِقْرَارِ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِذَلِكَ.

وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ ثُمَّ قَالَ لَا مِيرَاثَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ يَرِثُونَهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي هَذَا الْحَدِيثِ «هُوَ لَك يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ» وَهَذَا يَقْتَضِي إضَافَتَهُ إلَيْهِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ وَقَدْ قُلْنَا أَنَّ نَسَبَهُ لَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ فَلَمْ يَبْقَ أَنْ يُضِيفَهُ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا ادَّعَاهُ إلَّا أَنْ يَثْبُتَ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ تَوَارُثٌ عَلَى وَجْهٍ مَا وَهُوَ مَا فَضَلَ عَنْ مِيرَاثِ مَنْ يَثْبُتُ نَسَبُهُ.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي لِسَحْنُونٍ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ إنَّمَا اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا

(7/6)

. . . .

[المنتقى]

وَأَهْلُ الْعِرَاقِ فِي مِثْلِ هَذَا لِاخْتِلَافِهِمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا أَنَّ مَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ جَازَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لِمَنْ أَحَبَّ فَلِذَلِكَ جَوَّزُوا إقْرَارَهُ لِمَنْ ذَكَرْنَا مِنْ الْقَرَابَةِ وَأَصْحَابُنَا لَا يُجِيزُونَ لَهُ ذَلِكَ وَإِنَّمَا يُجِيزُونَ لَهُ الثُّلُثَ فَقَطْ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ سَحْنُونٍ غَيْرُ بَيِّنٍ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْوَارِثِ لَيْسَ طَرِيقُهُ طَرِيقَ الْوَصِيَّةِ وَإِنَّمَا طَرِيقُهُ طَرِيقُ الْإِقْرَارِ بِالْوَارِثِ وَلَيْسَ طَرِيقُهُ بِالْمَالِ عَلَى وَجْهٍ مَا فَيَصِحُّ إقْرَارُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ مَا لَمْ يَكُنْ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ مَانِعٌ وَهُوَ أَقْوَى مِنْهُ كَمَا لَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ فِي مَرَضِهِ بِدَيْنٍ يَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ مَالِهِ ثُمَّ يَمُوتُ فَإِنَّ ذَلِكَ يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ مَالِهِ بِدَيْنِهِ ذَلِكَ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ مَالِهِ لَأَخَذَ جَمِيعَ مَالِهِ وَبَطَلَ إقْرَارُهُ لِمَنْ أَقَرَّ لَهُ فِي مَرَضِهِ وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا لَيْسَ طَرِيقُهُ طَرِيقَ الْوَصِيَّةِ أَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ وَهُمْ كُلُّهُمْ غَيْرَ ابْنِ سَحْنُونٍ وَأَشْهَبَ يَجْعَلُونَ الْمَالَ لِلْمُقِرِّ لَهُ بِالنَّسَبِ، وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ سَحْنُونًا وَسَائِرَ أَصْحَابِنَا يَقُولُونَ: مَنْ أَقَرَّ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ بِأَخٍ قَاسَمَهُ مَالَ أَبِيهِ وَلَا يَثْبُتُ لَهُ بِذَلِكَ نَسَبٌ، وَلَوْ كَانَ هَذَا عَلَى وَجْهِ الْوَصِيَّةِ لَمَا أَخَذَ شَيْئًا مِنْهُ إلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُقِرِّ عَلَى وَجْهِ الْوَصِيَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

- 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» الْفِرَاشُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا هِيَ الْأَمَةُ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ فِرَاشًا بِإِقْرَارِ السَّيِّدِ بِالْوَطْءِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَدَ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ:

وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْفِرَاشِ مَا يُفْتَرَشُ وَذَلِكَ أَنَّ الْوَطْءَ غَالِبًا إنَّمَا يَكُونُ عَلَى شَيْءٍ يُفْتَرَشُ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ السَّيِّدَ إذَا وَطِئَ أَمَتَهُ فَقَدْ اتَّخَذَ لَهَا فِرَاشًا، وَأَنَّ الْوَلَدَ مَنْسُوبٌ إلَى صَاحِبِ الْفِرَاشِ وَهُوَ سَيِّدُ الْأَمَةِ الَّتِي جَعَلَ لَهَا فِرَاشًا وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ: مَعْنَى الْفِرَاشِ الزَّوْجُ وَمَا قَالُوهُ غَيْرُ مَعْرُوفٍ فِي اللُّغَةِ وَقَدْ بَيَّنْت ذَلِكَ فِي كِتَابِ السِّرَاجِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ السَّيِّدَ إذَا أَقَرَّ بِوَطْءِ أَمَةٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِمِثْلِ مَا يُولَدُ مِنْهُ بَعْدَ وَقْتِ الْإِقْرَارِ لَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» عَامٌّ فِي الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذِهِ حُرْمَةٌ تَثْبُتُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ فَثَبَتَتْ بِالْوَطْءِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ أَصْلُ ذَلِكَ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» فَمَعْنَاهُ إذَا ادَّعَى وَلَدُ صَاحِبِ الْفِرَاشِ مِنْ أَمَةٍ أَوْ حُرَّةٍ، وَأَمَّا إنْ لَمْ يَدَّعِهِ فَفِي الْمُزَنِيَّةِ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ عِيسَى سَأَلَ ابْنَ كِنَانَةَ عَنْ قَوْمٍ أَسْلَمُوا بِجَمَاعَتِهِمْ وَتَحَمَّلُوا إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَادَّعَى بَعْضُهُمْ وَلَدَ زِنْيَةٍ أَيَلْحَقُ بِهِ قَالَ نَعَمْ مِنْ حُرَّةٍ كَانَ الْوَلَدُ أَوْ مِنْ أَمَةٍ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ مَعَهُ سَيِّدُ الْأَمَةِ أَوْ زَوْجُ الْحُرَّةِ فَيَكُونَ أَوْلَى بِهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» .

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

- 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» الْعَاهِرُ هُوَ الزَّانِي.

وَقَالَ عِيسَى: سُئِلَ سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ كَانَ الْعَهَرُ فِي أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ ظَاهِرًا وَهُوَ الزِّنَا، وَكَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَقُولُونَ الزِّنَا مَا ظَهَرَ مِنْهُ فَهُوَ آثِمٌ وَمَا كَانَ خَفِيًّا أَوْ مُتَّخِذَةً خِدْنًا فَلَا بَأْسَ بِهِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ} [الأعراف: 33] وَأَنْزَلَ {وَلا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ} [النساء: 25] فَلَمَّا جَاءَ الْإِسْلَامُ كَانَ مَنْ عَهَرَ بِأَمَةٍ يَمْلِكُهَا غَيْرُهُ أَوْ حُرَّةٍ تَزَوَّجَهَا

غَيْرُهُ فَالَّذِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ أَحَقُّ بِهِ «وَقَضَى – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْحَجَرِ لِلْعَاهِرِ» عَلَى مَعْنَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ يَسْتَحِقُّ بِفِعْلِهِ الرَّجْمَ لَا الْوَلَدَ وَإِنْ كَانَ لَا يُرْجَمُ زَانِيَ الْمُشْرِكِينَ لَكِنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يُخْرِجْ قَوْلُهُ ذَلِكَ عَلَى مَعْنَى الِاخْتِصَاصِ بِأَحْكَامِ الْمُشْرِكِينَ بَلْ عَلَى سَبِيلِ الْعُمُومِ فَلَمَّا قَصَدَ أَنْ يُثْبِتَ الزِّنَا وَالْعَهَارَةَ أَخْبَرَ عَنْهُ بِأَشَدِّ أَحْكَامِهِ فِي الدُّنْيَا؛ لِأَنَّ مِنْهُمْ مَنْ حُكْمُهُ جَلْدُ مِائَةٍ أَوْ جَلْدُ خَمْسِينَ وَعَلَى حَسَبِ

(8/6)

. . . .

[المنتقى]

مَا تَتَنَوَّعُ إلَيْهِ الْأَحْكَامُ فِي ذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ مِنْ الْوَلَدِ وَلَا يَحْصُلُ لَهُ مِنْ ذَلِكَ الزِّنَا غَيْرُ طَرْدِهِ بِالْحِجَارَةِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ «قَالَ لِسَوْدَةَ احْتَجِبِي مِنْهُ» مَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ وَإِنَّمَا أَقَرَّ لَهُ عَبْدٌ بِالْأُخُوَّةِ وَلَمْ يَكُنْ بِذَلِكَ أَخًا لِسَوْدَةَ وَلَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ نَسَبٌ وَلَا تَوَارُثٌ وَلَا حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْأُخُوَّةِ فَيَكُونُ بِذَلِكَ مِنْ ذَوِي مَحَارِمِهَا، وَذَلِكَ لَوْ تُوُفِّيَ رَجُلٌ وَتَرَكَ ابْنًا وَبِنْتًا فَأَقَرَّ الِابْنُ بِأَخٍ مِنْ أَبِيهِ لَأَخَذَ مِنْ تَرِكَةِ الْأَبِ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ حِصَّةِ الِابْنِ الْمُقِرِّ وَلَمْ يَأْخُذْ مِمَّا بِيَدِ الْأُخْتِ شَيْئًا وَلَا كَانَ لَهَا بِذَلِكَ أَخًا وَلَا ذَا مَحْرَمٍ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهَا حِينَ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْ أَبِيهَا فَعَلَى هَذَا جَرَى حُكْمُ سَوْدَةَ مَعَ الَّذِي ادَّعَاهُ أَخُوهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ. وَقَالَ الْكُوفِيُّونَ فِي قَوْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ» دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ لِلزِّنَا حُكْمًا تَحْرُمُ بِهِ رُؤْيَةُ الْمُسْتَلْحِقِ لِأُخْتِهِ سَوْدَةَ فَقَالَ لَهَا احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَمَنَعَهَا مِنْ أَخِيهَا فِي الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَخِيهَا فِي غَيْرِ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زِنًا فِي الْبَاطِنِ إذْ كَانَ شَبِيهًا بِعُتْبَةَ فَجَعَلَهُ كَالْأَجْنَبِيِّ لَا يَرَاهَا بِحُكْمِ الزِّنَى وَجَعَلَهُ أَخًا لَهَا بِحُكْمِ الْفِرَاشِ قَالُوا وَمَا حَرَّمَهُ الْحَلَالُ فَالزِّنَى أَشَدُّ تَحْرِيمًا لَهُ وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ لِمَا قَدَّمْنَاهُ وَهُوَ عَائِدٌ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْحَلَالَ يُؤَيِّدُ التَّحْرِيمَ فِي الْأُخُوَّةِ فَكَانَ يَجِبُ أَنْ يُؤَيِّدَهُ الزِّنَا أَكْثَرُ وَيَحْرُمُ النِّكَاحُ وَهَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِي إبْطَالِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: رُؤْيَةُ ابْنِ زَمْعَةَ لِسَوْدَةِ مُبَاحٌ فِي الْحُكْمِ، وَلَكِنَّهُ كَرِهَهُ وَأَمَرَ بِالتَّنَزُّهِ عَنْهُ اخْتِيَارًا قَالَ

أَصْحَابُهُ: لَمَّا كَانَ لِلزَّوْجِ مَنْعُ زَوْجَتِهِ مِنْ رُؤْيَةِ أَخِيهَا وَهَذَا أَيْضًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُبَاحًا لَمَا نَهَاهَا عَنْهُ وَأَمَرَهَا بِقَطْعِ رَحِمِهِ «، وَقَدْ أَمَرَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَائِشَةَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا عَمُّهَا مِنْ الرَّضَاعَةِ، وَقَالَ لَهَا: هُوَ عَمُّك فَلْيَلِجْ عَلَيْك» مَعَ مَا عُلِمَ مِنْ غَيْرَتِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَقَالَ: «أَتَعْجَبُونَ مِنْ غَيْرَةِ سَعْدٍ لَأَنَا أَغْيَرُ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَغْيَرُ مِنَّا» «، وَدَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ وَعِنْدَهَا رَجُلٌ فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ فَقَالَتْ: أَخِي مِنْ الرَّضَاعَةِ، فَقَالَ أُنْظُرْنَ مِنْ إخْوَانِكُنَّ فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنْ الْمَجَاعَةِ» وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ أَمَرَهَا أَنْ يَلِجَ عَلَيْهَا عَمُّهَا مِنْ الرَّضَاعَةِ وَالشَّبَهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الْأَنْسَابِ. وَقَالَ أَبُو إبْرَاهِيمَ الْمُزَنِيّ: يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَجَابَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ فَأَعْلَمَهُمْ بِالْحُكْمِ أَنَّهُ كَذَلِكَ يَكُونُ إذَا ادَّعَى صَاحِبُ الْفِرَاشِ الْوَلَدَ وَصَاحِبُ زِنًى لَا عَلَى أَنَّهُ يَلْزَمُ عُتْبَةَ دَعْوَى أَخِيهِ سَعْدٍ وَلَا يَلْزَمُ زَمَعَةَ دَعْوَى ابْنِهِ عَبْدٍ وَبَيَّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لِسَوْدَةِ «احْتَجِبِي مِنْهُ» وَهَذَا أَصَحُّ هَذِهِ الْأَقْوَالِ وَهُوَ نَحْوُ مَا ذَهَبْنَا إلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَائِشَةَ لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ تَأَوُّلٌ مِنْهَا وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهَذَا سَعْدٌ.

وَقَالَ ابْنُ أَخِي عُتْبَةُ نَظَرَ إلَى شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَلَمْ يَحْكُمْ لَهُ بِذَلِكَ وَلَا رَآهُ مَعْنًى مُوجِبًا لِمَا ادَّعَاهُ وَقَدْ يَتَشَابَهُ النَّاسُ وَلَا تَنْتَقِلُ بِذَلِكَ أَنْسَابُهُمْ عَمَّا اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ مِنْ الِانْتِسَابِ إلَى نَسَبٍ مَعْرُوفٍ أَوْ الْجَهَالَةُ بِالنَّسَبِ وَالْعَدَمُ لِمَنْ يُنْسَبُ إلَيْهِ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ الِاعْتِبَارُ بِالشَّبَهِ فِي إلْحَاقِ النَّسَبِ وَاجِبٌ وَلَمْ يُبَيِّنْ مَوْضِعَ الْحُكْمِ بِذَلِكَ وَاحْتَجَّ فِيمَا ادَّعَاهُ بِحَدِيثِ عَائِشَةَ هَذَا.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَهُوَ عِنْدِي دَلِيلٌ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ بِمَا قَدَّمْته وَاحْتَجَّ «بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي قَضِيَّةِ هِلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ إنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَهُوَ لِشَرِيكٍ فَجَاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ فَقَالَ: – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ» وَهَذَا أَيْضًا عِنْدِي حُجَّةٌ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْكُمْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِالشَّبَهِ بَلْ أَمْضَى الْأَمْرَ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَ الْوِلَادَةِ مِنْ حُكْمِ اللِّعَانِ الثَّابِتِ بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ وَقَدْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا قَالَتْهُ عَائِشَةُ أَكَّدَ مَعْنَى احْتِجَابِ سَوْدَةَ مِنْهُ فَأَمَّا أَنْ يُوجِبَ ذَلِكَ فَلَا كَمَا لَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ التَّشَابُهَ إلَى عُتْبَةَ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ عَائِشَةُ عَلَى وَجْهِ التَّرْجِيحِ وَتَقْوِيَةِ غَلَبَةِ الظَّنِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَلِذَلِكَ تَرَجَّحَ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّيْمِيِّ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَتْ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أُخْبِرُك عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ حَمَلَتْ فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ فَحُشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا وَكَبُرَ فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أَمَا إنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا الْأَخِيرَ وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْأَوَّلِ)

[المنتقى]

بِهِ عِنْدَ تَسَاوِي الْأَسْبَابِ الْمُثْبِتَةِ لِلنَّسَبِ عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ مِنْ عِلْمٍ مُخْتَصٍّ بِهِ الْقَافَةُ، وَلَوْ كَانَ كُلُّ شَبَهٍ يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ لَمَا اخْتَصَّ بِعِلْمِ ذَلِكَ الْقَافَةُ وَلَوَجَبَ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِهِ عَلَى إثْبَاتِ الْأَنْسَابِ وَلَا يَقْصُرَ عَلَى التَّرْجِيحِ دُونَ الِاسْتِدْلَالِ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: إنَّ هَذَا مِنْ الْحُكْمِ بِالذَّرَائِعِ لِمَا تَأَوَّلَ فِي ذَلِكَ مِنْ أَنَّهُ حَكَمَ بِالنَّسَبِ لِعَبْدٍ وَرَاعَى التَّحْرِيمَ فِي جَنَبَةِ سَوْدَةَ فَمَنَعَهُ الدُّخُولَ عَلَيْهَا وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّ هَذَا أَوْلَى لَيْسَ مِنْ مَعْنَى الذَّرَائِعِ، وَقَدْ فَسَّرْنَا مَعْنَى الذَّرَائِعِ فِي الْبُيُوعِ وَإِنَّمَا كَانَ يَكُونُ لَوْ صَحَّ مَا تَأَوَّلَهُ مِنْ بَابِ تَغْلِيبِ الْحَظْرِ عَلَى الْإِبَاحَةِ، وَهُوَ وَجْهٌ قَدْ قَالَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ وَقَالُوا: إنَّ ذَلِكَ كَالْأَمَةِ تَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى كُلٍّ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا تَغْلِيبًا لِلْحَظْرِ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَمَا قُلْنَاهُ أَوَّلًا أَبْيَنُ.

وَلَوْ حَكَمَ بِثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنْ زَمَعَةَ لَحَكَمَ بِإِبَاحَةِ دُخُولِهِ عَلَى سَوْدَةَ، أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُلَ يَنْفِي وَلَدَهُ وَيُلَاعِنُ فَيَنْتَفِي عَنْهُ وَيَحْرُمُ بِذَلِكَ دُخُولُهُ عَلَى بَنَاتِهِ ثُمَّ يَسْتَلْحِقُهُ فَيُلْحَقُ بِهِ وَيُبَاحُ بِذَلِكَ الدُّخُولُ عَلَى بَنَاتِهِ؟ .

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ» امْتِثَالًا لِأَمْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَانْتِهَاءً إلَى حَدِّهِ وَامْتِنَاعًا مِمَّا مَنَعَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْ بَيْنَهُمَا أُخُوَّةً، وَلَوْ مَاتَتْ سَوْدَةُ لَمْ يَرِثْهَا لِمَا حَكَمَ بِهِ فِي أَمْرِهِمَا إلَّا أَنْ يَثْبُتَ نَسَبُهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّيْمِيِّ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ

حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَتْ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أُخْبِرُك عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ حَمَلَتْ فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ فَحُشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا وَكَبُرَ فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أَمَا إنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إلَّا خَيْرٌ وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْأَوَّلِ) .

(ش) : قَوْلُهُ: أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا يُرِيدُ كَمَّلَتْ عِدَّةَ الْوَفَاةِ فَذَكَرَ أَيَّامَ الْعِدَّةِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْحَيْضَ غَيْرَ أَنَّ قَوْلَ الْمَرْأَةِ آخِرَ الْحَدِيثِ فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَعَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَ حَيْضَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ ثُمَّ وَلَدَتْ يُرِيدُ أَنَّهَا مَكَثَتْ عِنْدَ الزَّوْجِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ تَامٍّ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِسْقَاطِ؛ لِأَنَّ السِّقْطَ لَا يَخْتَصُّ بِوَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ فَلَوْ كَانَ سِقْطًا لَمْ يُنْكِرْهُ، وَأَمَّا الْوِلَادَةُ فَلَهَا وَقْتٌ لَا تَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَلَا تَتَأَخَّرُ عَنْهُ فَأَقَلُّ الْحَمْلِ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَنْ تَتَقَدَّمَ عَلَيْهِ الْوِلَادَةُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا نَبَّهَ عَلَيْهِ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ قَوْله تَعَالَى {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف: 15] وقَوْله تَعَالَى {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} [البقرة: 233] فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ الْحَمْلَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا الَّذِي يُرَاعَى فِي الْأَشْهُرِ قَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا: سِتَّةُ أَشْهُرٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَقَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ: سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَمِقْدَارُ انْفِصَالِهَا بِالْأَهِلَّةِ فَصَاعِدًا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ أَشْهُرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ عَلَى الْأَهِلَّةِ بَعْضُهَا مِنْ تِسْعَةٍ وَعِشْرِينَ يَوْمًا فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُخْرِجُهَا عَنْ أَنْ تَكُونَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ كَامِلَةً.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ: إنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ وَطْئِهِمَا إلَّا يَوْمٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ السِّتَّةُ أَشْهُرٍ كَمُلَتْ لِوَطْءِ الْأَوَّلِ بِذَلِكَ الْيَوْمِ، وَهَذَا يَقْتَضِي مُرَاعَاةَ الْيَوْمِ الْوَاحِدِ فِي تَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ نَقْصِهَا فَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ تُعْتَبَرَ أَيَّامُهَا بِوَقْتِ الْوَطْءِ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْفَجْرِ اعْتَدَّتْ بِذَلِكَ الْيَوْمِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْفَجْرِ لَمْ تَعْتَدَّ بِهِ وَعَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ يُعْتَبَرُ بِهِ وَيَكُونُ تَمَامُ السِّتَّةِ الْأَشْهُرِ ذَلِكَ الْوَقْتُ مِنْ آخِرِ أَيَّامِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَالسِّتَّةُ الْأَشْهُرُ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَلِيطُ أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفًا فَنَظَرَ إلَيْهِمَا فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إبِلٍ لِأَهْلِهَا فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَتَظُنَّ أَنَّهُ قَدْ اسْتَمَرَّ بِهَا حَبَلٌ ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هَذَا تَعْنِي الْآخَرَ فَلَا أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ قَالَ: فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ)

[المنتقى]

يُخْتَبَرُ آخِرُهَا بِالسِّقْطِ وَالْوِلَادَةِ وَأَمَّا أَوَّلُهَا فَوَقْتُ دُخُولِ الزَّوْجِ الثَّانِي أَوْ السَّيِّدِ الثَّانِي بِهَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَتَى زَوْجُهَا إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ أَنْكَرَ الْحَمْلَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمُدَّةِ فَذَكَرَ لَهُ مَا أَنْكَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَمْ يَعْهَدْهُ فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ لِمَا اعْتَقَدَ مِنْ مَعْرِفَتِهِنَّ بِمِثْلِ هَذَا لِمَا قَدْ عَهِدْنَ مِنْ الْوِلَادَاتِ وَتَكَرَّرَ عَلَيْهِنَّ مِنْ ذَلِكَ فِي طُولِ الْعُمُرِ مِنْ الْمُعْتَادِ وَغَيْرِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَمْ يَسْتَنْبِطْ مُدَّةَ الْحَمْلِ مِنْ الْآيَتَيْنِ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ وَلِذَلِكَ احْتَاجَ إلَى سُؤَالِ النِّسَاءِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَلِمَ هَذَا الْحُكْمَ مِنْ الْآيَتَيْنِ أَوْ غَيْرِهِمَا وَلَكِنَّهُ سَأَلَ النِّسَاءَ لِيَعْلَمَ هَلْ يَصِحُّ خَفَاءُ الْحَمْلِ عَلَى الْمَرْأَةِ مَعَ اسْتِيفَائِهَا انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مَعَ صِدْقِهَا فِيمَا ادَّعَتْهُ مِنْ الْحَيْضِ؟ فَقَالَتْ لَهُ مِنْهُنَّ مَنْ ادَّعَتْ الْعِلْمَ أَنَا أُخْبِرُك عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ أَنَّ زَوْجَهَا هَلَكَ عَنْهَا حِينَ حَمَلَتْ تُرِيدُ أَوَّلَ الْحَمْلِ وَقَبْلَ أَنْ يَقْوَى فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدِّمَاءُ تُرِيدُ أَنَّهَا حَاضَتْ الْحَيْضَةَ الَّتِي كَمُلَتْ بِهَا عِدَّتُهَا مَعَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ وَالْعَشْرِ فَحُشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا قَالَ عِيسَى: مَعْنَاهُ ضَعُفَ وَرَقَّ، قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ مِنْ رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى: انْحَشَّ قَالَ وَذَلِكَ مِثْلُ الْبِضْعَةِ تُلْقَى عَلَى الْجَمْرَةِ فَتَنْقَبِضُ وَذَلِكَ الِانْقِبَاضُ هُوَ الِانْحِيَاشُ، وَقَالَ صَاحِبُ الْعَيْنِ: حُشَّ الْوَلَدُ فِي الْبَطْنِ إذَا يَبِسَ وَالْمَرْأَةُ مُحِشٌّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا فَلَمَّا أَصَابَهَا الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ فِي بَطْنِهَا فَكَبُرَ يُرِيدُ أَنَّ الْوَلَدَ يَضْعُفُ بِعَدَمِ الْمَاءِ وَيَكْبُرُ وَيَقْوَى إذَا أَصَابَهُ مَاءُ الرَّجُلِ وَأُمُّ وَلَدِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ إنَّمَا كَانَ ضَعُفَ عَنْ الْحَرَكَةِ وَصَغُرَ لِعَدَمِ الْمَاءِ فَلَمَّا أَصَابَهُ مَاءُ الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَ أُمَّهُ قَوِيَ عَلَى الْحَرَكَةِ وَكَبُرَ فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بِذَلِكَ لَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ

قَوْلُهَا وَاعْتَقَدَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ وَلَدًا لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَنَّ سَبَبَ مَا ظَهَرَ مِنْ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَمَا ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ وَكَمُلَ مِنْ الْوِلَادَةِ مَا قَالَتْهُ الْمَرْأَةُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَقَالَ أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا الْأَخِيرُ يُرِيدُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ تَزَوَّجَ فِي عِدَّةٍ وَلَا يَصِحُّ عَقْدٌ فِي عِدَّةٍ وَيُفْسَخُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَقَوْلُهُ: لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا الْأَخِيرُ إظْهَارًا لِقَبُولِهِ عُذْرَهُمَا وَأَنَّهُ لَا يَظُنُّ بِهِمَا إلَّا الْخَيْرَ الَّذِي بَلَغَهُ عَنْهُمَا وَأَنَّهُ لَوْ ظَنَّ بِهِمَا غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ تَعَدٍّ بِجَهْلٍ أَوْ عِلْمٍ لَمَا سَلِمَا مِنْ الْعُقُوبَةِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْأَوَّلِ يُرِيدُ أَلْحَقَ نَسَبَهُ بِهِ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ أَنْ يَكُونَ مِنْ الثَّانِي وَصَحَّ أَنْ يَكُونَ مِنْ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْضِ مِنْ الْمُدَّةِ مِقْدَارُ أَقَلِّ الْحَمْلِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَلِيطُ أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفًا فَنَظَرَ إلَيْهِمَا فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إبِلٍ لِأَهْلِهَا فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَتَظُنَّ أَنَّهُ قَدْ اسْتَمَرَّ بِهَا حَبَلٌ ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هَذَا تَعْنِي الْآخَرَ فَلَا أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ قَالَ: فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْت) .

(ش) : قَوْلُهُ: أَنَّ عُمَرَ كَانَ يَلِيطُ أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ يُرِيدُ أَنَّهُ كَانَ يُلْحِقُهُمْ بِهِمْ وَيَنْسُبُهُمْ إلَيْهِمْ وَإِنْ كَانُوا لِزِنْيَةٍ، وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي جَمَاعَةٍ يُسْلِمُونَ فَيَسْتَلْحِقُونَ أَوْلَادًا مِنْ زِنًى فَإِنْ كَانُوا أَحْرَارًا وَلَمْ يَدَّعِهِمْ أَحَدٌ لِفِرَاشٍ فَهُمْ أَوْلَادُهُمْ وَقَدْ أَلَاطَ عُمَرُ مِنْ وَلَدٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ مَعَهُمْ سَيِّدُ الْأَمَةِ أَوْ زَوْجُ الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» فَفِرَاشُ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ أَحَقُّ وَالْإِلَاطَةُ هِيَ الْإِلْحَاقُ قَالَ وَمَنْ ادَّعَى مِنْ النَّصَارَى الَّذِينَ أَسْلَمُوا أَوْلَادًا مِنْ الزِّنَا فَلْيُلَاطُوا بِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ يَسْتَحِلُّونَ الزِّنَا فِي دِينِهِمْ فَجُعِلَ ذَلِكَ بِاسْتِحْلَالِهِمْ الزِّنَا، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ أَسْلَمَ الْيَوْمَ فَاسْتَلَاطَ وَلَدًا بِزِنًا فِي شِرْكِهِ فَهُوَ مِثْلُ حُكْمِ مَنْ أَسْلَمَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ

. . . .

[المنتقى]

لَا يُؤْخَذُ بِقَوْلِهِمْ فِيمَنْ كَانَ مِنْ وِلَادَةِ الْجَاهِلِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إنَّمَا يُؤْخَذُ بِقَوْلِ الْقَافَةِ فِيمَا يَلْحَقُ مِنْ الْوَلَدِ وَأَمَّا فِي بَغَايَا أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ فَلَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَمَنْ اسْتَلْحَقَ مِنْهُمْ وَلَدَ أَمَةٍ مُسْلِمًا أَوْ نَصْرَانِيًّا لَحِقَ بِهِ فَإِنْ عَتَقَ يَوْمًا كَانَ وَلَدُهُ وَوَرِثَهُ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ: إلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ زَوْجُ الْحُرَّةِ أَوْ سَيِّدُ الْأَمَةِ فَيَكُونَ أَحَقَّ بِهِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُمْ إذَا اسْتَحَلُّوا الزِّنَا وَأَثْبَتُوا بِهِ الْأَنْسَابَ لَمْ يُبْطِلْ تِلْكَ الْأَنْسَابَ الْإِسْلَامُ كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ، فَإِذَا ادَّعَى ذَلِكَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ حُكِمَ لَهُ بِمَا تَقَدَّمَ لَهُ مِنْهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَإِنَّمَا يَلْحَقُ بِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ مُدَّعٍ ثَمَّ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي لِلْوَلَدِ مِنْ قَوْمٍ بَقُوا فِي بِلَادِهِمْ إمَّا بِأَنْ أَسْلَمُوا فَبَقُوا فِي بِلَادِهِمْ أَوْ أَقَرُّوا فِيهَا بِصُلْحٍ تَصَالَحُوا عَلَيْهِ ثُمَّ أَسْلَمُوا أَوْ أَسْلَمَ بَعْضُهُمْ أَوْ اُفْتُتِحَتْ بِلَادُهُمْ عَنْوَةً فَأَقَرُّوا فِيهَا ثُمَّ أَسْلَمُوا أَوْ أَسْلَمَ بَعْضُهُمْ أَوْ يَكُونُوا مُتَحَمِّلِينَ عَنْ مَوَاطِنِهِمْ إلَى بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ كَانُوا أَقَرُّوا فِي بِلَادِهِمْ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ كُلَّ قَرْيَةٍ اُفْتُتِحَتْ عَنْوَةً فَسَكَنَهَا الْمُسْلِمُونَ فَلْيَتَوَارَثُوا بِقَرَابَتِهِمْ بِالنَّسَبِ، وَرَوَى يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي أَهْلِ الْعَنْوَةِ يَتَوَارَثُونَ كَأَهْلِ الصُّلْحِ.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ قَالَ وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِأَهْلِ مِصْرَ وَأَهْلِ الشَّامِ غُلِبُوا عَنْوَةً أَيَّامَ عُمَرَ فَمَا زَالُوا يَتَوَارَثُونَ إلَى الْيَوْمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانُوا مُتَحَمِّلِينَ عَنْ أَوْطَانِهِمْ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا عَدَدًا كَثِيرًا أَوْ يَسِيرًا فَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا يَبْعُدُ عَنْهُمْ التَّوَاطُؤُ عَلَى الْكِتْمَانِ كَأَهْلِ مِصْرَ أَسْلَمُوا أَوْ جَمَاعَةٍ لَهُمْ عَدَدٌ فَتَحَمَّلُوا إلَيْنَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِأَنْسَابِهِمْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَإِنْ كَانُوا عِشْرِينَ فَأَمَّا النَّفَرُ مِثْلُ سَبْعَةٍ وَثَمَانِيَةٍ فَلَا يَتَوَارَثُونَ قَالَ سَحْنُونٌ لَا أَرَى الْعِشْرِينَ عَدَدًا يَتَوَارَثُونَ فَاتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْعَدَدَ الْكَثِيرَ يَتَوَارَثُونَ بِأَنْسَابِهِمْ دُونَ الْعَدَدِ الْيَسِيرِ وَاخْتَلَفَا فِي تَقْدِيرِهِ فَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْعِشْرِينَ فِي حَيِّزِ الْكَثِيرِ وَعِنْدَ سَحْنُونٍ فِي حَيِّزِ الْيَسِيرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ يُرِيدُ أَنَّهُ أَتَى رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ لِمَا تَقَدَّمَ لَهُ مَعَ أُمِّهِ مِنْ الْحَالِ الَّتِي كَانَ يُلَاطُ وَلَدُهَا بِهِ، وَلَعَلَّ عُمَرَ قَدْ فَهِمَ مِنْهَا وَجْهَ ادِّعَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَهُ أَنَّهُ وَجْهٌ أَشْكَلَ بِهِ عَلَيْهِ الْحُكْمَ فِي إفْرَادِ أَحَدِهِمَا بِهِ وَقَدْ وُجِدَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَطْؤُهَا بَعْدَ الْآخَرِ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ، وَذَلِكَ يَكُونُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:.

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطِئَ بِنِكَاحٍ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطِئَ بِزِنًا يَلْحَقُ فِيهِ النَّسَبُ، فَأَمَّا إذَا كَانَ وَطْؤُهُمَا جَمِيعًا بِنِكَاحٍ، فَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي فَهُوَ لِلْأَوَّلِ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْئِهِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ إنْ وَطِئَهَا الثَّانِي قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ حَيْضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ فِي عِدَّةِ طَلَاقٍ أَوْ وَفَاةٍ فَهُوَ لِلثَّانِي.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا كَانَ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَوَطِئَ الْأَوَّلُ ثُمَّ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ اسْتِبْرَاءٍ مِنْ الْأَوَّلِ فَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ حَمْلٌ مِنْ أَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَإِنْ أَتَتْ بِهِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ لِلثَّانِي؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ الِاسْتِبْرَاءُ مِنْ وَطْءِ الْأَوَّلِ وَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَإِنْ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ الْأَوَّلِ دُونَ اسْتِبْرَاءٍ مِنْ وَطْءِ الْأَوَّلِ فَأَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ رَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَزَادَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ سَوَاءٌ كَانَ سِقْطًا أَوْ تَامًّا حَيًّا أَوْ مَيِّتًا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ وَطْئِهِمَا إلَّا يَوْمٌ فَأَمَّا الْحَمْلُ فَلَا خِلَافَ عِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِي اعْتِبَارِ الْأَشْهُرِ السِّتَّةِ بَيْنَ الوطئين وَأَمَّا الْإِسْقَاطُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ فِي وَطْءِ الْأَمَةِ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ الْمُتَبَايِعَيْنِ: إنْ أَسْقَطَتْ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ بَعْدَهَا أَنَّهَا تُعْتَقُ عَلَيْهِمَا وَيَضْمَنُ الْمُشْتَرِي الْأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا يَوْمَ وَطِئَهَا وَنِصْفَ الثَّمَنِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ مَا حَمَلُوا عَلَيْهِ الْأَمَةَ مِنْ أَنَّهَا فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ قَبْلَ السِّتَّةِ

. . . .

[المنتقى]

الْأَشْهُرِ فَكُلَّمَا أَصَابَهَا قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يَظْهَرَ بِهَا حَمْلٌ أَوْ بَعْدَهُ مَا لَمْ تَحِضْ فَهِيَ مِنْ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لَمْ يَتِمَّ وَالْمُدَّةُ مُخْتَصَّةٌ بِالْحَمْلِ فَكُلُّ سِقْطٍ أَوْ وَلَدٍ يَكُونُ فِيهِ فَهُوَ لَهُ فَإِنْ أَكْمَلَتْ السِّتَّةَ الْأَشْهُرَ فَضَمَانُهَا مِنْ الْمُبْتَاعِ وَكَذَلِكَ إذَا وَلَدَتْهُ مَيِّتًا كَانَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ النَّظَرُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ الَّذِي يُولَدُ مَيِّتًا لَا يُعْلَمُ أَنَّهُ لَعَلَّهُ قَدْ كَانَ مِمَّا يُولَدُ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَكِنَّهُ بَقِيَ مَيِّتًا فَلَمَّا لَمْ يُعْلَمْ أَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ وِلَادَتِهِ لَمْ يُدْعَ لَهُ الْقَافَةُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُدْعَى الْقَافَةُ لِمَا وُلِدَ الْوِلَادَةَ الْمُعْتَادَةَ الَّتِي يُعْتَبَرُ بِهَا فِي إثْبَاتِ النَّسَبِ، فَأَمَّا الْوِلَادَةُ الَّتِي لَا يُعْتَبَرُ بِهَا فِي ذَلِكَ فَلَا مَدْخَلَ لِلْقَافَةِ فِيهِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ بِالْوَقْتِ خَاصَّةً فَمَا كَانَ قَبْلَ السِّتَّةِ الْأَشْهُرِ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ وَمَا كَانَ بَعْدَهَا فَهُوَ لِلثَّانِي.

وَوَجْهُ مَا قَالَهُ سَحْنُونٌ أَنَّ السِّقْطَ لَا يَخْتَصُّ بِوَقْتٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ شَهْرٍ وَأَقَلَّ وَأَكْثَرَ فَلَمَّا اشْتَرَكَا فِيهِ وَتَعَذَّرَ تَمَيُّزُهُ وَإِلْحَاقُهُ بِأَحَدِهِمَا مِنْ جِهَةِ الْوَقْتِ أَوْ الْقَافَةِ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ بَيْنَهُمَا فَيَضْمَنَانِ الْأُمَّ إذْ لَيْسَ الْتِزَامُ ذَلِكَ أَحَدَهُمَا بِأَوْلَى مِنْ الْآخَرِ، وَلَمَّا كَانَ السِّقْطُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا يَخْتَصُّ بِأَحَدِهِمَا وَلَا يَتَمَيَّزُ أَمْرُهُ بِالنَّظَرِ إلَيْهِ حُمِلَ عَلَى أَنَّهُ مِنْهُمَا وَكَذَلِكَ السِّقْطُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ تَقَارَبَ الوطئان أَوْ تَبَاعَدَا وَالْوَلَدُ حَيٌّ فَهُوَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ الْقَافَةُ.

وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ، وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَنَسٍ وَعَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَنَعَ مِنْهُ الْكُوفِيُّونَ وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِرَاقِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَقَالُوا: إذَا ادَّعَى رَجُلَانِ وَلَدًا فَهُوَ لَهُمَا وَكَانَتْ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدِهِمَا، فَإِنْ ادَّعَاهُ ثَلَاثَةٌ لَمْ يَكُنْ وَلَدًا لَهُمْ عِنْدَ أَكْثَرِهِمْ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ «عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - دَخَلَ عَلَيْهَا تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ قَالَ فِي أَقْدَامِ زَيْدٍ وَأُسَامَةَ أَنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» وَلَوْلَا أَنَّ قَوْلَهُمْ ذَلِكَ صَادِرٌ عَنْ عِلْمٍ يَلْزَمُ التَّعَلُّقُ بِهِ لَمَا سُرَّ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ وَضَعَتْهُ مَيِّتًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ سِقْطًا أَوْ تَامًّا فَإِنْ كَانَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مِنْ الْمُبْتَاعِ وَالْوَلَدُ لَهُ وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ وَلَا قَافَةَ فِي الْأَمْوَاتِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي السِّقْطِ أَنَّهُ مِنْهُمَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا قَافَةَ فِي الْأَمْوَاتِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَنْ وُلِدَ مَيِّتًا.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ إنْ مَاتَ بَعْدَ وَضْعِهِ حَيًّا دُعِيَ لَهُ الْقَافَةُ إذْ لَا يُغَيِّرُ الْمَوْتُ شَخْصَهُ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنَّ الَّذِي يُولَدُ مَيِّتًا لَا يُدْرَى مَتَى مَاتَ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَرَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ يَنْظُرُ الْقَافَةُ إلَى الْوَلَدِ وَالْبَاقِي مِنْ الْأَبَوَيْنِ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِهِ لَحِقَ وَإِنْ لَمْ يُلْحِقُوهُ بِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ وَلَا بِالْمَيِّتِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ يَلْحَقُ بِالْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ فَلَوْلَا وَطْءُ الْآخَرِ لَلَحِقَ بِهِ مِنْ غَيْرِ قَافَةٍ، فَإِذَا بَطَلَ أَنْ يَكُونَ مِنْ وَطْءِ الْحَيِّ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَالْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ الْقَافَةَ لَا تَنْظُرُ إلَى ابْنِ مَيِّتٍ.

وَقَدْ ذُكِرَ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ أَنَّ الْقَافَةَ لَا تُلْحِقُ بِأَبٍ مَيِّتٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ قَوْلُ سَحْنُونٍ: إنَّهُ يُنْظَرُ إلَى الِابْنِ بَعْدَ أَنْ يَمُوتَ إذَا وُلِدَ حَيًّا، وَقَالَ: إنَّ الْمَوْتَ لَا يُغَيِّرُ شَخْصَهُ.

فَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْأَبَ مِنْ شَرْطِ إلْحَاقِ الِابْنِ بِهِ أَنْ يَدَّعِيَهُ فَيَجِبَ أَنْ يَكُونَ حِينَ الْإِلْحَاقِ بِهِ مُدَّعِيًا لَهُ، فَإِذَا مَاتَ فَقَدْ عُدِمَ ذَلِكَ فَلَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ وَالِابْنُ لَيْسَ مِنْ جِهَةِ إقْرَارٍ وَلَا إنْكَارٍ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ حِينَ الْإِلْحَاقِ بِهِ حَالَ مَوْتِهِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَتَعْلِيلِهِ أَنَّ الْمَيِّتَ مِنْ الْأَبَوَيْنِ لَوْ كَانَ حَيًّا لَجَازَ أَنْ يَنْفِيَهُ عَنْهُ الْقَافَةُ، فَيَصِحُّ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّ الْأَبَ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ بِالْقَافَةِ دُونَ دَعْوَاهُ لَمْ يَصِحَّ أَنْ يُنْفَى عَنْهُ بِالْقَافَةِ، وَتَحْرِيرُ ذَلِكَ وَالَّذِي يَتَحَقَّقُ مِنْهُ أَنَّ ادِّعَاءَ الْأَبِ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُقَارِنًا لِإِلْحَاقِ الْقَافَةِ الِابْنَ بِهِ، وَعَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ يَجُوزُ أَنْ يُلْحِقَهُ الْقَافَةُ بِهِ بِدَعْوَى مُتَقَدِّمَةٍ وَيَصِحُّ أَنْ يُرِيدَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ

(13/6)

. . . .

بِذَلِكَ أَنَّ الْمَيِّتَ لَا يُنْظَرُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّغْيِيرَ يَلْحَقُهُ فَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُنْظَرَ إلَى الِابْنِ إذَا مَاتَ وَإِنْ كَانَ قَدْ وُلِدَ حَيًّا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَدَعَا عُمَرُ قَائِفًا فَنَظَرَ إلَيْهِمَا يُرِيدُ أَنَّهُ نَظَرَ إلَيْهِمَا وَإِلَى الْوَلَدِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ اقْتَصَرَ عَلَى الْقَائِفِ الْوَاحِدِ لَمَّا لَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ لِتَحَقُّقِ جَوَازِ الْحُكْمِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُجْزِئُ الْقَائِفُ الْوَاحِدُ إنْ كَانَ عَدْلًا وَلَمْ يُوجَدْ غَيْرُهُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَعَلَيْهِ جَمَاعَةُ أَصْحَابِنَا إلَّا مَا رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يُجْزِئُ إلَّا قَائِفَانِ وَبِهِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذِهِ طَرِيقَةُ الْخَبَرِ عَنْ عِلْمٍ يَخْتَصُّ بِهِ الْقَلِيلُ مِنْ النَّاسِ كَالطَّبِيبِ وَالْمُفْتِي، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِسَمَاعِهِ وَالْحُكْمِ بِهِ الْحُكَّامُ فَلَمْ يَجُزْ فِي ذَلِكَ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ كَالشَّهَادَاتِ.

وَقَدْ قَالَ عِيسَى لَا يُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ إلَّا أَهْلُ الْعَدْلِ لَمَّا كَانَ طَرِيقُ ذَلِكَ عِنْدَهُ طَرِيقَ الشَّهَادَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِي الْقَوْلِ بِالْقَافَةِ فِي أَوْلَادِ الْإِمَاءِ، وَأَمَّا أَوْلَادُ الْحَرَائِرِ فَالْمَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يُدْعَى لَهُمْ الْقَافَةُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَ السَّيِّدَانِ فِي مِلْكِهَا وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا الرَّجُلُ وَلَمْ تُسْتَبْرَأْ مِنْ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ فِي الْحُرَّةِ فَلَمَّا كَثُرَتْ أَسْبَابُ الِاشْتِرَاكِ فِي الْإِمَاءِ دُونَ الْحَرَائِرِ اخْتَصَّ أَوْلَادُهُنَّ بِحُكْمِ الْقَافَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَلْحَقُ وَلَدَهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْقَائِفِ لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ يُرِيدُ أَنَّهُ مِنْ وَاطِئَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ نَصِيبٌ وَتَأْثِيرٌ وَلَعَلَّهُ كَانَ ذَلِكَ لِمَا رَأَى فِيهِ مِنْ شَبَهِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ فَعَلَ ذَلِكَ بِهِ لِمَا رَأَى فِيهِ مِنْ الْعَجَلَةِ وَاعْتَقَدَ فِيهِ مِنْ التَّقْصِيرِ عَنْ النَّظَرِ الَّذِي يُلْحِقُهُ بِأَحَدِهِمَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَدَعَا عُمَرُ الْمَرْأَةَ فَقَالَ أَخْبِرِينِي خَبَرَك عَلَى مَعْنَى الِاجْتِهَادِ فِي طَلَبِ الْحَقِّ لَعَلَّهُ أَنْ يَجِدَ فِي قَوْلِهَا مَا يُقَوِّي الْحَقَّ عِنْدَهُ، أَوْ مَا يَتَسَبَّبُ بِهِ إلَى مَعْرِفَةِ الْحَقِّ، وَمِثْلُ هَذَا يَلْزَمُ الْحَاكِمَ فَإِنَّهُ مِنْ وُجُوهِ الِاجْتِهَادِ إنْ سُئِلَ عَنْ الْحُكْمِ قَبْلَ إنْفَاذِهِ وَيَتَسَبَّبُ إلَى مَعْرِفَةِ الْحَقِّ أَوْ غَلَبَةِ الظَّنِّ مِنْ وَكُلِّ وَجْهٍ يُمْكِنُهُ ذَلِكَ فِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ أَنَّ أَحَدَهُمَا كَانَ يَأْتِيهَا وَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّا أَنَّهُ قَدْ اسْتَمَرَّ بِهَا حَمْلٌ ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا الْآخَرُ فَلَا أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ تُرِيدُ أَنَّهُ أَشْكَلَ عَلَيْهَا أَيْضًا الْأَمْرُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يُفَارِقْهَا إلَّا وَقَدْ ظَنَّتْ أَنَّهَا حَامِلٌ مِنْهُ وَلَمْ تَتَحَقَّقْ الْأَمْرَ ثُمَّ أُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءٌ ثُمَّ وَاقَعَهَا الْآخَرُ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَشْكَلَ عَلَيْهَا الْأَمْرُ؛ لِأَنَّهَا لَعَلَّهَا لَمْ تَرَ الدَّمَ مُدَّةَ حَيْضَةٍ كَامِلَةٍ يَقَعُ بِهَا الِاسْتِبْرَاءُ وَإِنَّمَا رَأَتْهُ دَفْعَةً، وَلِذَلِكَ لَمْ تَقُلْ أَنَّهَا حَاضَتْ، وَإِنَّمَا قَالَتْ أَنَّهَا رَأَتْ الدَّمَ الَّذِي يَكُونُ بِهِ اسْتِبْرَاءٌ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ حُكْمَ بَغَايَا الْجَاهِلِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسْتَبْرَأْ الْوَطْءُ الْأَوَّلُ وَلَا الثَّانِي إلَى نِكَاحٍ وَلَا مِلْكِ يَمِينٍ وَأَمَّا فِي الْإِسْلَامِ فَإِذَا وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ حَيْضَةٍ كَامِلَةٍ وَأَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ لَهُ دُونَ الْأَوَّلِ وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُسْنَدٌ إلَى مِلْكِ الْيَمِينِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَكَبَّرَ الْقَائِفُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا جَاءَ مِنْ خَبَرِ الْمَرْأَةِ مَا يُصَدِّقُ قَوْلَهُ كَبَّرَ كَفِعْلِ الْغَالِبِ الَّذِي صَحَّ قَوْلُهُ وَتَبَيَّنَ فِعْلُهُ فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ وَالِ أَيَّهمَا شِئْت يَقْتَضِي أَنَّ الْغُلَامَ مِمَّنْ يَصِحُّ أَنْ يَخْتَارَ وَيُمَيِّزَ وَيَكُونُ لَهُ قَصْدٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْأَمَةِ تَأْتِي بِوَلَدٍ مِنْ وَطْءِ الشَّرِيكَيْنِ فَيَقُولُ الْقَائِفُ لَهُ لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ فَلْيُوَالِ أَيَّهمَا شَاءَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ بَلْ يُقَالُ لِلْقَافَةِ أَلْحِقُوهُ بِأَصَحِّهِمَا بِهِ شَبَهًا فَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ وَلَا يُتْرَكُ وَمُوَالَاةَ مَنْ أَحَبَّ.

وَقَالَهُ ابْنُ نَافِعٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ، قَالَ سَحْنُونٌ: وَقَدْ قَالَ لِي غَيْرُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُوَالَاةُ أَحَدِهِمَا إذَا بَلَغَ وَيَبْقَى ابْنًا لَهُمَا.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ لَهُ وَالِ مَنْ شِئْت مِنْهُمَا وَمِثْلُ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ مِمَّا يَشِيعُ وَيَنْتَشِرُ وَلَمْ يُخَالِفْهُ أَحَدٌ مِنْ الصَّحَابَةِ فَثَبَتَ أَنَّهُ إجْمَاعٌ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِي النَّسَبِ، وَلِذَلِكَ لَمْ

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَضَى أَحَدُهُمَا فِي امْرَأَةٍ غَرَّتْ رَجُلًا بِنَفْسِهَا وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا فَقَضَى أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ، قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ وَالْقِيمَةُ أَعْدَلُ فِي هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) .

[المنتقى]
يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَجُلَانِ امْرَأَةً لِمَا كَانَ فِي ذَلِكَ مِنْ الشِّرْكِ فِي النَّسَبِ وَيَصِحُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَتَيْنِ لِمَا لَمْ يُؤَدِّ إلَى ذَلِكَ فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ وَجْهٌ يَخْتَصُّ مِنْهُ بِأَحَدِهِمَا رُدَّ ذَلِكَ إلَى اخْتِيَارِ الْوَلَدِ فَوَالَى أَحَدَهُمَا وَكَانَ ابْنًا لَهُ دُونَ الْآخَرِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يُمْكِنْ إلْحَاقُهُ بِأَحَدِهِمَا، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّهُ قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ الرَّجُلَانِ وَلَكِنْ يَلْحَقُ بِأَقْوَاهُمَا شَبَهًا بِهِ فِي الْمَعَانِي الَّتِي تُوجِبُ الْإِلْحَاقَ فَيَغْلِبُ ذَلِكَ، وَأَمَّا التَّخْيِيرُ فَإِنَّ الْأَنْسَابَ لَا تَثْبُتُ بِهِ وَلَا تَأْثِيرَ لَهُ فِيهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ أَنَّ النَّسَبَ أَصْلَهُ وَحَقِيقَتَهُ يَكُونُ مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُخْلَقُ بِهِ فَلَمَّا ظَهَرَ إلَيْنَا أَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِمَا وَجَبَ أَنْ يَكُونَ ابْنًا لَهُمَا قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ فَمَتَى يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ، رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ إذَا بَلَغَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَرَوَى ابْنُ يَزِيدَ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ إذَا عَقَلَ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ ذَلِكَ وَقْتٌ تَلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ الِاخْتِيَارُ فَإِذَا عَقَلَ صَحَّ اخْتِيَارُهُ فَكَانَ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ الَّذِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ إلَى وَقْتِ الِاخْتِيَارِ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُنْفِقَانِ عَلَيْهِ جَمِيعًا.

وَقَالَ أَصْبَغُ النَّفَقَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي حَتَّى يَبْلُغَ حَدَّ الْمُوَالَاةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَوْقُوفًا لَهُمَا لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَحَقَّ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ فَلَزِمَهُمَا الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الْيَدَ فَكَانَتْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ فَوَالَى أَحَدَهُمَا، قَالَ عِيسَى: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْآخَرُ بِمَا أَنْفَقَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ مَا أَنْفَقَ الَّذِي لَمْ يُوَالِهِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الَّذِي وَالَاهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ السَّلَفِ وَلَمْ يَعْتَقِدْ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ وَالِدٌ يُوَالِيه وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ إنَّمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ لِيَرْجِعَ بِهِ عَلَى مُسْتَحِقّ وِلَايَتِهِ كَالْعَبْدِ يُوقَفُ فَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْمُتَدَاعِيَانِ ثُمَّ يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ: لَا أُوَالِي وَاحِدًا مِنْهُمَا فَقَالَ سَحْنُونٌ: ذَلِكَ لَهُ وَيَكُونُ ابْنًا لَهُمَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ حَالٌ لَمْ يُجْبَرْ فِيهَا فَلَمْ يَخْتَصَّ بِوَلَاءِ أَحَدِهِمَا، أَصْلُ ذَلِكَ حَالَ الصِّغَرِ وَهُمَا أَحَقُّ بِوِلَايَتِهِ مِنْ غَيْرِهِمَا فَكَانَ

ذَلِكَ لَهُمَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَاوَى بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ وَالَاهُمَا.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، أَوْ عُثْمَانَ عَلَى وَجْهِ الشَّكِّ مِنْهُ، أَوْ مِمَّنْ بَلَغَهُ ذَلِكَ مِنْهُ قَضَى فِي أَمَةٍ غَرَّتْ رَجُلًا بِنَفْسِهَا وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ يُرِيدُ أَنَّ الْأَمَةَ قَدْ تَغُرُّ مَنْ لَا يَعْرِفُ أَنَّهَا أَمَةٌ بِنَفْسِهَا وَتَزْعُمُ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَيَتَزَوَّجُهَا فَإِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ وَالزَّوْجُ مِمَّنْ يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الْأَرِقَّاءِ كَالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُعْتَقِ بَعْضُهُ وَالْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ فَإِنَّ وَلَدَهَا رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنْ بِيعَ الْأَبُ فَحُكْمُ الرِّقِّ يَلْحَقُهُ فَكَانَ تَبَعًا لِلْإِمَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا وَقَالَ: تَزَوَّجْتهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ، وَقَالَ سَيِّدُهَا: بَلْ عَلَى أَنَّهَا أَمَةٌ، فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ الزَّوْجُ مُصَدَّقٌ وَيَأْخُذُهَا سَيِّدُهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا يَوْمَ الْحُكْمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ الْأَصْلُ وَأَحْكَامُهَا ثَابِتَةٌ دُونَ إثْبَاتٍ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مُدَّعِي ذَلِكَ دُونَ مُدَّعِي اشْتِرَاطِ الرِّقِّ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ طَارِئٌ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِالْإِقْرَارِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْحُرِّيَّةِ فَاسْتَحَقَّتْ بِالرِّقِّ فَلِسَيِّدِهَا أَخْذُهَا وَقِيمَةِ وَلَدِهَا وَهُوَ مَعْنَى مَا قَضَى بِهِ عُمَرُ، أَوْ عُثْمَانُ إذْ قَالَ: قَضَى أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: الْوَلَدُ رَقِيقٌ وَلَا قِيمَةَ فِيهِمْ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْوَلَدَ تَبَعٌ لِلْأُمِّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فَمَنْ مَلَكَ الْأُمَّ مَلَكَ وَلَدَهَا غَيْرَ أَنَّ الْأَبَ لَمْ يَتَزَوَّجْهَا عَلَى حُرَّةٍ فَقَدْ تَزَوَّجَ عَلَى حُرِّيَّةِ وَلَدِهِ فَكَانَ لَهُ شَرْطُهُ وَكَانَ لِلسَّيِّدِ مِثْلُهُمْ عِوَضُ الْمِثْلِ مِنْ مَالِ مَنْ اسْتَحَقَّ حُرِّيَّتَهُمْ وَمَالِ مَنْ اشْتَرَطَهُمْ لَهُمْ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ عَلَى الْأَبِ وَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قِيمَتَهُمْ

(15/6)

الْقَضَاءُ فِي مِيرَاثِ الْوَلَدِ الْمُسْتَلْحَقِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَهْلَكُ وَلَهُ بَنُونَ فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلَانًا ابْنُهُ أَنَّ ذَلِكَ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ إنْسَانٍ وَاحِدٍ، وَلَا يَجُوزُ إقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إلَّا عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ أَبِيهِ يُعْطِي الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ، قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَهْلَكَ الرَّجُلُ وَيَتْرُكَ ابْنَيْنِ لَهُ وَيَتْرُكَ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ فَيَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَمِائَةِ دِينَارٍ ثُمَّ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكَ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا ابْنُهُ

فَيَكُونَ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اُسْتُلْحِقَ مِائَةُ دِينَارٍ وَذَلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ الْمُسْتَلْحَقِ لَوْ لَحِقَ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ أَخَذَ الْمِائَةَ الْأُخْرَى فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ)

[المنتقى]

يَوْمَ الْحُكْمِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ قِيمَتُهُمْ يَوْمَ وُلِدُوا.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّهُ إنَّمَا اعْتَبَرَ فِي قِيمَتِهِمْ صِفَتَهُمْ يَوْمَ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا فِي ضَمَانِ الْأَبِ وَلَمْ يَكُنْ هَذَا الْحُكْمُ مُسْتَغْنِيًا عَنْ حَاكِمٍ فَلَمَّا احْتَاجَ إلَى حَاكِمٍ اُعْتُبِرَتْ صِفَةُ الْمَحْكُومِ فِيهِ يَوْمَ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ تَمَامِ الِاسْتِحْقَاقِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَدْ أَخْطَأَ مَنْ قَالَ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ لَكَانَ عَلَيْهِ ذَلِكَ وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ كَانَ لِلْوَلَدِ مَالٌ حِينَ التَّقْوِيمِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ يُقَوَّمُ بِغَيْرِ مَالِهِ وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ الْأَوْلَادُ أَحْيَاءً فَإِنْ كَانُوا قَدْ مَاتُوا فَلَا شَيْءَ لِلْمُسْتَحِقِّ مِنْ قِيمَتِهِمْ إلَّا أَنْ يَكُونُوا قُتِلُوا فَأَخَذَ الْأَبُ الدِّيَةَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لِلْمُسْتَحِقِّ الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِمْ، أَوْ مَا أَخَذَهُ السَّيِّدُ مِنْ دِيَتِهِمْ وَكَذَلِكَ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ الْأُمِّ فَأَلْقَتْ جَنِينًا فَأَخَذَ الْأَبُ فِيهِ غُرَّةً.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا الْعِوَضَ إنَّمَا أَخَذَهُ الْأَبُ بَدَلًا مِنْ وَلَدِ الْجَارِيَةِ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ السَّيِّدُ قِيمَتَهُمْ فَكَانَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَنْتَزِعَ مِنْ الْأَبِ مَا أَخَذَ مِنْ قِيمَتِهِمْ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِمْ فَلَا يَنْتَزِعُهُ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إلَّا الْقِيمَةَ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْقِيمَةَ إنَّمَا تَكُونُ لِلْأَبِ بِالْحُكْمِ وَالْحُكْمُ لَمْ يُدْرِكْ الْوَلَدُ فَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ حَقٌّ فِيهِمْ قَالَ مُحَمَّدٌ وَقَوْلُ أَشْهَبَ صَوَابٌ وَذَهَبَ إلَى هَذَا وَلِابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ يَقُولَ إنَّ الْحُكْمَ قَدْ أَدْرَكَ الدِّيَةَ وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ فِيهَا كَمَا كَانَ يَحْكُمُ فِي الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ مِنْهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنْ يَفْدِيَ وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ قَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيمَنْ أَتْلَفَ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ أَوْ الْعُرُوضِ الَّتِي لَا تُكَالُ وَلَا تُوزَنُ فَقَالَ مَرَّةً فِي ذَلِكَ الْمِثْلُ وَقَدْ قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ بَاعَ بَعِيرًا وَاسْتَثْنَى جِلْدَهُ حَيْثُ يَجُوزُ ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَثْنَى الْمُشْتَرِي الْبَعِيرَ، فَإِنَّ الَّذِي اسْتَثْنَاهُ شَيْءٌ فِي جِلْدِهِ يُرِيدُ مِثْلَهُ ثُمَّ قَالَ: أَوْ قِيمَتَهُ وَالْقِيمَةُ أَعْدَلُ وَالْقَوْلُ الَّذِي عَلَيْهِ يُعْتَمَدُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ الْقِيمَةَ، وَإِنَّمَا الْمِثْلُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ، وَلَمَّا كَانَ هَذَا الْوَلَدُ مِنْ الْحَيَوَانِ كَانَتْ الْقِيمَةُ عِنْدَهُ فِيهِ أَعْدَلَ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إلَى الْمُمَاثَلَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَارِّ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْمَهْرِ، قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَارِّ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْمَهْرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَغُرَّهُ مِنْ الْوَلَدِ، وَإِنَّمَا غَرَّهُ بِالنِّكَاحِ الَّذِي أَخَذَ عِوَضَهُ الْمَهْرَ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ الْغَارُّ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَمَةٌ فَزَوَّجَهُ مِنْهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ وَادَّعَى أَنَّهُ وَلِيُّهَا، وَلَوْ أَعْلَمَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَلِيٍّ لَهَا ثُمَّ زَوَّجَهُ مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا غَرَّتْ الْأَمَةُ مِنْ نَفْسِهَا فَتَزَوَّجَتْ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَدَخَلَ بِهَا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا الْمَهْرُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهَا مَا فَضَلَ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْمَهْرَ لَمْ يَدْخُلْهُ فَسَادٌ فَلِذَلِكَ ثَبَتَ فِيهِ الْمُسَمَّى، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ النَّقْصَ بِالرِّقِّ قَدْ وُجِدَ فِي الْعِوَضِ فَكَانَ لِلزَّوْجِ الرُّجُوعُ بِمَا فَضَلَ عَنْهُ عَلَى عِوَضِهِ مَعِيبًا بِعَيْبِ الرِّقِّ.

(16/6)

. . . .

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي مِيرَاثِ الْوَلَدِ الْمُسْتَلْحَقِ]

ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ أَنَّ مَذْهَبَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى سَاكِنِهَا السَّلَامُ فِي الَّذِي يُتَوَفَّى وَيَتْرُكُ وَلَدَيْنِ وَيَتْرُكُ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَمِائَةِ دِينَارٍ، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ أَقَرَّ لِرَجُلٍ أَنَّهُ ابْنُهُ قِيلَ لَهُ: قَدْ أَقْرَرْت لَهُ بِمَالٍ فَيُنْظَرُ إلَى مَا فِي يَدَيْك مِمَّا كَانَ يَصِيرُ لَهُ لَوْ ثَبَتَ نَسَبُهُ فَتَدْفَعُهُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّك مُقِرٌّ لَهُ بِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ نَسَبُهُ لَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِائَةُ دِينَارٍ وَقَدْ أَخَذَهَا ثَلَاثَمِائَةِ دِينَارٍ فَالْمِائَةُ الزَّائِدَةُ قَدْ أَقَرَّ بِهَا لِلْمُقَرِّ بِهِ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُعْطِيَهُ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِشَيْءٍ لَا يَسْتَحِقُّهُ إلَّا مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِإِقْرَارِ أَخِيهِ وَحْدِهِ إذَا كَانَ ثَمَّ مَنْ الْوَرَثَةِ مَنْ يَرْفَعُهُ عَنْهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ إقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ

شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا النَّسَبُ وَهَذَا إِقْرَارٌ عَلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ، وَالثَّانِي إِقْرَارٌ بِمَالٍ فِي يَدِهِ فَلَزِمَهُ فِيهِ كَمَا لَوْ تُوُفِّيَ رَجُلٌ وَتَرَكَ وَلَدًا وَاحِدًا فَأَقَرَّ بِأَخٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَقَاسَمَهُ الْمَالَ بِاتِّفَاقٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَلْزَمُ الْمُقِرَّ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا بِيَدِهِ دُونَ الْمُنْكِرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى أَخِيهِ، فَإِنَّ الْمُقِرَّ يَسْتَحِقُّ مِثْلَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّا بِأَيْدِيهِمَا وَالَّذِي كَانَ يَجِبُ لَهُ بِذَلِكَ مِنْ السِّتِّمِائَةِ مِائَتَانِ فَقَدْ أَقَرَّ لَهُ مِمَّا بِيَدِهِ بِمِائَةٍ وَشَهِدَ لَهُ عَلَى أَخِيهِ بِمِائَةٍ أُخْرَى مِمَّا بِيَدِهِ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَشَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ آخَرُ بِمِثْلِ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْ يَدِ الْمُقَرِّ لَهُ غَيْرَ مِائَةٍ وَمِنْ يَدِ الْمُنْكِرِ مِائَةً أُخْرَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَدْ اتَّفَقُوا أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ الْأَخَوَانِ لَأَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْ يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَخْلُو هَذَا الْإِقْرَارُ أَنْ تَكُونَ التَّرِكَةُ عَيْنًا، أَوْ عَرَضًا فَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ وَإِنْ كَانَتْ عَرَضًا مِثْلَ أَنْ يَتْرُكَ الْمُتَوَفَّى عَبْدًا أَوْ أَمَةً فَأَخَذَ الْمُقِرُّ الْعَبْدَ وَأَخَذَ أَخُوهُ الْأَمَةَ ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ بِأَخٍ قَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ فَهَذَا قَدْ أَقَرَّ بِثُلُثِ الْعَبْدِ وَثُلُثِ الْأَمَةِ وَقَدْ كَانَ لِلْمُقِرِّ قَبْلَ الْإِقْرَارِ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْإِنْكَارِ فَأَقَرَّ فِي كُلِّ نِصْفٍ وَجَبَ لَهُ بِثُلُثِ ذَلِكَ النِّصْفِ وَهُوَ سُدُسُ الْعَبْدِ فَلَمَّا بَاعَ نِصْفَهُ فِي الْأَمَةِ بِنِصْفِ أَخِيهِ فِي الْعَبْدِ ضَمِنَ لِأَخِيهِ سُدُسَ قِيمَةِ الْأَمَةِ، وَأَمَّا ثُلُثُ الْعَبْدِ فَوَاجِبٌ لَهُ؛ لِأَنَّ سُدُسَهُ كَانَ بِيَدِهِ وَسُدُسَ آخِرِ عَاوَضَ فِيهِ أَخَاهُ فَابْتَاعَ مَا لَا يَحِلُّ لَهُ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهُ لِآخَرَ فَلْيُسَلِّمْهُ إلَيْهِ فَقَدْ وَجَبَ لَهُ ثُلُثُ الْعَبْدِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي سُدُسِ الْأَمَةِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ قِيمَتَهُ، أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ سُدُسَ الْعَبْدِ الَّذِي بَاعَهُ فَيَصِيرُ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ وَلِلْمُقِرِّ نِصْفُ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ أَحْمَدُ بْنُ مَيْسَرَةَ.

وَقَالَ أَبُو أَيُّوبَ الْبَصْرِيُّ: إنَّ قَوْلَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أَنَّهُ يُعْطِيه ثُلُثَ الْعَبْدِ الَّذِي صَارَ لَهُ وَيَضْمَنُ لَهُ سُدُسَ قِيمَةِ الْأَمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ ذَلِكَ بِسُدُسٍ مِنْ الْعَبْدِ وَهُوَ مُقِرٌّ أَنَّهُ لِأَخِيهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عُمَرَ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ أَبُو أَيُّوبَ هُوَ الصَّوَابُ وَلَيْسَ فِيهِ تَخْيِيرٌ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ بِهِ مِنْ الْعَبْدِ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِسُدُسِ الْأَمَةِ الَّذِي كَانَ بِيَدِ أَخِيهِ مِنْ الْعَبْدِ الَّذِي كَانَ بِيَدِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ الْمُقِرُّ لَمْ يَرِثْهُ، وَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَخُوهُ الثَّابِتُ النَّسَبِ قَالَهُ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يُورَثُ بِهِ إلَّا مَعَ عَدَمِ وَارِثٍ ثَابِتِ النَّسَبِ وَلِهَذَا الْمُقِرِّ أَخٌ ثَابِتُ النَّسَبِ فَلَا يَرِثُهُ الْمُقَرُّ لَهُ، قَالَ سَحْنُونٌ: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمُقَرِّ لَهُ لَوَرِثَهُ، وَلَوْ مَاتَ الْمُقَرُّ لَهُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ يَرِثُهُ الْمُقِرُّ بِهِ وَالْمُنْكِرُ لَهُ قَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ يَأْخُذُ الْمُقِرُّ مِنْ تَرِكَتِهِ بَدْءًا مِثْلَ مَا كَانَ أَعْطَاهُ ثُمَّ يَكُونُ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْمُنْكِرَ جَحَدَهُ إيَّاهُ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَكَانَ عِنْدِي يَجِبُ أَنْ يَنْظُرَ إلَى مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِمَا أَخَذَهُ الْمُنْكِرُ مِنْ مَالِ أَبِيهِ لَوْ ثَبَتَ نَسَبُ الْمُقَرِّ لَهُ فَإِنْ كَانَتْ مِائَةَ دِينَارٍ أُضِيفَتْ إلَى مَالِ الْمُقَرِّ لَهُ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ ثَلَاثَمِائَةِ دِينَارٍ أَخَذَ مِنْهَا الْمُقَرُّ لَهُ مِائَةً وَخَمْسِينَ وَبَقِيَتْ خَمْسُونَ مِنْ مَالِ الْمُقَرِّ لَهُ فَوُقِفَتْ فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ الْمُنْكِرُ دُفِعَتْ إلَيْهِ وَكَمُلَ بِذَلِكَ وَبِالْمِائَةِ الَّتِي كَانَ يَأْخُذُهَا مِنْهُ مَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ تَمَامُ نَصِيبِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ، وَذَلِكَ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ فَإِنَّمَا الْمِائَةُ الدِّينَارِ الَّتِي بَقِيَتْ بِيَدِهِ مِنْ تَرِكَةِ أَبِيهِ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ لِلْمُقَرِّ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ اسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ يُرِيدُ؛ لِأَنَّ الْأَخَوَيْنِ قَدْ شَهِدَا لَهُ بِالنَّسَبِ وَهُمَا

(17/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَهُوَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِالدَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا، أَوْ عَلَى زَوْجِهَا وَيُنْكِرُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إلَى الَّذِي أَقَرَّتْ لَهُ بِالدَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ إنْ كَانَتْ امْرَأَةً وَرِثَتْ الثَّمَنَ دَفَعَتْ إلَى الْغَرِيمِ ثَمَنَ دَيْنِهِ وَإِنْ كَانَتْ ابْنَةً وَرِثَتْ النِّصْفَ دَفَعَتْ إلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ دَيْنِهِ عَلَى حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنْ النِّسَاءِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ وَلَيْسَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ أَنْ يَحْلِفَ وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ فَإِنْ لَمْ

[المنتقى]

مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَيَجِبُ عَلَى هَذَا إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا شَاهِدًا لَهُ أَنْ لَا يُثْبِتَ لَهُ بِذَلِكَ نَسَبُهُ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَلَا يَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ الْمَالَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّهُ الثَّابِتُ النَّسَبِ وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ فَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَقْضِي لَهُ بِالْمَالِ لِوَجْهِ الْمِيرَاثِ ثُمَّ لَا يَثْبُتُ لَهُ بِذَلِكَ نَسَبٌ، وَرَوَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْمَالَ حَتَّى يَثْبُتَ لَهُ النَّسَبُ بِمَا تَثْبُتُ بِهِ الْأَنْسَابُ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَتَوَفَّى رَجُلٌ وَيَتْرُكَ مَالًا وَيَأْتِي مَنْ يَدَّعِي أَنَّهُ ابْنُهُ فَيُقِيمُ شَاهِدًا وَاحِدًا فَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ يَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ الْمَالَ دُونَ النَّسَبِ، وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَدْ يَنْفَصِلُ الْمَالُ مِنْ النَّسَبِ، وَكَذَلِكَ إذَا أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بِوَلَدٍ وَاسْتَحَقَّ مَا يَتَضَمَّنُهُ

إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ الْمَالِ وَلَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ نَسَبُهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ هَذَا الْمَالَ إنَّمَا يُسْتَحَقُّ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا مِنْ جِهَتِهِ كَسَائِرِ أَسْبَابِ الِاسْتِحْقَاقِ وَلَيْسَ هَاهُنَا مُقِرٌّ بِحَقٍّ يَنْفَرِدُ بِهِ فَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهُ، وَإِنَّمَا يَدَّعِي حَقًّا ثَابِتًا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إلَيْهِ إلَّا بَعْدَ إثْبَاتِ النَّسَبِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَهُوَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِالدَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا، أَوْ عَلَى زَوْجِهَا وَيُنْكِرُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إلَى الَّذِي أَقَرَّتْ لَهُ بِالدَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ إنْ كَانَتْ امْرَأَةً وَرِثَتْ الثَّمَنَ دَفَعَتْ إلَى الْغَرِيمِ ثُمُنَ دَيْنِهِ وَإِنْ كَانَتْ ابْنَةً وَرِثَتْ النِّصْفَ دَفَعَتْ إلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ دَيْنِهِ عَلَى حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنْ النِّسَاءِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَهُ أَنَّ مَسْأَلَةَ الْإِقْرَارِ تَجْرِي مَجْرَى مَا ذَكَرَهُ مِنْ الْمَرْأَةِ تُقِرُّ بِدَيْنٍ عَلَى مَوْرُوثِهَا وَيُنْكِرُ ذَلِكَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ فَإِنْ كَانَتْ بِنْتًا تَرِثُ النِّصْفَ فَإِنَّمَا يَلْزَمُهَا مِنْ الدَّيْنِ بِقَدْرِ ذَلِكَ وَهُوَ نِصْفُهُ وَإِنْ كَانَتْ زَوْجَةً تَرِثُ الثُّمُنَ؛ لِأَنَّ لِلْمَيِّتِ وَلَدًا، أَوْ وَلَدَ ابْنٍ إنَّمَا عَلَيْهِمَا مِنْ الدَّيْنِ ثُمُنُهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ فَوَرِثَ الرُّبُعَ لَكَانَ عَلَيْهَا مِنْ الدَّيْنِ رُبُعُهُ، وَكَذَلِكَ الْوَارِثُ إذَا كَانَتْ أُنْثَى تَرِثُ مَعَ الْمُقِرِّ لَهُ الثُّلُثَ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ مَا صَارَ إلَيْهِ زَائِدًا عَلَى الثُّلُثِ، وَلَوْ كَانَتْ زَوْجَةً لَهَا الثُّمُنُ فَأَقَرَّتْ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا أَنْ تُعْطِيَهُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ مَوْرُوثَهَا دُونَهُ وَمَعَهُ لَا يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ فَلَا يُؤَثِّرُ إقْرَارُهَا فِيمَا بِيَدِهَا.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: أَصْحَابُ مَالِكٍ كُلُّهُمْ يَرَوْنَ هَذَا الْقَوْلَ مِنْ مَالِك وَهْمًا؛ لِأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِوَارِثٍ إلَّا بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ فَيَجِبُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ الْمُقِرِّ بِالدَّيْنِ دَيْنَهُ، وَأَمَّا الْوَارِثُ فَإِنَّهُ وَارِثٌ مَعَ الْمُقِرِّ وَلَيْسَ بِوَارِثٍ قَبْلَهُ فَلِذَلِكَ أَخَذَ مِنْهُ مَا يَنُوبُهُ، وَرَوَى هَذَا ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ لَيْسَ بِصَحِيحٍ بَلْ أَصْحَابُ مَالِكٍ عَلَى مَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَقَدْ أَنْكَرَهُ أَصْحَابُنَا عَلَى ابْنِ حَبِيبٍ وَمَا اخْتَارَهُ ابْنُ حَبِيبٍ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَاخْتَارَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ مِنْ الْوَرَثَةِ بِالدَّيْنِ بِمَنْزِلَةِ شَهَادَةِ الشُّهُودِ بِهِ، وَلَوْ شَهِدَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ لَأَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْرَ حِصَّتِهِ مِنْ الدَّيْنِ، وَكَذَلِكَ إذَا أَقَرُّوا بِهِ.

وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ الدَّيْنُ كَالْمِيرَاثِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِالْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ الْمُقِرِّ جَمِيعُ مَا بِيَدِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ بِشَهَادَتِهِ لَأُخِذَ مِنْهُ جَمِيعُ مَا بِيَدِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِالدَّيْنِ فَلَمْ يَجِدْ بِيَدِ أَحَدِهِمَا شَيْئًا لَأَخَذَ مِمَّا بِيَدِ الْآخَرِ جَمِيعَ حَقِّهِ، وَإِنَّمَا اسْتَغْرَقَ مَا بِيَدِهِ ثُمَّ يَرْجِعُ ذَلِكَ عَلَى أَخِيهِ بِمَا يَنُوبُهُ مِنْ ذَلِكَ فَكَذَلِكَ إذَا أَقَرَّ بِهِ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ أَخَذَ مِنْ الْمُقِرِّ جَمِيعَ حَقِّهِ وَتَحْرِيرُهُ

أَنَّ الْإِنْكَارَ مَعْنًى يَمْنَعُ الْمُقَرَّ لَهُ مِنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنْ سَائِرِ الْوَرَثَةِ فَأَوْجَبَ لَهُ اسْتِيفَاءَ جَمِيعِ حَقِّهِ مِمَّنْ لَا يَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ مِنْهُ مَانِعُ أَصْلِ ذَلِكَ الْعَدَمِ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَأُعْطَى الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ وَلَيْسَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ أَنْ يَحْلِفَ وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أُخِذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ قَدْرُ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّهِ وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةُ وَجَازَ عَلَيْهِ إقْرَارُهُ) .

(18/6)

يَحْلِفْ أُخِذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ قَدْرُ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقِّهِ وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةُ وَجَازَ عَلَيْهِ إقْرَارُهُ) .

الْقَضَاءُ فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا فَاعْزِلُوا بَعْدَ ذَلِكَ، أَوْ اُتْرُكُوا) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ أَنَّهُ إنْ شَهِدَ رَجُلٌ مِنْ الْوَرَثَةِ بِمِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِهَذَا الْغَرِيمِ عَلَى ابْنِهِ دَيْنًا وَكَانَ الشَّاهِدُ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ فَإِنَّ الْغَرِيمَ يَحْلِفُ مَعَ شَهَادَتِهِ، وَيَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الدَّيْنِ الَّذِي شَهِدَ لَهُ بِهِ شَاهِدُهُ، وَإِنْ كَانَ الشَّاهِدُ إنَّمَا أَوْرَدَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْإِقْرَارِ فَإِنَّهُ لَا يُنَافِي الشَّهَادَاتِ وَيُخَالِفُ ذَلِكَ الْمَرْأَةَ فَإِنَّهُ لَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي مَعَ شَهَادَتِهَا حَتَّى يَكُونَ الِاثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ فَيَحْلِفُ مَعَ شَهَادَتِهِمَا فَإِنْ أَبَى الْغَرِيمُ أَنْ يَحْلِفَ اسْتَحَقَّ عَلَى الْمُقَرِّ لَهُ مِنْ دَيْنِهِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ الْمِيرَاثِ وَلَمْ يَحْتَجْ فِي اسْتِحْقَاقِ ذَلِكَ إلَى يَمِينٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمُقِرُّ غَيْرَ عَدْلٍ لَاسْتَحَقَّ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنِهِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ الْمِيرَاثِ وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْعِلْمَ مِنْ الْوَرَثَةِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ إذَا لَمْ يُرِدْ الْمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُهُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ عَلَى وَجْهِ الْإِنْكَارِ لِمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ

يَعْزِلُونَهُنَّ يَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْعَزْلُ عَنْهُنَّ وَهُوَ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُحَرَّمٍ فِي الْإِمَاءِ فَإِنَّ غَيْرَهُ أَفْضَلُ مِنْهُ لَا سِيَّمَا لِمَنْ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَنْفِيَ عَنْ نَفْسِهِ مَا أَتَتْ بِهِ مِنْ وَلَدٍ.

وَقَدْ رَوَى مُوسَى بْنُ مُعَاوِيَةَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ يَطَأُ جارِيَتَهُ وَيَعْزِلُ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَلْزَمُهُ إنْ لَمْ يَدَّعِ اسْتِبْرَاءً، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ حَقِيقَةَ الْعَزْلِ وَقَدْ يَغْلِبُهُ أَوَّلُ الْمَاءِ، أَوْ الْيَسِيرُ مِنْهُ وَلَا يَشْعُرُ بِهِ.

وَقَالَ مُوسَى بْنُ مُعَاوِيَةَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَلَوْ قَالَ: كُنْت أَطَأُ وَلَا أُنْزِلُ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْوَلَدُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَدَمَ الْإِنْزَالِ مُتَيَقَّنٌ وَلَا يَصِحُّ مَعَهُ وَلَدٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَالَ كُنْت أَطَأُ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ فَأُنْزِلُ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَلْزَمُهُ الْوَلَدُ فِي الْأَمَةِ وَلَا يَلْتَعِنُ فِي الْحُرَّةِ وَهَذَا يَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ قُرْبَ الْفَخِذَيْنِ مِنْ الْفَرْجِ فَإِنَّ الْمَاءَ يَصِلُ إلَيْهِ قَبْلَ التَّغَيُّرِ وَالِاسْتِحَالَةِ فَيَلْحَقُ مِنْهَا الْوَلَدُ وَهَذَا يَبْعُدُ عِنْدِي؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِخَلْقِ وَلَدٍ مِنْ مَنِيٍّ لَمْ يَنْزِلْ فِي الرَّحِمِ لَمَا لَزِمَ مَنْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ حَدٌّ؛ لِأَنَّ مَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بَيْنَ الْفَخْذَيْنِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمَا حَدٌّ فَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ وَهَذَا بَاطِلٌ بِاتِّفَاقٍ وَالْمَعْنَى الثَّانِي أَنَّ مِثْلَ هَذَا يَكْثُرُ فِيهِ الْوَهْمُ وَالْغَلَطُ وَلَا يَكَادُ يَتَحَقَّقُهُ الْوَاطِئُ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ.

(فَصْلٌ) :

وَالْمَعْنَى الثَّانِي الَّذِي يَحْتَمِلُهُ قَوْلُهُ يَعْزِلُونَهُنَّ أَنْ يُرِيدَ بِاعْتِزَالِهِنَّ فِي الْوَطْءِ الْإِزَالَةَ لَهُنَّ عَنْ حُكْمِ التَّسَرِّي عَلَى وَجْهِ الِانْتِفَاءِ مِنْ وَلَدِ الْأَمَةِ دُونَ اسْتِبْرَاءٍ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بَعْدَ وُجُودِ مَعْنًى يَصْرِفُ الْحَمْلَ عَنْهُ إلَى غَيْرِهِ وَبِمَاذَا يَكُونُ ذَلِكَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ بِالْحَيْضِ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ الْمُغِيرَةِ لَا تَبْرَأُ مِنْهُ إلَى خَمْسِ سِنِينَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ يُبْطِلُ حُكْمَ الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَعْدَهُ وَطْءٌ لِغَيْرِهِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهَا، أَوْ وَهَبَهَا لِامْرَأَةٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْوَطْءَ الْمُبَاحَ الَّذِي يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ لَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ الْحَيْضُ دُونَ وَطْءٍ يُنْسَبُ إلَيْهِ الْحَمْلُ أَصْلُ ذَلِكَ الْوَطْءِ بِالنِّكَاحِ.

1 –

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّ الِاسْتِبْرَاءَ يُبْطِلُ حُكْمَ الْوَطْءِ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ سَحْنُونٌ وَهُوَ الَّذِي ثَبَتَ عِنْدَنَا عَنْ مَالِكٍ وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ مَالِكٍ ثَلَاثُ حِيَضٍ وَإِلَيْهِ رَجَعَ الْمُغِيرَةُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا اسْتِبْرَاءٌ فِي وَطْءٍ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَأَجْزَأَ فِي ذَلِكَ حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ كَالِاسْتِبْرَاءِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحَيْضَ إذَا

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ

[المنتقى]

لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ انْتِقَالٌ مِنْ الْمِلْكِ لَضَعُفَ فَلَا يَقَعُ لِلْمَرْأَةِ مِنْهُ إلَّا بِثَلَاثِ حِيَضٍ، وَأَمَّا الْحَيْضَةُ الْوَاحِدَةُ فَإِنَّمَا يَقَعُ الْبَرَاءَةُ بِهَا مَعَ الِانْتِقَالِ إلَى مِلْكٍ، وَلِذَلِكَ تَأْثِيرٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ إذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَتَعْتَدُّ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ وَتَتَزَوَّجُ بَعْدَهُ فَتَأْتِي بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ نِكَاحِ الثَّانِي فَلَا يَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ يَنْتَقِلْ إلَى مِلْكِ زَوْجٍ آخَرَ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِتِلْكَ الْمُدَّةِ وَأَبْعَدَ مِنْهَا أُلْحِقَ بِالْأَوَّلِ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَلْزَمُهُ مَعَ ادِّعَاءِ الِاسْتِبْرَاءِ يَمِينٌ قَالَ سَحْنُونٌ وَالَّذِي ثَبَتَ عِنْدَنَا عَنْ مَالِكٍ أَنْ لَا يَمِينَ عَلَيْهِ وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ ادِّعَائِهِ الِاسْتِبْرَاءَ بِثَلَاثِ حِيَضٍ.

وَقَدْ أَنْكَرَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا انْفَرَدَ بِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ مِنْ الْيَمِينِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى عَلَيْهِ الْيَمِينُ إذَا ادَّعَى الِاسْتِبْرَاءَ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ مَعْنًى يُثْبِتُ لِلسَّيِّدِ حُكْمَ الِانْتِفَاءِ مِنْ الْوَلَدِ فَلَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدَ إثْبَاتُهُ بِالْيَمِينِ، وَكَانَ قَوْلُهُ فِيهِ مَقْبُولًا لِنَفْيِ الْوَاطِئِ أَوَّلًا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ إقْرَارَهُ بِالْوَطْءِ مَعْنًى يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدَ فَلَمْ يُنْفَ عَنْهُ إلَّا بِيَمِينٍ فِي الزَّوْجِيَّةِ فِي الْأَحْرَارِ لَمَّا كَانَ عَقْدُ النِّكَاحِ يُلْحِقُ الْوَلَدَ بِالزَّوْجِ لَمْ يَنْفِهِ إلَّا بِيَمِينٍ وَهُوَ اللِّعَانُ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ وَلَدُهَا بِكَوْنِهَا فِي مِلْكِهِ وَلَكِنْ بِاعْتِرَافِهِ أَنَّهُ قَدْ وَطِئَهَا وَهُوَ مَعْنَى إلْمَامِهِ بِهَا فَإِذَا اعْتَرَفَ السَّيِّدُ بِوَطْءِ الْأَمَةِ وَثَبَتَ ذَلِكَ مِنْ اعْتِرَافِهِ صَارَتْ الْأَمَةُ فِرَاشًا وَلَزِمَهُ كُلُّ وَلَدٍ أَتَتْ بِهِ إلَّا أَنْ يَقُولَ قَدْ اُسْتُبْرِئَتْ بَعْدَ الْوَطْءِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اُدُّعِيَ عَلَيْهِ الْإِقْرَارُ بِالْوَطْءِ، أَوْ بِالْوَلَدِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا يَمِينَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَانَ الْوَاحِدُ حَيًّا، أَوْ مَيِّتًا، أَوْ سِقْطًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَيْمَانَ فِي نَفْيِ النَّسَبِ لَا تَتَعَلَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، وَكَذَلِكَ كُلُّ يَمِينٍ يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ فِي جِنْسَيْنِ فَلَا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى كَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ شَهِدَ إِقْرَارَهُ بِالْوَطْءِ شَاهِدٌ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَلْزَمُهُ الْيَمِينُ، وَفِي غَيْرِهِ إذَا قَامَ شَاهِدٌ عَلَى إقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ وَشَهَادَةُ امْرَأَةٍ بِالْوِلَادَةِ فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ وَقَدْ قِيلَ يَلْزَمُهُ الْيَمِينُ قَالَ وَإِنَّمَا تَجِبُ الْيَمِينُ إذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ بِالْوِلَادَةِ وَشَاهِدٌ عَلَى إقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ، أَوْ امْرَأَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ وَشَاهِدَانِ عَلَى إقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ هَذَا مَعْنًى يَقْتَضِي نَفْيَ الِاسْتِرْقَاقِ فَإِذَا شَهِدَ بِهِ شَاهِدٌ لَزِمَتْ السَّيِّدَ الْيَمِينُ عَلَى نَفْيِهِ كَالْعِتْقِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ هَاهُنَا فَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْإِقْرَارُ بِالْوَطْءِ، وَالثَّانِي الْوِلَادَةُ وَلَمْ يَثْبُتْ أَحَدُهُمَا، وَلَوْ أَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا وَنَفَى الْآخَرَ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ النَّسَبُ فَلِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ الْيَمِينُ لِضَعْفِ الْبَيِّنَتَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ لَمْ يُنْكِرْ الْوَطْءَ وَلَكِنَّهُ أَنْكَرَ الْوَلَدَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ وَجَدْت مَعَهَا رَجُلًا وَصَدَّقَتْهُ، أَوْ ثَبَتَ الزِّنَا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَلَا يَنْفِي الْوَلَدَ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا حَتَّى يَدَّعِيَ الِاسْتِبْرَاءَ حَكَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ وَطْءَ الزِّنَا لَا يَلْحَقُ بِهِ نَسَبٌ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ حُكْمُ الْوَطْءِ وَكَانَ الْوَطْءُ الَّذِي يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ وَهُوَ وَطْءُ السَّيِّدِ أَوْلَى بِالْوَلَدِ كَمَا لَوْ انْفَرَدَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إلَّا أَلْحَقْت بِهِ وَلَدَهَا يُرِيدُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَلْحَقْتُ بِالسَّيِّدِ الْمُقِرِّ بِالْوَطْءِ وَمَعْنَى ذَلِكَ إنْ أَتَتْ بِهِ لِمُدَّةِ الْحَمْلِ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ إلَى وَقْتِ الِاسْتِبْرَاءِ قَالَ سَحْنُونٌ: أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ إذَا أَقَرَّ بِوَطْءِ أَمَةٍ لَزِمَهُ مَا أَتَتْ بِهِ، وَلَوْ إلَى أَقْصَى حَمْلِ النِّسَاءِ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ اسْتِبْرَاءً لَمْ يَمَسَّ بَعْدَهُ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا أَتَتْ بِهِ بَعْدَ الِاسْتِبْرَاءِ إلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِبْرَاءَ السَّيِّدِ مَنَعَ إلْحَاقَ النَّسَبِ بِهِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ بَعْدَهُ إلَّا وَلَدٌ يَتَيَقَّنُ أَنَّهُ قَدْ وُجِدَ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ وَذَلِكَ أَنْ يَأْتِيَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْحَقْ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَاعْتَزِلُوا بَعْدُ أَوْ اُتْرُكُوا، إعْلَامًا لَهُمْ بِأَنَّ مَا يَأْتُونَ بِهِ بَعْدُ مِنْ الْعَزْلِ لَا مَنْفَعَةَ لَهُمْ فِيهِ وَلَا يَنْتَفِي بِذَلِكَ وَلَدٌ عَنْهُمْ وَلَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ التَّخْيِيرَ لَهُمْ بَيْنَ الْفِعْلِ، أَوْ التَّرْكِ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَدَعُونَهُنَّ يَخْرُجْنَ لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إلَّا قَدْ أَلْحَقْت بِهِ وَلَدَهَا فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُنَّ) .

نَافِعٍ عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَدَعُونَهُنَّ يَخْرُجْنَ لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إلَّا قَدْ أَلْحَقْت بِهِ وَلَدَهَا فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُنَّ) .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إذَا جَنَتْ جِنَايَةً ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا وَلَيْس لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَدَعُونَهُنَّ بَعْدُ يَخْرُجْنَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْخُرُوجَ وَالتَّصَرُّفَ فِي الْخِدْمَةِ الَّتِي لَا تَتَصَرَّفُ فِي مِثْلِهَا السَّرَارِي تَحَفُّظًا بِهِنَّ فَإِنَّ مَنْ تَسَرَّى بِأَمَةٍ مَنَعَهَا الْخُرُوجَ جُمْلَةً، أَوْ مَنَعَهَا مِنْهُ مِمَّا يُتَّقَى عَلَيْهَا فِيهِ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي الْمَوَاضِعِ الْمَخُوفَةِ الَّتِي لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا فِيهَا، وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ يَطَأُ الْجَارِيَةَ ثُمَّ يُرْسِلُهَا إلَى السُّوقِ فِي حَوَائِجِهِ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَالْمَرْأَةُ الْحُرَّةُ تَخْرُجُ لِحَاجَتِهَا، وَمَعْنَى ذَلِكَ الْخُرُوجُ الْمُعْتَادُ إلَى السُّوقِ وَالْمَوَاضِعِ الْمَأْمُونَةِ الَّتِي فِيهَا جَمَاعَةُ النَّاسِ فَلَا يُمْكِنُ الِانْفِرَادُ بِهَا وَلَا مُخَادَعَتُهَا، وَذَكَرَ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ إذَا وَطِئَ أَمَةً جَعَلَهَا عِنْدَ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ حَتَّى يَظْهَرَ بِهَا حَمْلٌ، أَوْ تَحِيضَ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْأَمَةُ قَبْلَ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا تُسَاكِنُ أَهْلَهُ بَلْ تَتَصَرَّفُ بِالتَّكَسُّبِ لِصَنَائِعَ وَالْعَمَلِ، أَوْ تَكُونَ مَعَ جُمْلَةِ إمَائِهِ فِي غَيْرِ دَارِ سُكْنَاهُ مَعَ زَوْجِهِ صَفِيَّةَ فَإِذَا وَطِئَهَا ضَمَّهَا إلَى دَارِ زَوْجِهِ صَفِيَّةَ الْمَذْكُورَةِ؛ لِأَنَّهَا أَحْصَنُ لَهُنَّ وَأَمْكَنُ مِنْ التَّحَفُّظِ بِهِنَّ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ قَبْلَ ذَلِكَ مِمَّنْ تَدْخُلُ وَتَخْرُجُ فَإِذَا وَطِئَهَا مَنَعَهَا ذَلِكَ وَلَزِمَتْ هَذِهِ الدَّارَ الَّتِي يُمْكِنُ فِيهَا مَنْعُهَا مِنْ التَّصَرُّفِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ مَا هِيَ عَلَيْهِ مِنْ حَمْلٍ أَوْ بَرَاءَةِ رَحِمٍ بِحَيْضٍ فَعَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ الثَّانِي يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ عُمَرُ ثُمَّ يَدْعُونَهُنَّ يَخْرُجْنَ الْمَنْعَ مِنْ الْخُرُوجِ جُمْلَةً.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إذَا جَنَتْ ضَمِنَ سَيِّدُهَا الْجِنَايَةَ ولَيْس لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا عَنْ مِلْكِهِ بِتَسْلِيمٍ فِي جِنَايَةٍ وَلَا بَيْعٍ وَلَا مُعَاوَضَةٍ وَلَا هِبَةٍ وَلَا غَيْرِهَا إلَّا بِالْعِتْقِ الَّذِي يُسْقِطُ مَا بَقِيَ لَهُ فِيهَا مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ وَالْمَنْفَعَةِ دُونَ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهَا، وَفِي هَذَا خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:.

أَحَدُهَا فِي مَاذَا تَصِيرُ الْأَمَةُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ.

وَالثَّانِي فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَهَا غَيْرُهُ.

وَالثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ الْمَنْفَعَةِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا، وَفِي وَلَدِهَا.

وَالرَّابِعُ فِي حُكْمِ مَا لَهَا فِي جِنَايَةٍ.

وَالْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِهَا وَحُكْمِ وَلَدِهَا وَحُكْمِ مَالِهَا إذَا تُوُفِّيَ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَاذَا تَصِيرُ الْأَمَةُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ) فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ وَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ بِكُلِّ مَا أَسْقَطَتْهُ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ مُخَلَّقٌ وَفِيهِ تَجِبُ الْغُرَّةُ وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إذَا طَرَحَتْ دَمًا مُجْتَمِعًا، أَوْ غَيْرَ مُجْتَمِعٍ فَلَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ فَإِذَا صَارَ عَلَقَةً خَرَجَ مِنْ حَدِّ النُّطْفَةِ وَالدَّمِ الْمُجْتَمِعِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا، وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ اتَّفَقَ النِّسَاءُ أَنَّهُ وَلَدٌ مُضْغَةً كَانَ أَوْ عَلَقَةً، أَوْ دَمًا، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِمَا يُرْخِيه الرَّحِمُ بِأَنَّهُ وَلَدٌ إلَّا إذَا ظَهَرَ خَلْقُهُ وَصُورَتُهُ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَ الطَّبَرِيُّ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى مُخَلَّقَةٍ مُصَوَّرَةٍ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ، وَأَمَّا الدِّمَاءُ فَقَدْ تُرْخِهَا حَيْضًا وَغَيْرَهُ فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى الْوَلَدِ وَقَدْ قِيلَ ذَلِكَ فِي قَوْله تَعَالَى {مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ} [الحج: 5] فَيَكُونُ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ مِنْ نَعْتِ الصُّورَةِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمُصَدَّقُ «يُجْمَعُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيَقُولُ اُكْتُبْ عَمَلَهُ وَأَجَلَهُ وَرِزْقَهُ وَشَقِيٌّ، أَوْ سَعِيدٌ» . وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: إذَا وَقَعَتْ النُّطْفَةُ فِي الرَّحِمِ بَعَثَ اللَّهُ مَلَكًا فَيَقُولُ يَا رَبِّ مُخَلَّقَةٌ، أَوْ غَيْرُ مُخَلَّقَةٍ، فَإِنْ قَالَ غَيْرُ مُخَلَّقَةٍ مَجَّتْهَا الْأَرْحَامُ دَمًا، وَإِنْ قَالَ مُخَلَّقَةٌ قَالَ يَا رَبِّ

(21/6)

. . . .

[المنتقى]

مَا صِفَةُ هَذِهِ النُّطْفَةِ أَذَكَرٌ أَمْ أُنْثَى مَا رِزْقُهَا وَمَا أَجَلُهَا فَعَلَى هَذَا الْمُخَلَّقَةُ مِنْ صِفَةِ النُّطْفَةِ فَمَا كَانَ مِمَّا تُرْخِيه الْأَرْحَامُ مِمَّا لَمْ يُخْلَقْ بَعْدُ وَلَيْسَ بِوَلَدٍ فَلَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الدِّمَاءَ قَدْ تُرْخِيهَا الْأَرْحَامُ وَلَا يَكُونُ وَلَدًا كَالْحَيْضِ وَالِاسْتِحَاضَةِ فَلَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَلَدًا، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْوَلَدُ الْمُضْغَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْلُغُ هَذَا الْحَدَّ إلَّا بِمَا يَكُونُ وَلَدًا، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَدْ يَعْرِفُهُ النِّسَاءُ بِكَثْرَتِهِ وَأَحْوَالِهِ

فَإِذَا كَانَ يُعْرَفُ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ كَالْمُضْغَةِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ السَّيِّدُ، وَقَالَ لَهَا لَمْ تَلِدِي هَذَا الْوَلَدَ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ قَالَ مَالِكٌ هَذَا لَا يَخْفَى عَلَى الْجِيرَانِ، وَقَالَ مَرَّةً أُخْرَى وَهِيَ مُصَدَّقَةٌ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ هُوَ بِهَا لَاحِقٌ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ الْجِيرَانُ مِنْهَا حَمْلًا وَلَا وِلَادَةً وَلَا طَلْقًا إذَا كَانَ مَعَهَا الْوَلَدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ فَقَالَتْ أَسْقَطْت، أَوْ وَلَدْت فَلَا تُصَدَّقُ إلَّا بِامْرَأَتَيْنِ عَادِلَتَيْنِ عَلَى الْوِلَادَةِ وَلَا يَلْزَمُهُ بِوَاحِدَةٍ إلَّا الْيَمِينُ عِنْدَ أَشْهَبَ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَهَا غَيْرُهُ بِبَيْعٍ وَلَا هِبَةٍ وَلَا غَيْرِهَا] 1
(الْبَابُ الثَّانِي فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَهَا غَيْرُهُ بِبَيْعٍ وَلَا هِبَةٍ وَلَا غَيْرِهَا) هُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَجَمَاعَةِ الْفُقَهَاءِ مِنْ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ.
وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي تَفْسِيرِ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ فِي غَزْوَةِ بَنِي الْمُصْطَلِقِ مِنْ الدَّلِيلِ عَلَى ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَوَى الشَّعْبِيُّ عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ قَالَ خَطَبَنَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ رَأَى أَبُو بَكْرٍ رَأْيًا وَرَأَى عُمَرُ رَأْيًا عَتَقَ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ حَتَّى مَضَيَا لِسَبِيلِهِمَا ثُمَّ رَأَى عُثْمَانُ ذَلِكَ ثُمَّ رَأَيْت أَنَا بَعْدَ بَيْعِهِنَّ فِي الدَّيْنِ فَقَالَ عُبَيْدَةُ فَقُلْت لِعَلِيٍّ رَأْيك وَرَأْيُ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إلَيْنَا مِنْ رَأْيك بِانْفِرَادِك فِي الْفُرْقَةِ فَقَبِلَ مِنِّي وَصَدَّقَنِي.
فَوَجْهُ الدَّلِيلِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ رَأْيَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ بِالْمَنْعِ مِنْ بَيْعِهِنَّ كَانَ فِي وَقْتِ جَمَاعَةٍ وَلَمْ يُخَالِفُوا فِيهِ فَثَبَتَ أَنَّهُ إجْمَاعٌ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ قَالَ رَأْيِي فِي بَيْعِهِنَّ فِي الدَّيْنِ خَاصَّةً فَهَذَا يَقْتَضِي انْفِرَادَهُ بِهَذَا الْقَوْلِ ثُمَّ صَدَّقَهُ وَقَبِلَ مِنْهُ فِي إثْبَاتِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ فَتَجَدَّدَ بِذَلِكَ الْإِجْمَاعُ أَيْضًا فِي زَمَنِ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَلَمَّا كَشَفَ عَنْ أَمْرِهِنَّ عَبْدُ الْمَلِكِ أَخْبَرَهُ ابْنُ شِهَابٍ أَنَّ الْمِسْوَرَ قَالَ إنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ وَلَا يُعْتَقْنَ فِي ثُلُثٍ» وَفِيهِ غَضِبَ سَعِيدٌ عَلَى الزُّهْرِيِّ حِينَ حَدَّثَ بِحَدِيثِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ.
وَقَالَ مَالِكٌ إنَّهُ حَدَّثَهُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ قَالَ: إنَّ عُمَرَ أَعْتَقَهُنَّ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْأَمَةَ إذَا حَمَلَتْ حَرُمَ بَيْعُهَا لِأَجْلِ الْجَنِينِ الَّذِي هُوَ فِي حُكْمِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا، وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يُفْرَدَ بِالْبَيْعِ دُونَهَا وَلَا تُفْرَدَ بِالْبَيْعِ دُونَهُ فَسَرَى إلَيْهَا حُكْمُ الْحُرِّيَّةِ كَمَا كَانَ يَسْرِي مِنْ تَعْلِيقِ الْعِتْقِ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا وَدَلِيلٌ آخَرُ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهَا حَمَلَتْ بِحُرٍّ فَمَنَعَ ذَلِكَ بَيْعَهَا أَصْلُهُ إذَا أَرَادَ بَيْعَهَا وَهِيَ حَامِلٌ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَسَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ، أَوْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فِي ثُبُوتِ هَذَا الْحُكْمِ لَهَا وَهَذَا إذَا كَانَ السَّيِّدُ حُرًّا

مُسْلِمًا فَإِنْ كَانَ غَيْرَ حُرٍّ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَأَحَبُّ إلَيَّ فِي ذَلِكَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ الْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ إنْ عَتَقَ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ أَنْ تَكُونَ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا الْآنَ وَلَدٌ كَانَ مَا تَقَدَّمَ لَهَا سِقْطٌ أَوْ وَلَدٌ وَذَكَرَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ وَعَنْ كِبَارِ أَصْحَابِ مَالِكٍ مِثْلَ ذَلِكَ فِي الْمُكَاتَبِ دُونَ الْمُدَبَّرِ، قَالَ: وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعَ أُمِّ وَلَدِ الْمُدَبَّرِ عِنْدَ مَالِكٍ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلًا يُرِيدُونَ الْمُدَبَّرَ وَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ فِي الْمُكَاتَبِ وَأَيْضًا فَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ بَيْعُهَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ إلَّا أَنْ يَخَافَ الْعَجْزَ وَلِلْمُدَبَّرِ بَيْعُهَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ لَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ بِمَا وَلَدَتْ بَعْدَ عَقْدِ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَالْعِتْقِ الْمُؤَجَّلِ وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ تَمَامِ الْحُرِّيَّةِ فِي الْأَبِ إلَّا أَنَّ لِلْوَلَدِ حُكْمَ الْأَبِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي أُمِّ الْوَلَدِ الْمُكَاتَبِ خِلَافٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَجَازَ لِلْمُكَاتَبِ بَيْعَهَا مِنْ غَيْرِ دَيْنٍ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا حُرِّيَّةَ لَهَا بِالِاسْتِيلَادِ وَقَوْلٌ آخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا إلَّا أَنْ يُرْهِقَهُ دَيْنٌ قَالَ

(22/6)

. . . .

[المنتقى]

فَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ حُرْمَتَهَا ضَعِيفَةٌ لِضَعْفِ حُرْمَةِ سَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ يُعْتَقُ بِالْأَدَاءِ وَيَرِقُّ بِالْعَجْزِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُرْمَةُ الِاسْتِيلَادِ وَجَازَ لَهُ بَيْعُهَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لِسَيِّدِهَا حُرْمَةُ الْعِتْقِ بِالْكِتَابَةِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى عِنْدِي أَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهَا لَمْ يَكْمُلْ فَلَمْ تَحْصُلْ أُمُّ وَلَدٍ بِاسْتِيلَادِهَا فِي تِلْكَ الْحَالِ كَالْأَمَةِ لِلْعَبْدِ الْقِنِّ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ مَمْنُوعٌ مِنْ مَالِهِ لِعَقْدِ عِتْقِهِ فَيَثْبُتُ لِأُمِّ وَلَدِهِ حُرْمَةُ الِاسْتِيلَادِ كَالْعِتْقِ الْمُبَتَّلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ الْمُدَبَّرِ فَقَدْ تَقَدَّمَ اخْتِلَافُ أَصْحَابِ مَالِكٍ فِيهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا عَنْ مَالِكٍ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا ثُبُوتُ الْحُرْمَةِ لَهَا وَالثَّانِيَةُ نَفْيُهَا عَنْهَا، وَوَجْهُ ثُبُوتِهَا أَنَّهُ بَيْعٌ لِابْنِهِ فِي عَقْدِ الْعِتْقِ الَّذِي يَثْبُتُ لَهُ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ لِأُمِّهِ بِهِ الْحُرْمَةُ كَوَلَدِ الْمُكَاتَبِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مِنْ الْعِتْقِ مَا يَمْنَعُ بِهِ سَيِّدُهُ مِنْ مَالِهِ فَلَمْ يَثْبُتْ لِأُمِّهِ بِهِ حُرْمَةُ الِاسْتِيلَادِ كَذَلِكَ الْعَبْدُ الْقِنُّ.

(فَرْعٌ) قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَإِذَا قُلْنَا تَثْبُتُ لَهَا حُرْمَةُ الِاسْتِيلَادِ لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ حَامِلًا كَانَتْ، أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ فَإِذَا نَفَيْنَا عَنْهَا حُرْمَةَ الِاسْتِيلَادِ فَإِنَّ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعَهَا قَوْلًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ دَاخِلٌ فِي تَدْبِيرِ أَبِيهِ وَمِثْلُ هَذَا يَتَوَجَّهُ مِنْ الْخِلَافِ فِي أُمِّ وَلَدِ الْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا قَالَ إنَّ قَوْلَ مَالِكٍ قَدْ أُخْتُلِفَ فِي انْتِزَاعِ أُمِّ وَلَدِهِ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّمَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ بِمَا تَلِدُهُ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عَقْدِ التَّدْبِيرِ، أَوْ الْكِتَابَةِ، أَوْ الْعِتْقِ الْمُؤَجَّلِ فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ لَمْ تَكُنْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إلَّا أَنْ يَمْلِكَ الْمُكَاتَبُ مَا فِي بَطْنِ أَمَتِهِ الْحَامِلِ فِي الْكِتَابَةِ فَإِنَّهَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ إنَّمَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ بِمَا تَلِدُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عِتْقِ أُمِّهِ وَلَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ بِمَا تَلِدُهُ لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ قَالَا؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَمْ يَمْلِكْهُ الْأَبُ وَقَدْ جَرَى مِنْهُ فِيهِ لِغَيْرِهِ حُرِّيَّةٌ فَلَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ بَلْ تُعْتَقُ عَلَى غَيْرِ الْأَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ إذَا حَمَلَتْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَإِذَا حَمَلَتْ بِنِكَاحٍ، أَوْ وَلَدَتْ بِنِكَاحٍ فَلَا تَكُونُ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدٍ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إنْ اشْتَرَاهَا الزَّوْجُ بَعْدَ أَنْ وَلَدَتْ فَإِنَّهَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ سَبَبُ عِتْقٍ لَمْ يَحْصُلْ لَهَا بِالْوِلَادَةِ فَلَمْ يَحْصُلْ لَهَا بِالشِّرَاءِ كَعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا حَمَلَتْ بِنِكَاحٍ وَوَلَدَتْ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ كَالرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْأَمَةَ فَتَحْمِلُ مِنْهُ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الْأَمَةُ لِأَبِيهِ أَوْ لِغَيْرِهِ فَإِنْ كَانَتْ لِأَبِيهِ لَمْ تَكُنْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أُعْتِقَ عَلَى جَدِّهِ وَلَمْ يَمْلِكْهُ أَبُوهُ.

وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ فِيمَنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ بَعْدَ أَنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مَا فِي بَطْنِهَا أَنَّ شِرَاءَهُ جَائِزٌ وَتَكُونُ بِمَا تَضَعُ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَعْتَقَ ابْنَهُ بِالشِّرَاءِ وَلَمْ يُصِبْهُ عِتْقُ السَّيِّدِ إذْ لَا يَتِمُّ عِتْقُهُ إلَّا بِالْوَضْعِ؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ عَلَيْهِ فِي فَلَسِهِ وَيَبِيعُهُ وَرَثَتُهُ قَبْلَ الْوَضْعِ إنْ شَاءُوا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَالثُّلُثُ يَحْمِلُهَا، وَلَوْ ضَرَبَهَا رَجُلٌ فَأَلْقَتْ جَنِينَهَا فَإِنَّمَا فِيهِ مَا فِي جَنِينِ أَمَةٍ، وَلَوْ كَانَ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهَا الزَّوْجُ فَإِنَّمَا فِيهِ جَنِينُ حُرَّةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ أَبِيهِ فَإِنَّهَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ ابْنَهُ فَعَتَقَ عَلَيْهِ فَهَذَا قَدْ حَمَلَتْ بِهِ أُمُّهُ فِي النِّكَاحِ وَوَضَعَتْهُ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ فَكَانَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ كَمَا لَوْ حَمَلَتْ بِهِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ.

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَالْمَنْفَعَةِ فِيهَا وَفِي وَلَدِهَا]

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي حُكْمِ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَالْمَنْفَعَةِ فِيهَا، وَفِي وَلَدِهَا) وَذَلِكَ أَنَّ السَّيِّدَ بَقِيَ لَهُ فِي أُمِّ وَلَدِهِ الِاسْتِمْتَاعُ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ لِلرَّجُلِ فِي أُمِّ وَلَدِهِ أَنْ يُعَنِّتَهَا فِي الْخِدْمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ دَنِيئَةً، وَتُبْتَذَلُ الدَّنِيئَةُ فِي الْحَوَائِجِ الْخَفِيفَةِ مِمَّا لَا تُبْتَذَلُ فِيهِ الرَّفِيعَةُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: اسْتِخْدَامُهَا فِيمَا يَقْرُبُ وَلَا يَشُقُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ: لَهُ فِيهَا الْخِدْمَةُ وَالِاسْتِمْتَاعُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي؛ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ مِنْ مِلْكِهَا وَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِ

(23/6)

. . . .

[المنتقى]

ذَلِكَ الْمِلْكِ، وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْ تَمْلِيكِهَا غَيْرَهُ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ اسْتِخْدَامَ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهَا؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ لَهُ اسْتِخْدَامُ الْأُمِّ، وَوَجْهُ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ فِي نَفْيِ اسْتِخْدَامِهَا أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنْ بَيْعِهِ لَهَا وَلَا تُعْتَقُ فِي ثُلُثِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ اسْتِخْدَامُهَا كَالْحُرَّةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ لَهُ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى النِّكَاحِ أَمْ لَا كَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ إنَّمَا كَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِيهَا إلَّا الِاسْتِمْتَاعُ دُونَ سَائِرِ الْمَنَافِعِ فَكُرِهَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا وَإِنْ رَضِيَتْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِالزَّوْجَةِ الَّتِي لَيْسَ لَهُ فِيهَا إلَّا الِاسْتِمْتَاعُ وَلَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَعَ بَقَاءِ ذَلِكَ السَّبَبِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا إلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَيْهَا وَبِهَذَا أَخَذَ جَمِيعُ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ زَوَّجَهَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا أَفْسَخُهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ أَقْوَالِهِ: لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ وَلِيٌّ لَهَا فَجَازَ إنْكَاحُهُ لَهَا كَمَا لَوْ نَفَذَ عِتْقُهَا وَكَمُلَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي إجْبَارِهَا عَلَى النِّكَاحِ وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي وَاضِحَتِهِ لَهُ أَنْ يُكْرِهَ أُمَّ وَلَدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَاخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَثَبَتَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُزَوِّجُهَا إلَّا بِرِضَاهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا أَمَةٌ يَمْلِكُ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَمَلَكَ إجْبَارَهَا عَلَى النِّكَاحِ كَالْأَمَةِ الْقِنِّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا ثَبَتَ لَهَا سَبَبُ حُرِّيَّةٍ يَمْنَعُهُ رَهْنَهَا وَإِجَارَتَهَا فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَهُ إجْبَارَهَا عَلَى النِّكَاحِ كَالْمُكَاتَبَةِ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ بِالْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَلَى السَّيِّدِ الْإِنْفَاقُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ فَإِنْ أَعْسَرَ فَهَلْ تُعْتَقُ عَلَيْهِ لِلْإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ أَمْ لَا وَفِي كِتَابِ الرِّقِّ لَا تُعْتَقُ عَلَيْهِ وَبِهِ قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ الْقَرَوِيِّينَ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ اللَّبَّادِ: سَأَلْت عَنْهَا يَحْيَى بْنَ عُمَرَ وَقُلْت لَهُ: تَعْمَلُ وَتُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهَا، قَالَ لِي: إنْ لَمْ يَكُنْ فِي نَفَقَتِهَا مَا يَكْفِيهَا قَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ أَرَى أَنْ تُعْتَقَ قَالَ أَبُو بَكْرٍ، وَكَذَا قَالَ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ عَنْهُ الْأَنْدَلُسِيُّونَ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ: تُعْتَقُ عَلَيْهِ إذَا أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ، أَوْ غَابَ وَلَمْ يَتْرُكْ مَا لَا يُنْفِقُ لَهُ عَلَيْهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَرَوِيُّونَ أَنَّهَا تَتَوَصَّلُ إلَى تَحْصِيلِ نَفَقَتِهَا مَعَ إبْقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ بِأَنْ تُزَوَّجَ مِمَّنْ يُنْفِقُ عَلَيْهَا وَبِهَذَا فَارَقَتْ الزَّوْجَةُ فَإِنَّهَا لَا تَتَوَصَّلُ إلَى تَحْصِيلِ النَّفَقَةِ بِالنِّكَاحِ مَعَ بَقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا بَقِيَتْ عَلَى الرِّقِّ فَجَازَ أَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ عَنْهَا بِالْإِعْسَارِ كَالْأَمَةِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِيهَا غَيْرُ الِاسْتِمْتَاعِ كَالزَّوْجَةِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ غَابَ عَنْهَا سَيِّدُهَا فَلَمْ يَتْرُكْ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهَا فَقَدْ قَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ تُعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ؛ لِأَنَّ زَوَاجَهَا مَكْرُوهٌ وَلَا يُؤْمَرُ بِهِ السَّيِّدُ فَكَيْفَ يُؤْمَرُ بِهِ الْحَاكِمُ، وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ الْقَرَوِيِّينَ تُزَوَّجُ عَلَيْهِ إنْ كَانَ غَائِبًا وَيُزَوِّجُهَا هُوَ إنْ كَانَ حَاضِرًا وَعَجَزَ عَنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِي حُكْمِ مَالِهَا فِي حَيَاتِهِ]

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي حُكْمِ مَالِهَا فِي حَيَاتِهِ) فَإِنَّ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهَا مَا لَمْ يَمْرَضْ؛ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِهِ بَقَاءً تَسْتَحِقُّ بِهِ النَّفَقَةَ، وَيُبِيحُ لَهُ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا فَكَانَ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهَا أَصْلُ ذَلِكَ الْأَمَةُ حَالَ الرِّقِّ وَلَيْسَ لَهُ

انْتِزَاعُ مَالِهَا إذَا مَرِضَ عَلَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ.
وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: إذَا اشْتَدَّ مَرَضُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ انْتِزَاعُهُ كَمَا لَيْسَ لَهُ إخْرَاجُ مَالِهِ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ إبْقَاءً عَلَى وَرَثَتِهِ لِقُرْبِ وَقْتِ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَهُ كَالْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَهُ مَا لَمْ يَقْرُبْ الْأَجَلُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ –، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ مَنْ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عَلَى مَالٍ بِمَوْتِ إنْسَانٍ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ انْتِزَاعَهُ مِنْهُ فِي مَرَضِهِ كَالْوَارِثِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِنْ أَفْلَسَ السَّيِّدُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ لَيْسَ لِغُرَمَائِهِ أَخْذُ مَالِ أُمِّ وَلَدِهِ وَلَا أَنْ يُجْبِرُوا السَّيِّدَ عَلَى ذَلِكَ وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ انْتِزَاعَ مَالِ أُمِّ الْوَلَدِ بِمِلْكٍ لِمَا يَمْلِكُهُ بِاخْتِيَارِهِ لِيَقْضِيَ بِهِ دَيْنَهُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ السَّيِّدُ كَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِهَا وَحُكْمِ مَالِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ] 1

(24/6)

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَاذَا تَصِيرُ الْأَمَةُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ]

[المنتقى]
الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِهَا وَحُكْمِ مَالِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ) أَمَّا حُكْمُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهَا تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ فَإِنَّهَا حُرَّةٌ، وَهَذَا إذَا كَانَتْ وِلَادَتُهَا قَبْلَ وَفَاتِهِ فَأَمَّا إذَا تُوُفِّيَ وَهِيَ حَامِلٌ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ وَفِي الْوَاضِحَةِ عَنْ مُطَرِّفٍ أَنَّهُ إنْ كَانَ الْحَمْلُ بَيِّنًا فَقَدْ تَمَّتْ حُرْمَتُهَا فِي الشَّهَادَةِ وَالْمُوَارَثَةِ وَالْقِصَاصِ وَغَيْرِ ذَلِكَ قِيلَ لَهُ قَدْ يَظْهَرُ الْبَطْنُ وَيَقُولُ النِّسَاءُ هُوَ حَمْلٌ ثُمَّ يَنْفُشُ فَقَالَ إذَا ظَهَرَ وَاسْتَوْفَى تَمَّتْ حُرِّيَّتُهَا قَبْلَ أَنْ تَضَعَ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَقِيلَ عَنْ الْمُغِيرَةِ تُوقَفُ أَحْكَامُهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُوجِبَ إكْمَالُ حُرِّيَّتِهَا بِتَيَقُّنِ الْحَمْلِ بِهَا مَعَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَقَدْ وُجِدَا فَوَجَبَ أَنْ يُحْكَمَ بِكَمَالِ حُرْمَتِهَا وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجُوزُ مِنْ انْفِشَاشِهِ كَالْحَيْضِ يُحْكَمُ بِظُهُورِهِ عَلَى وَجْهِ الْعِدَّةِ، أَوْ الِاسْتِبْرَاءِ بِانْتِفَاءِ الْحَمْلِ، وَإِنْ كَانَ يَجُوزُ وُجُودُ الْحَمْلِ مَعَ وُجُودِ الْحَيْضِ وَتَكَرُّرِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ أَنَّ الْحَمْلَ قَدْ يَظْهَرُ ثُمَّ يَنْفُشُ فَلَا يَكُونُ لَهُ حُكْمُ الْحَمْلِ إلَّا بِالْوِلَادَةِ، أَوْ الْإِسْقَاطِ فَيَجِبُ أَنْ تُوقَفَ أَحْكَامُهَا حَتَّى يُوجَدَ أَحَدُهُمَا، أَوْ يُعْدَمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا تُوُفِّيَ السَّيِّدُ فَمَالُ أُمِّ الْوَلَدِ تَبَعٌ لَهَا؛ لِأَنَّ كُلَّ مُعْتَقٍ يَتْبَعُهُ مَالُهُ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ مِنْ مِلْكٍ إلَى غَيْرِ مِلْكٍ فَيَتْبَعُهُ مَالُهُ كَالْعَبْدِ يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ، وَأَمَّا مَا كَانَ لَهَا مِنْ حُلِيٍّ، أَوْ مَتَاعٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَهَا الْأَمْرُ الْمُسْتَنْكَرُ، وَكَذَلِكَ مَا كَانَ لَهَا مِنْ ثِيَابٍ إذَا عَرَفَ أَنَّهَا كَانَتْ تَلْبَسُهَا وَتَسْتَمْتِعُ بِهَا فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ عَلَى أَصْلِ الْعَطِيَّةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ مَا كَانَ فِي ابْتِذَالِهَا وَلُبْسِهَا فَهُوَ الَّذِي يَكُونُ لَهَا مِنْهُ مَا لَا يَسْتَنْكِرُ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ لُبْسِهَا لَهُ وَابْتِذَالِهَا يَقْتَضِي أَنَّهُ عَنْ مِلْكٍ، وَأَمَّا مَا يُسْتَنْكَرُ مِثْلُهُ مِمَّا يَعْلَمُ أَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الْهِبَةَ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ بِهِ أَنْ تَلْبَسَهُ وَتَتَجَمَّلَ لَهُ فَإِنْ عَرَفَ أَنَّ السَّيِّدَ قَدْ وَهَبَهُ، أَوْ غَيْرَهُ، أَوْ مَلَكَتْهُ بِأَيِّ وَجْهٍ فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهَا مَا كَانَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَا أَعْطَاهَا سَيِّدُهَا مِنْ حُلِيٍّ وَثِيَابٍ فَذَلِكَ لَهَا إذَا مَاتَ وَمَا أَوْدَعَهَا مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ كُلِّفَتْ الْبَيِّنَةَ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ مَتَاعِ النِّسَاءِ بِخِلَافِ الْحُرَّةِ، وَأَمَّا الْفِرَاشُ وَالْحُلِيُّ وَاللِّحَافُ وَالثِّيَابُ الَّتِي عَلَى ظَهْرِهَا فَذَلِكَ لَهَا يُرِيدُ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا تَسْتَغْنِي عَنْهُ فِي لِبَاسِهَا وَابْتِذَالِهَا فَذَلِكَ لَهَا دُونَ بَيِّنَةٍ وَلَا يَكُونُ لَهَا غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إذَا جَنَتْ ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ بَيْنَهَا رَاجِعٌ إلَى الْجِنَايَةِ، وَفِي قَوْلِهِ قِيمَتِهَا رَاجِعٌ إلَى الْوَلَدِ الْجَانِيَةُ يُرِيدُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهَا بِالْأَقَلِّ مِنْ أَرْشِ جِنَايَتِهَا، أَوْ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَمْلِكَهَا غَيْرُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا، وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً لَكَانَ لَهُ أَنْ يَفْتَدِيَهَا بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ أَوْ يُسَلِّمُهَا بِقِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ مِنْهَا عِنْدَ تَعَذُّرِ إسْلَامِهَا.

(فَرْعٌ) وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي تَقْوِيمِهَا فَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمُوَازَنَةِ خَالَفَنِي ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْمُغِيرَةُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ جَنَتْ فَرَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَتَمَادَى الْمُغِيرَةُ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْحُكْمِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّهَا تُقَوَّمُ فَهَلْ تُقَوَّمُ بِمَالِهَا، أَوْ بِغَيْرِ مَالِهَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ تُقَوَّمُ بِغَيْرِ مَالِهَا وَرَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ وَرَوَى الْبَرْقِيُّ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ تُقَوَّمُ بِغَيْرِ مَالِهَا، وَأَنَا أَرَى أَنْ تُقَوَّمَ بِمَالِهَا وَبِهِ قَالَ الْمُغِيرَةُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأَمَةَ الْجَانِيَةَ إذَا لَمْ تُسَلَّمْ لِيَمْلِكَهَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لِلْجِنَايَةِ بِهَا تَعَلُّقٌ بِمَالِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قُتِلَ عَبْدٌ فَاقْتُصَّ مِنْهُ فَإِنَّ مَالَهُ يَبْقَى لِسَيِّدِهِ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا، وَلَوْ عَفَا عَنْ قَتْلِهِ وَأَسْلَمَهُ لِيُمْلَكَ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ ابْنُ الْقَاسِمِ فَمَرَّةً قَالَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَبِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَأَشْهَبُ وَمَرَّةً قَالَ لَا يَكُونُ مَالُهُ تَبَعًا لَهُ فَلَمَّا كَانَتْ أُمُّ الْوَلَدِ إذَا جَنَتْ لَمْ تُسَلَّمْ لَمْ تَتَعَلَّقْ الْجِنَايَةُ بِمَالِهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ الْمُغِيرَةُ

وَعَبْدُ الْمَلِكِ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَيَّةً لَقُوِّمَتْ أَمَةً فَأُسْلِمَتْ لَأُسْلِمَتْ بِمَالِهَا فَكَذَلِكَ إذَا قُوِّمَتْ وَجَبَ أَنْ تُقَوَّمَ بِمَالِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ بَعْدَ أَنْ جَنَتْ فَتَرَكَتْ مَالًا

(25/6)

(الْقَضَاءُ فِي عِمَارَةِ الْمَوَاتِ) (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» قَالَ مَالِكٌ وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا اُحْتُفِرَ، أَوْ أُخِذَ، أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ قَالَ مَالِكٌ وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا)

[المنتقى]
فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شَيْءَ لِلْمَجْرُوحِ مِنْ مَالِهَا؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَيَّةً لَقُوِّمَتْ بِغَيْرِ مَالِهَا.
وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ إنْ كَانَ مَالُهَا عَبْدًا أَدَّى مِنْهُ الْأَرْشَ فَإِنْ لَمْ يَفِ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانَ عَرَضًا خُيِّرَ سَيِّدُهَا فِي فِدَائِهِ، أَوْ إسْلَامِهِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُبْنَى عَلَى أَصْلِهِ فَإِنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ تُقَوَّمُ بِغَيْرِ مَالِهَا فَلَا تَتَعَلَّقُ عِنْدَهُ الْجِنَايَةُ بِمَالِهَا وَابْنُ الْمَاجِشُونِ يَقُولُ تُقَوَّمُ بِمَالِهَا فَإِنَّ الْجِنَايَةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَالِهَا فَإِنْ عُدِمَتْ أُمُّ الْوَلَدِ فَقَدْ بَقِيَ مَالُهَا وَالْجِنَايَةُ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ.
1 –
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ فِدَائِهَا وَيَرْضَى بِإِسْلَامِهَا كَمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي الْأَمَةِ بَلْ يُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَفْتَدِيَهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ فِي إسْلَامِهَا تَمْلِيكًا لَهَا وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَحَمَّلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا يُرِيدُ إنْ كَانَتْ قِيمَةُ جِنَايَةِ أُمِّ الْوَلَدِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا لَمْ يَلْزَمْ إلَّا قِيمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ دُونَ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ قِيمَةِ الْجِنَايَةِ وَهَذَا إذَا كَانَتْ جِنَايَةً وَاحِدَةً

فَإِنْ تَكَرَّرَتْ جِنَايَاتُهَا فَإِنَّ تَعَقُّبَ كُلِّ جِنَايَةٍ الْحُكْمِ فِيهَا بِحُكْمِ الثَّانِيَةِ، وَمَا بَعْدَهَا حُكْمُ الْأُولَى عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَاتٍ قَبْلَ الْقِيَامِ عَلَيْهَا ثُمَّ قَامَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِمْ فَفِي الْمُزَنِيَّة مِنْ رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا قِيمَتُهَا لِجَمِيعِ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ كَانَ أَرْشُهَا مِثْلَ قِيمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ عَشْرَ مَرَّاتٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا لَمَّا كَانَ حُكْمًا وَاحِدًا كَانَ حُكْمُ جِنَايَاتِهَا حُكْمَ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَمَةَ لَوْ جَنَتْ جِنَايَاتٍ لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهَا إلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ لَيْسَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ جِنَايَةٍ تَجْنِيهَا إلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ فَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا أَدَّى الْقِيمَةَ ثُمَّ إنْ جَنَتْ أُخْرَى تَشَارَكَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي فِي الْقِيمَةِ الْأُولَى فَرَجَعَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ فِي حِصَّتِهِ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ مَا جَنَتْ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مَا قَالَهُ يَقْتَضِي أَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ الْأَرْشَ أَبَدًا؛ لِأَنَّهَا كُلَّمَا جَنَتْ رَجَعَ عَلَيْهِ فِيمَا أَخَذَ وَهِيَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَالْعَبْدُ إذَا جَنَى جِنَايَةً ثَانِيَةً لَمْ يَتَحَمَّلْ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَوَّلًا جِنَايَةً كَالْعَبْدِ الْقِنِّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ مِنْ جِنَايَةِ أُمِّ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهَا أَمَةٌ وَلَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ إلَّا جِنَايَةَ الْأَحْرَارِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إنْ لَمْ يَفْتَدِهَا السَّيِّدُ أَعْتَقْنَاهَا عَلَيْهِ وَجُعِلَتْ دِيَةُ قَتِيلِهَا عَلَى عَاقِلَتِهَا وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ تَحَمُّلُ الْعَاقِلَةِ عَنْهَا بِحَالِهَا يَوْمَ جِنَايَتِهَا وَهِيَ يَوْمَ جِنَايَتِهَا أَمَةٌ.

وَقَدْ أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّ الْأَمَةَ لَوْ قُتِلَتْ خَطَأً ثُمَّ أُعْتِقَتْ لَمْ تَتَحَمَّلْ الْعَاقِلَةُ دِيَتَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ إذَا أُعْتِقَتْ بِشَيْءٍ مِنْ جِنَايَتِهَا وَذَلِكَ إذَا أُقِيمَ عَلَيْهَا بَعْدَ الْجِنَايَةِ فَحُكِمَ عَلَى السَّيِّدِ بِالْقِيمَةِ وَهِيَ أَقَلُّ مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ ثُمَّ عَتَقَتْ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهَا إنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِعَيْنِهَا دُونَ ذِمَّتِهَا، وَأَمَّا إذَا جَنَتْ جِنَايَةً فَقَبْلَ أَنْ يُقَوَّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ تُوُفِّيَ سَيِّدُهَا فَعَتَقَتْ بِمَوْتِهِ وَلَهَا مَالٌ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمُزَنِيَّة، وَإِنْ كَانَ لَهَا مَالٌ وَلَا مَالَ لِلسَّيِّدِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهَا شَيْءٌ قَدْ وَجَبَ عَلَى السَّيِّدِ وَلَمْ يُبَيِّنْ هَلْ قِيمَ عَلَى السَّيِّدِ أَمْ لَا.

[الْقَضَاءُ فِي عِمَارَةِ الْمَوَاتِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ]

(ش) : مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ» إحْيَاءُ الْأَرْضِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ عِمَارَتُهَا وَمَوْتُهَا تَبَوُّرُهَا وَعَدَمُ

(26/6)

. . . .

[المنتقى]

الِانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى وَجْهِ الزِّرَاعَةِ وَالْحَرْثِ وَالْبُنْيَانِ، وَقَدْ يُسْتَعْمَلُ مَوْتُ الْأَرْضِ بِمَعْنَى عَدَمِ سَقْيِهَا وَتَعَذُّرِ نَبَاتِهَا وَحَيَاتُهَا سَقْيُهَا وَظُهُورُ نَبَاتِهَا قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {فَانْظُرْ إِلَى آثَارِ رَحْمَتِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا إِنَّ ذَلِكَ لَمُحْيِي الْمَوْتَى وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ} [الروم: 50] .

وَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ كُلُّ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ فَلَيْسَ بِمَوَاتٍ وَمَا بَعُدَ مِنْهُ وَلَمْ يُمْلَكْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُوَ مَوَاتٌ وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ لَا يَدْخُلُ فِي الْحَدِيثِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِيمَنْ أَحْيَا مَا بَعُدَ وَقَرُبَ فَخَصَّ مِنْهُ مَنْ أَحْيَا مَا قَرُبَ بِدَلِيلٍ ظَهَرَ إلَيْهِ فَثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا بَعُدَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ لَفْظَ الْأَرْضِ لَمَّا وَرَدَ مُنْكَرًا لَمْ يَقْتَضِ الْعُمُومَ، وَإِنَّمَا أُرِيدَ بِهِ مَا بَعُدَ دُونَ مَا قَرُبَ وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْوَجْهَيْنِ وَأَنْكَرَ سَحْنُونٌ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ هَذَا.

وَقَالَ: الْمَعْرُوفُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إحْيَاؤُهُ إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَعِنْدِي أَنَّ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ هَذَا يَحْتَمِلُ مَا رَوَى عَنْهُ سَحْنُونٌ مِنْ قَوْلِهِ الْمَعْرُوفِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ مَالِكٌ مَعْنَى الْحَدِيثِ فِي فَيَافِي الْأَرْضِ وَمَا بَعُدَ مِنْ الْعُمْرَانِ، وَهَذَا الْقَوْلُ يَحْتَمِلُ مِنْ التَّأْوِيلِ مَا يَحْتَمِلُهُ قَوْلُ سَحْنُونٍ فَثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّ الَّذِي أَنْكَرَهُ سَحْنُونٌ حَمْلُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِحْيَاءُ فِيمَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ وَإِنْ أَذِنَ فِيهِ الْإِمَامُ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالْإِحْيَاءِ، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَمْلِكَهُ الْإِمَامُ عَلَى وَجْهِ الْإِقْطَاعِ.

وَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ لَا يُحْيِيه إلَّا بِقَطِيعَةٍ وَنَحْوِهَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ مَا لَمْ يَمْلِكْهُ أَحَدٌ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا عَمَرَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ عِمَارَةً وُرِثَتْ فِي الْإِسْلَامِ فَذَلِكَ الْمَوَاتُ الْمَذْكُورُ فِي الْحَدِيثِ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أَحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ» يَقْتَضِي ظَاهِرُهُ مِلْكَهُ لَهُ، وَفِي ذَلِكَ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:.

الْأَوَّلُ: فِي صِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ.
وَالْبَابُ الثَّانِي: فِي صِفَةِ الْمُحْيِي لَهَا وَحُكْمِهِ.
وَالْبَابُ الثَّالِثُ: فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ.
وَالْبَابُ الرَّابِعُ: فِي حُكْمِ مَا أُحْيِيَ مِنْ الْأَرْضِ ثُمَّ مَاتَ.
وَالْبَابُ الْخَامِسُ: فِي حُكْمِ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ وَالْإِبْرَازِ فِي الْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ) .

قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْأَرْضُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: عَنْوَةٍ، أَوْ صُلْحٍ، أَوْ مِمَّا أَسْلَمَ عَلَيْهَا أَهْلُهَا، فَأَمَّا الْعَنْوَةُ فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ مَوَاتٍ وَشِعَارٍ لَمْ تَعْتَمِلْ وَلَا جَرَى فِيهَا مِلْكٌ لِأَحَدٍ فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا كَذَلِكَ أَرْضُ الصُّلْحِ مَا كَانَ مِنْهَا مَوَاتًا لَمْ يُعْمَلْ وَلَا حِيزَ بِعِمَارَةٍ فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا، وَأَمَّا مَا أَسْلَمَ عَلَيْهَا أَهْلُهَا وَمَلَكُوهَا فَإِنَّهَا عَلَى مَا أَسْلَمُوا عَلَيْهِ وَهِيَ تُمْلَكُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ تَكُونَ مَحْدُودَةً وَلَهَا مَالِكٌ مَعْرُوفٌ مَخْصُوصٌ وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مِنْ الْأَوْدِيَةِ وَالْمَرَاعِي لَيْسَتْ بِمَحْدُودَةٍ وَلَهَا مَالِكٌ مُعَيَّنٌ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهَا لَا تُمْلَكُ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ، وَإِنَّمَا هِيَ لِلْمَرَافِقِ وَالْمَنَافِعِ فَمَا كَانَ مِنْ أَرْضِ الْأَعْرَابِ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا التَّقْسِيمَ لَا يُحْتَاجُ إلَيْهِ إلَّا لِمَعْنَى التَّفْسِيرِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهَا فِيمَا ذَكَرَهُ وَاحِدٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَجْهٍ مُلِكَتْ بِهِ الْأَرْضُ مِنْ الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ فَإِنَّمَا يُمْلَكُ مِنْهَا مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُ الْمِلْكِ لَهُ إمَّا بِمِلْكِ الرِّقَابِ عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ، أَوْ الْعُمُومِ، أَوْ مِلْكِ الْمَنَافِعِ عَلَى الْوَجْهِ الْعَامِّ وَبِهَذَيْنِ النَّوْعَيْنِ مِنْهَا يَتَعَلَّقُ الْمِلْكُ وَالْحُقُوقُ دُونَ الْفَيَافِي وَالْقِفَارِ فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ لِأَحَدٍ فَهِيَ لَهُ بِالْإِحْيَاءِ دُونَ غَيْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا كَانَ مِنْ بِئْرِ مَاشِيَةٍ فَلَا يَغْرِسُ أَحَدٌ عَلَيْهِ غَرْسًا وَلَا يُحْيِي عَلَيْهِ حَقًّا قَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ بِئْرَ الْمَاشِيَةِ مِمَّا يَمْلِكُ أَهْلُهُ الِانْتِفَاعَ بِهِ وَمَا مَلَكَ قَوْمٌ الِانْتِفَاعَ بِهِ عَلَى وَجْهٍ خَاصٍّ أَوْ عَامٍّ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ مِنْهُ بِالْإِحْيَاءِ كَالْمَرَاعِي الَّتِي قَدْ ذَكَرْنَاهَا.

(مَسْأَلَةٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْمَوَاتُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يَبْعُدُ مِنْ الْعُمْرَانِ وَضَرْبٌ يَقْرُبُ فَأَمَّا مَا بَعُدَ مِنْ

. . . .

الْعُمْرَانِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُحْيِيه بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُحْيِيَ مَوَاتًا مِنْ الْأَرْضِ إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ.

وَقَدْ رَوَاهُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وَهَذَا عَامٌّ فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقٌّ لِغَيْرِ الْمُحْيِي فَلَمْ يَحْتَجْ فِي إحْيَائِهَا إلَى إذْنِ الْإِمَامِ كَمَا لَوْ مَلَكَهَا الْمُحْيِي.

(فَرْعٌ) فَإِنْ عَمَّرَهَا بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ مَا عَلِمْت اخْتِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً بَعِيدَةً مِنْ الْعِمَارَةِ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ إنْ عَمَّرَ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ فَهُوَ لَهُ.

وَقَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَقْتَطِعُ الْمَوَاتَ الْبَعِيدَ فَيُحْيِيه بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ يَنْظُرُ فِيهِ الْإِمَامُ فَإِنْ رَأَى أَنْ يُقِرَّهُ أَقَرَّهُ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يُخْرِجَهُ أَخْرَجَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الَّتِي تَقْرُبُ مِنْ الْعُمْرَانِ فَلَا يُحْيِيهَا أَحَدٌ إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ رَوَاهُ سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَشْهَبَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يُحْيِيهَا مَنْ شَاءَ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ وَرَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ أَشْهَبَ قَالَ سَحْنُونٌ وَبِهِ قَالَ كَثِيرٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيْرِهِمْ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ» وَالَّذِي يُحْيِي بِقُرْبِ الْعُمْرَانِ قَدْ يَظْلِمُ فِي إحْيَائِهِ وَيَسْتَضِرُّ النَّاسُ بِذَلِكَ لِتَضْيِيقِهِ عَلَيْهِمْ فِي مَسَارِحِهِمْ وَعِمَارَتِهِمْ وَمَوَاضِعِ مَوَاشِيهِمْ وَمَرْعَى أَغْنَامِهِمْ فَاحْتَاجَ إلَى نَظَرِ الْإِمَامِ وَاجْتِهَادِهِ فِي ذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَدْ أَقْطَعَ عُمَرُ الْعَقِيقَ وَهُوَ قُرْبَ الْمَدِينَةِ وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لِقَوْلِهِ بِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» وَذَلِكَ عَامٌّ فِيمَا قَرُبَ، أَوْ بَعُدَ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَبُّ لَهُ ذَلِكَ لَا فِيمَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ لِئَلَّا يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى أَحَدٍ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا يُحْيِي إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَأَحْيَا رَجُلٌ أَرْضًا قَرِيبَةً مِنْ الْعُمْرَانِ بِغَيْرِ إذْنٍ مِنْ الْإِمَامِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٌ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فَإِنْ فَعَلَ نَظَرَ الْإِمَامُ فَإِنْ رَأَى إبْقَاءَهُ لَهُ فَعَلَ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يُزِيلَهُ وَيُعْطِيَهُ غَيْرَهُ، أَوْ يَبِيعَهُ لِلْمُسْلِمِينَ فَعَلَ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ أَمْضَيْته لَهُ وَلَمْ يُنْقَضْ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ بِوَجْهٍ وَفِي الْمُزَنِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ عَمَّرَهُ لَا يَكُونُ لَهُ

بِغَيْرِ قَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ.
وَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ لَا يُحْيِيهِ أَحَدٌ إلَّا بِقَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ فَيَحْتَمِلُ قَوْلُ ابْنِ نَافِعٍ هَذَا الْمَعْنَى مَنْ يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ أَنَّهُ قَالَ مَا بَعُدَ عَنْ الْإِمَامِ فَلَا يُعَمَّرُ إلَّا بِأَمْرِ الْإِمَامِ وَمَا قَرُبَ مِنْ الْإِمَامِ لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ بِغَيْرِ قَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ فَفَرَّقَ بَيْنَ الْأَمْرِ وَالْإِقْطَاعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلْإِمَامِ مَنْعُهُ بِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الضَّرَرِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ إلَّا إذَا أَبَاحَهُ لَهُ لِكَوْنِهِ أَصْلًا لَهُ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى غَيْرِهِ فَكَذَلِكَ إذَا تَعَدَّى وَعَمَّرَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ لِكَوْنِ النَّظَرِ فِيهِ لِلْإِمَامِ بَاقِيًا وَلَا يُخْرِجُهُ بِتَعَدِّيهِ فِيهِ وَسَبْقِهِ إلَيْهِ عَنْ نَظَرِ الْإِمَامِ وَاجْتِهَادِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ يَقْتَضِي مَذْهَبَ أَشْهَبَ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ مُشَاوَرَةُ الْإِمَامِ وَاسْتِئْذَانُهُ إلَّا أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ تَمَلُّكِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ هَذَا أَنَّ مِنْ أَهْلِ الْعُمْرَانِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ فِي إحْيَائِهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ لَا يَدْخُلُ فِي الْحَدِيثِ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُزِيلَهُ عَنْهُ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ يُعْطِيه قِيمَةَ عَمَلِهِ مَنْقُوضًا أَوْ يُعْطِيه إيَّاهُ بَعْدَ أَمْرِهِ بِقَلْعِهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالْعَمَلِ فِيهِ وَأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْخُذَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَيُعْطِيه قِيمَةَ نَقْضِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ يَصْرِفَهُ إلَى رَجُلٍ مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَيُعْطِي قِيمَةَ النَّقْضِ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ يُعْطِيه ذَلِكَ مِنْ صَرْفِ الْمَالِكِ إلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، وَهَذَا الْقَوْلُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ يَنْظُرُ فِي أَمْرَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمَوْضِعُ لَا مَضَرَّةَ فِي إحْيَائِهِ وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْمُحْيِي لَا يَسْتَضِرُّ أَهْلُ الْعِمَارَةِ

(28/6)

. . . .

[المنتقى]
بِهِ، أَوْ يَكُونُ هُوَ أَصْلَحَ لَهُمْ مِنْ غَيْرِهِ فَلِذَلِكَ كَانَ لِلْإِمَامِ إذَا أَحْيَا بِغَيْرِ إذْنِهِ أَنْ يَصْرِفَهُ إلَى غَيْرِهِ مِمَّنْ لَا يَسْتَضِرُّ بِمُجَاوَرَتِهِ، أَوْ مِمَّنْ يَكُونُ أَحْسَنَ مُجَاوَرَةً مِنْهُ.
(فَرْعٌ) وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا فِي الْفَيَافِي فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يُحْيِيَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ قَالَهُ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ بِالْإِحْيَاءِ عُمْرَانًا فَلَا يُعَمِّرُ بِقُرْبِهِ إلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ.
(مَسْأَلَةٌ) :

إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَا حَدُّ الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ الْمَذْكُورَيْنِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ: مَا رَأَيْت مَنْ وَقَّتَ فِيهِ مِنْ أَصْحَابِنَا وَمَا كَانَ مِنْ الْعِمَارَةِ عَلَى يَوْمٍ وَمَا لَا تُدْرِكُهُ الْمَوَاشِي فِي غُدُوِّهَا وَرَوَاحِهَا فَأَرَاهُ مِنْ الْبَعِيدِ، وَأَمَّا مَا تُدْرِكُهُ الْمَوَاشِي فِي غُدُوِّهَا وَرَوَاحِهَا، أَوْ أَبْعَدُ مِنْ ذَلِكَ قَلِيلًا مِمَّا فِيهِ الرِّفْقُ لِأَهْلِ الْعِمَارَةِ فَهُوَ الْقَرِيبُ يَدْخُلُهُ نَظَرُ السُّلْطَانِ فَلَا يَحْيَا إلَّا بِإِذْنِهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ الْحَدُّ فِي ذَلِكَ أَنْ يَصِيحَ الصَّائِحُ مِنْ طَرَفِ الْعُمْرَانِ فَلَا يَسْمَعُ مَنْ بِالْمَوْضِعِ الْآخَرِ صَوْتَهُ، وَمَا قَالَهُ سَحْنُونٌ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ إنَّمَا هُوَ بِارْتِفَاقِ أَهْلِ الْعُمْرَانِ بِالْمَسْرَحِ وَالْمحطَبِ دُونَ سَمْعِ الصَّوْتِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَهَذَا الْقَوْلُ لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ.

(فَرْعٌ) وَبِمَاذَا يَنْظُرُ فِيهِ الْإِمَامُ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ يَجْتَهِدُ فِيهِ الْإِمَامُ وَيُشَاوِرُ فِيهِ أَهْلَ الْقُرَى.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَنْظُرُ الْإِمَامُ مِمَّا كَانَ قُرْبَ الْعُمْرَانِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى ضَرَرٌ فِي مَسْرَحٍ، أَوْ مَرْعًى أَوْ محطبٍ وَنَحْوِهِ مُنِعَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ أَمْضَاهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِنَا: إنَّهُ يَنْظُرُ مَعَ ذَلِكَ مَنْ هُوَ أَصْلَحُ مُجَاوَرَةً وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَفِي الْمُزَنِيَّةِ فِي غَنِيٍّ اقْتَطَعَ مَوَاتًا بَعِيدًا فَأَحْيَاهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْإِمَامِ يَنْظُرُ فِيهِ الْإِمَامُ، وَإِنْ أَحْيَا فِيمَا يَقْرُبُ مِنْ الْعُمْرَانِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَكَانَ هُنَاكَ مَنْ هُوَ أَحْوَجُ إلَيْهِ مِنْهُ مَنَعَهُ إيَّاهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ مَنْ هُوَ أَحْوَجُ إلَيْهِ أَقَرَّهُ فِي يَدَيْهِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يُقْطِعَ الْإِمَامُ الْأَغْنِيَاءَ إذَا كَانَ قَدْ أَقْطَعَ الْفُقَرَاءَ مَا يَكْفِيهِمْ فَاعْتُبِرَ بِالْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ وَلَعَلَّ هَذَا الِاعْتِبَارَ مَقْصُورٌ عَلَى الْإِقْطَاعِ دُونَ الْإِحْيَاءِ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ لَا يَمْلِكُ بِهِ الْأَرْضَ إلَّا بِالِارْتِفَاقِ وَالْعَمَلِ فَالْغَنِيُّ أَقْدَرُ عَلَيْهِ وَالْإِقْطَاعُ يُمَلِّكُ الْأَرْضَ دُونَ عَمَلٍ وَلَا نَفَقَةٍ فَالْفَقِيرُ أَحْوَجُ إلَيْهِ مِنْ الْغَنِيِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْمُحْيِي لِلْأَرْضِ وَحُكْمِهِ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْمُحْيِي لِلْأَرْضِ وَحُكْمِهِ) وَذَلِكَ أَنَّ الْمُحْيِيَ لِلْأَرْضِ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا، أَوْ ذِمِّيًّا فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا فَحُكْمُهُ مَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ هِيَ لَهُ لِمَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ» إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ لِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ بِأَرْضِ الْعَرَبِ» .

(فَرْعٌ) فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الذِّمِّيَّ يُحْيِي فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّ ذَلِكَ فِيمَا بَعُدَ مِنْ الْعُمْرَانِ فَأَمَّا فِيمَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ عَنْهُ وَيُعْطِي قِيمَةَ مَا عَمَّرَ؛ لِأَنَّ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ بِمَنْزِلَةِ الْفَيْءِ وَالذِّمِّيُّ لَاحِقٌ لَهُ فِي الْفَيْءِ، وَكَذَلِكَ إنْ عَمَّرَ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ وَالْحِجَازِ كُلِّهِ وَالنُّجُودِ وَالْيَمَنِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ مِنْهَا وَيُعْطَى قِيمَةَ عِمَارَتِهِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَفِي هَذَا الْقَوْلِ نَظَرٌ فَإِنَّهُ إنْ كَانَ مَا قَرُبَ مِنْ الْعُمْرَانِ حُكْمُهُ حُكْمُ الْفَيْءِ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ تَمَلُّكُهُ وَاقْتِسَامُهُ وَلَا بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمُ

الْفَيْءِ مِنْ الْأَرْضِ عِنْدَ مَالِكٍ وَيَلْزَمُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَنْ لَا يَصِحَّ إحْيَاؤُهُ مِنْ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْفَيْءِ وَلَا يَصِحُّ مِمَّنْ لَمْ يَفْتَتِحْ ذَلِكَ الْبَلَدَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْفَيْءِ.

وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ: إنَّ حُكْمَهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَبْعُدْ كَمَا أَنَّ حُكْمَهُمْ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ فِي إحْيَاءِ مَا بَعُدَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي عَلَى قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ اسْتَأْذَنَهُ فِي ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ إذَا نَظَرَ فِي ذَلِكَ فَإِنَّمَا يَنْظُرُ فِيهِ لِلْمُحْيِي وَلِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ مَضَرَّةٌ فَمِنْ حَقِّ الْمُسْتَأْذِنِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ مَضَرَّةٌ فَمِنْ حَقِّهِمْ

(29/6)

. . . .

[المنتقى]

أَنْ يَمْنَعَهُ وَفِي إحْيَاءِ غَيْرِ الْمُسْلِمِينَ مَا قَرُبَ مِنْ مَوَاطِنِهِمْ وَعِمَارَتِهِمْ مَضَرَّةٌ فَلَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فَإِنْ تَعَدَّى وَعَمَّرَ بِغَيْرِ إذْنٍ نَظَرَ لِلْمُسْلِمِينَ بِإِخْرَاجِهِ مِنْهُ بِأَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ نَقْضِهِ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ مِنْ مَالِ مَنْ يُصْرَفُ إلَيْهِ أَوْ يُؤْمَرُ بِفِعْلِهِ وَلَا تَسُوغُ الْمُشَارَكَةُ إنْ لَمْ يَأْخُذْهُ لِأَحَدٍ وَرَأَى الْمَصْلَحَةَ لِلْمُسْلِمِينَ فِي مَنْعِ إحْيَائِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي صِفَةِ إحْيَاءِ الْأَرْضِ] 1

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي صِفَةِ إحْيَاءِ الْأَرْضِ) قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابُ ابْنِ سَحْنُونٍ إحْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يَحْفِرَ فِيهَا بِئْرًا أَوْ يُجْرِيَ عَيْنًا، وَمِنْ الْإِحْيَاءِ غَرْسُ الشَّجَرِ وَالْبُنْيَانُ وَالْحَرْثُ فَمَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ إحْيَاءٌ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ: إنَّ الْإِحْيَاءَ حَفْرُ الْآبَارِ وَشَقُّ الْعُيُونِ وَغَرْسُ الشَّجَرِ وَبِنَاءُ الْبُنْيَانِ وَتَسْيِيلُ مَاءِ الرَّدْغَةِ مِنْ الْأَرْضِ وَقَطْعُ الْغِيَاضِ وَالْفَحْصُ عَنْ الْأَرْضِ بِمَا تَعْظُمُ مُؤْنَتُهُ وَتَبْقَى مَنْفَعَتُهُ حَتَّى يَصِيرَ مَالًا يُعْتَدُّ بِهِ، فَهَذَا وَمَا أَشْبَهَهُ إحْيَاءٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الرَّعْيُ فَلَا يَكُونُ إحْيَاءً قَالَهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَجَمِيعِ أَصْحَابِنَا.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ: مَنْ نَزَلَ أَرْضًا فَرَعَى مَا حَوْلَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَذَلِكَ إحْيَاءٌ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَثَرٌ بَاقٍ فِي الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حَالُ سَائِرِ الْأَرَضِينَ الْمَبُورَةِ فَلَا يَكُونُ إحْيَاءً كَالْمُبْتَنَى فِيهَا، وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ بِأَنَّهُمْ قَدْ رَعَوْا وَيَنْتَظِرُونَ أَنْ يَرْعُوا وَاحْتَجَّ فِي الْمَجْمُوعِ بِالْمَعْدِنِ يَحُوزُهُ رَجُلٌ بِالْعَمَلِ فِيهِ فَإِنَّهُ لَهُ مَا أَقَامَ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ هَذَا، وَإِنْ لَمْ يُعْجِبْ سَحْنُونًا قَوْلُ أَشْهَبَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ حَفْرُ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ إحْيَاءٌ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَا يُعْمَلُ لِمَعْنَى إحْيَاءِ الْأَرْضِ، وَإِنَّمَا يُعْمَلُ لِمَنَافِعِ الْمَاشِيَةِ كَالرَّاعِي.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ التَّحْجِيرُ إحْيَاءً قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ التَّحْجِيرَ لَيْسَ فِيهِ إحْيَاءٌ لِلْأَرْضِ وَلَا مَنْفَعَةٌ، وَإِنَّمَا هُوَ مَنْعٌ لِغَيْرِهِ مِنْ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَإِلَّا فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى صِفَتِهَا قَبْلَ التَّحْجِيرِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ يُحَجِّرُ أَرْضًا لِغَيْرِهِ مِنْ الْعُمْرَانِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا يَكُونُ أَوْلَى بِهَا حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ يُحَجِّرُهَا لِيَعْمَلَ فِيهَا إلَى أَيَّامٍ يَسِيرَةٍ لِيُمْكِنَهُ الْعَمَلُ لِيُبْسِ الْأَرْضِ، أَوْ لِغَلَاءِ الْأَجْرِ وَنَحْوِ هَذَا مِنْ الْعُذْرِ الَّذِي يُؤَخِّرُ لَهُ النَّاسُ فَذَلِكَ لَهُ، وَأَمَّا مَنْ يُحَجِّرُ مَا لَا يَقْوَى عَلَيْهِ فَلَهُ مِنْهُ مَا عَمَّرَ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِيمَنْ حَجَّرَ أَرْضًا وَلَمْ يُعْمِرْهَا أَنَّهُ يَنْتَظِرُ بِهِ ثَلَاثَ سِنِينَ وَأَرَاهُ حَسَنًا.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِي حُكْمِ مَنْ أَحْيَا مِنْ الْأَرَضِينَ ثُمَّ مَاتَ وَعَادَ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ]

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي حُكْمِ مَنْ أَحْيَا مِنْ الْأَرَضِينَ ثُمَّ مَاتَ وَعَادَ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ) الْأَرَضُونَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يُفْتَتَحُ مِلْكُهُ وَضَرْبٌ يُتَمَلَّكُ عَنْ مَالِكٍ، فَأَمَّا مَا اُفْتُتِحَ مِلْكُهُ فَعَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إقْطَاعُ الْإِمَامِ، وَالثَّانِي: الْإِحْيَاءُ فَأَمَّا مَا مُلِكَ بِإِقْطَاعٍ مِنْ الْإِمَامِ الْعُتْبِيَّةُ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ أَرْضًا بِقُرْبِ الْعُمْرَانِ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْمُرْهَا، وَيَبِيعُ ذَلِكَ إنْ شَاءَ وَيُورَثُ عَنْهُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الَّذِي يُقْطِعُهُ الْإِمَامُ أَرْضًا فَلَمْ يَقْوَ عَلَى عِمَارَتِهَا لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَيَتَصَدَّقَ بِهَا مَا لَمْ يُنْظَرْ فِي عَجْزِهِ عَنْهَا فَيُقْطِعُهَا غَيْرَهُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْإِقْطَاعَ عِنْدَهُ مَعْنَى التَّمْلِيكِ الثَّانِي لَا يَفْتَقِرُ إلَى عِمَارَةٍ كَالْبَيْعِ وَالْمِيرَاثِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْإِقْطَاعَ إنَّمَا هُوَ إذْنٌ فِي

الْإِحْيَاءِ وَمِنْ شَرْطِ ذَلِكَ الْعِمَارَةُ فَأَمَّا مَا افْتَتَحَ مِلْكَهَا بِالْإِحْيَاءِ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى عَفَتْ آثَارُهَا وَهَلَكَتْ أَشْجَارُهَا وَطَالَ زَمَانُهَا ثُمَّ أَحْيَاهَا غَيْرُهُ أَنَّهَا لِلثَّانِي.

وَقَالَ سَحْنُونٌ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَقَدْ مَلَكَهَا وَلَا تَخْرُجُ مِنْ يَدِهِ لِتَعْطِيلِهِ لَهَا، وَإِنْ عَمَرَهَا غَيْرُهُ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ عَبْدُوسٍ

(30/6)

. . . .

[المنتقى]

مِنْ أَنَّ مَنْ مَلَكَ الْمُبَاحَ خَرَجَ عَنْ يَدِهِ حَتَّى عَادَ إلَى أَصْلِهِ فَإِنَّهُ لِمَنْ يَمْلِكُهُ بَعْدَهُ كَالصَّيْدِ يَخْرُجُ مِنْ يَدِ صَائِدِهِ فَيَلْحَقُ بِالْوَحْشِ فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ بَعْدَهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ مَا لَا يَخْرُجُ مِنْ مِلْكِهِ بِالتَّغْيِيرِ إذَا مُلِكَ بِالِابْتِيَاعِ فَإِنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِالتَّغَيُّرِ إذَا تَمَلَّكَهُ عَنْ إبَاحَةٍ كَالثِّيَابِ وَذَلِكَ أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالصَّيْدِ أَنَّ الصَّيْدَ لَوْ ابْتَاعَهُ ثُمَّ نَفَرَ وَلَحِقَ بِالْوَحْشِ لَكَانَ لِمَنْ صَادَهُ بَعْدَهُ وَلَا خِلَافَ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا ثُمَّ تَبَوَّرَتْ فَأَحْيَاهَا غَيْرُهُ بَعْدَهُ فَإِنَّهَا لِمَنْ اشْتَرَاهَا دُونَ مَنْ أَحْيَاهَا.

(فَرْعٌ) وَسَوَاءٌ أَحْيَاهَا الْأَوَّلُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَذَلِكَ إذَا كَانَ الْإِذْنُ لَيْسَ بِمَعْنَى الْإِقْطَاعِ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ وَإِذَا كَانَ بِمَعْنَى الْإِقْطَاعِ فَمُخْتَلَفٌ فِيهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا مُلِكَ مِنْ الْأَرْضِ بِشِرَاءٍ، أَوْ مِيرَاثٍ أَوْ هِبَةٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، أَوْ خُطَّةٍ فَإِنَّهَا لِمَنْ مَلَكَهَا، وَإِنْ لَمْ يَعْمُرْهَا وَيَبِيعُ ذَلِكَ وَيُورَثُ عَنْهُ فَإِنْ أَحْيَاهَا غَيْرُهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يُحْيِيَ الثَّانِي مَا لَيْسَ لِلْأَوَّلِ مَنْعُهُ أَوْ مَا لِلْأَوَّلِ مَنْعُهُ، وَإِنْ أَحْيَا مَا لَيْسَ لِلْأَوَّلِ مَنْعُهُ فَهُوَ لِلثَّانِي، وَإِنْ أَحْيَا مَا لِلْأَوَّلِ مَنْعُهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْمُحْيِي يَعْلَمُ ذَلِكَ، أَوْ لَا يَعْلَمُهُ فَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُقَالُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَعْطِهِ قِيمَةَ عِمَارَتِهِ إنْ أَبَى قِيلَ لِلْعَامِرِ أَعْطِهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ هَذَا بِقِيمَةِ أَرْضِهِ، وَهَذَا بِقِيمَةِ عِمَارَتِهِ وَذَكَرَ الْمُطَرِّفُ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ وَالْمُغِيرَةِ وَابْنِ دِينَارٍ وَغَيْرِهِمْ مِنْ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ لَيْسَ لِلَّذِي عَمَرَ أَنْ يُعْطِيَ رَبَّ الْأَرْضِ قِيمَةَ أَرْضِهِ، وَلَكِنْ إذَا أَبَى

رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ عِمَارَتِهِ كَانَتْ الْأَرْضُ بَيْنَهُمَا هَذَا بِقِيمَةِ أَرْضِهِ بَرَاحًا وَالْآخَرُ بِقِيمَةِ عِمَارَتِهِ قَائِمَةً وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تُقَوَّمَ الْأَرْضُ مَبُورَةً ثُمَّ تُقَوَّمَ عَامِرَةً فَمَا زَادَتْ قِيمَتُهَا بِالْعِمَارَةِ فَالْعَامِلُ بِهِ شَرِيكٌ لِرَبِّ الْأَرْضِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ لِلثَّانِي حَقًّا ثَابِتًا فَكَانَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ الْآخَرُ قِيمَةَ حَقِّهِ كَصَاحِبِ الْأَرْضِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْأَرْضَ أَصْلٌ ثَابِتٌ قَدِيمٌ وَعَمَلُ الثَّانِي وَارِدٌ عَلَيْهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ وَالْأَبْوَارِ فِي الْقِسْمَةِ وَالْبَيْعِ] 1

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ وَالْأَبْوَارِ فِي الْقِسْمَةِ وَالْبَيْعِ) الْأَبْوَارِ وَالشَّعَارَى عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ضَرْبٌ لَا تُحِيطُ بِهِ الْعِمَارَةُ وَضَرْبٌ تُحِيطُ بِهِ الْعِمَارَةُ وَضَرْبٌ يَكُونُ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَّا مَا لَا تُحِيطُ بِهِ الْعِمَارَةُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَصْبَغُ لَا تُقْسَمُ بَيْنَهُمْ، وَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى قِسْمَتِهِ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الشَّعْرَاءَ الَّتِي تَقْرُبُ مِنْ الْقُرَى تَلْحَقُهَا الْمَاشِيَةُ فِي غُدُوِّهَا وَرَوَاحِهَا وَهِيَ لَهُمْ مَرَاعٍ وَمُحْتَطَبٌ فَلَا تَكُونُ لِمَنْ أَحْيَاهَا وَلِأَهْلِ تِلْكَ الْقُرَى قِسْمَتُهَا بَيْنَهُمْ وَأَنْكَرَ سَحْنُونٌ هَذَا.

وَقَالَ الْمَعْرُوفُ لِمَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ غَيْرُ هَذَا الْوَجْهِ وَذَلِكَ أَنَّ النَّاسَ لَمْ يَخْتَلِفُوا فِيمَا بَعُدَ مِنْ الْعُمْرَانِ أَنْ يَحْيَا بِقَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا قَرُبَ فَقَالَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيْرِهِمْ أَنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُحْيِيَهُ دُونَ الْإِمَامِ.

وَقَالَ آخَرُونَ لَا يُحْيِيه إلَّا بِقَطِيعَةِ الْإِمَامِ فَهَذَا خَارِجٌ مِنْ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ وَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ الْقِسْمَةِ مَا تَقَدَّمَ، وَوَجْهُ إبَاحَةِ ذَلِكَ أَنَّهُمْ مُخْتَصُّونَ بِاسْتِحْقَاقِهَا وَمُعْظَمِ مَنَافِعِهَا، وَإِنَّمَا لِغَيْرِهِمْ فِي ذَلِكَ مَا فَضَلَ عَنْهُمْ عَلَى وَجْهِ الضَّرُورَةِ إلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا أَحَاطَتْ بِهِ الْعِمَارَةُ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ وَدَاوُد بْنُ سَعِيدٍ يُقْسَمُ وَبِهِ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ وَهْبٍ لَا يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى ذَلِكَ أَوْ أَبَاهُ بَعْضُهُمْ؛ لِأَنَّ الْبُورَ وَالْمُتَّسَعَ لَيْسَ بِمَالٍ لَهُمْ وَفِيهِ حَقٌّ لِكُلِّ الْمُسْلِمِينَ مِنْ الْمَارَّةِ وَغَيْرِهِمْ فِي مَنَاخِ إبِلِهِمْ وَمَرْعَى دَوَابِّهِمْ.

وَقَدْ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ» وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ هَذِهِ الْأَبْوَارَ أَفْنِيَةُ أَهْلِ الْقُرَى وَمُحْتَطَبُهُمْ وَمَرَاعِيهِمْ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يُقْطِعَ أَحَدًا شَيْئًا مِنْهَا؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لَهُمْ كَأَفْنِيَةِ الدُّورِ فَمَنْ دَعَا إلَى الْقِسْمَةِ مِنْهُمْ فَذَلِكَ لَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ بَيْنَ الْقُرَى فَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي قُرَى قَدْ أَحَاطَتْ بِفَحْصٍ

. . . .

[المنتقى]

لِكَثْرَةِ بُورٍ تُرْعَى فِيهِ غَنَمُهُمْ وَيَحْتَطِبُونَ فِيهِ لَيْسَ لَهُمْ قِسْمَتُهُ وَيَبْقَى مَرْعًى لَهُمْ وَلِلْمَارَّةِ وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ سَحْنُونٍ أَنَّهُمْ إذَا أَرَادُوا قِسْمَتَهُ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَكِلَا الْقَوْلَيْنِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ فَإِنَّمَا يَقْسِمُ عَلَى عَدَدِ الْقُرَى وَيُعْطِي كُلَّ قَرْيَةٍ مِمَّا يَلِيهَا يُسَوِّي بَيْنَ الصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ بِالسَّوَاءِ الْكَرِيمُ بِقِيمَتِهِ وَاللَّئِيمُ بِقِيمَتِهِ رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْقُرَى مُتَّصِلَةً بِالشَّعْرَاءِ وَالْأَبْوَارِ فَإِنْ حَالَ بَيْنَهُمَا جَبَلٌ، أَوْ صَخْرَةٌ، أَوْ نَهْرٌ عَظِيمٌ فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ فِيهِ حَظٌّ إلَّا أَنْ يَقُومُوا بِبَيِّنَةٍ بِالْمِلْكِ رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ وَابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ يَدْخُلُ مَعَهُمْ أَهْلُ الْقَرْيَةِ الَّتِي حَالَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ، أَوْ جَبَلٌ أَوْ صَخْرَةٌ، أَوْ خَرْبٌ لَا تُحْرَثُ وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ سَحْنُونٌ فَلَوْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: إنَّ السُّلْطَانَ يُقْطِعُهُمْ إيَّاهُ بَيْنَهُمْ لِئَلَّا يَضُرَّ بِهِمْ مَنْ يُحْيِيهِ مِنْ غَيْرِهِمْ لَكَانَ وَجْهًا وَقَدْ خَلَطَ فِي بَعْضِ قَوْلِهِ فَقَالَ فَادَّعَى أَهْلُ الْقَرْيَةِ الَّتِي خَلْفَ النَّهْرِ وَالصَّخْرَةِ أَنَّ لَهُمْ فِي الشَّعْرَاءِ حَقًّا مَعَهُمْ.

وَقَدْ قَالَ أَهْلُ الْقُرَى: إنَّ الَّذِينَ تَصِيرُ لَهُمْ مِنْ نَاحِيَةِ مَنْزِلِهِمْ صَادَفَ كَرْمًا، أَوْ دَنَاءَةً قَالَ سَحْنُونٌ فَصَارَ هَذَا كَإِقْرَارٍ مِنْهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الشَّعْرَاءُ تَلِي الْقَرْيَةَ وَيَقْطَعُ بَيْنَ الشَّعْرَاءِ وَبَيْنَ قُرًى أُخْرَى تُرْعَى فِيهَا مَوَاشِيهِمْ فَأَهْلُ الْقَرْيَةِ الَّتِي تَلِيهَا أَحَقُّ بِهَا رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ وَيَقْتَسِمُهُ أَهْلُ تِلْكَ الْقَرْيَةِ عَلَى قَدْرِ أَمْلَاكِهِمْ فِي الْقَرْيَةِ يَقْتَسِمُونَهَا بِالْقِسْمَةِ، أَوْ السَّهْمِ وَهَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِيمَا يَقْتَسِمُهُ أَهْلُ الْقَرْيَةِ فِي الشَّعْرَاءِ أَنَّهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا عَلَى قَدْرِ أَمْلَاكِهِمْ فِيهَا وَمَا يَقْتَسِمُهُ أَهْلُ الْقُرَى فَإِنَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ صَغُرَتْ الْقَرْيَةُ، أَوْ عَظُمَتْ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى إنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ الْأَبْوَارَ وَالشَّعَارَى وَيَتَشَارَكُونَ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْمَسَارِحِ وَالْمَفَارِقِ بِنِسْبَةِ الْجِهَاتِ وَإِلَى ذَلِكَ يَرْجِعُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَذَلِكَ بِمَعْنَى تَتَسَاوَى فِيهِ الْقُرَى قَدْ يَكُونُ لِأَهْلِ الْقَرْيَةِ الصُّغْرَى مِنْ الْمَاشِيَةِ أَمْثَالُ مَا لِلْقَرْيَةِ الْكُبْرَى فَلَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ أَهْلُ الْقَرْيَةِ الصُّغْرَى

لِصِغَرِ قَرْيَتِهِمْ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ أَهْلُ الْقَرْيَةِ الْكُبْرَى بِشَيْءٍ لِعِظَمِ قَرْيَتِهِمْ وَلَيْسَ كَذَلِكَ أَهْلُ الْقَرْيَةِ الْوَاحِدَةِ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ أَوْبَارَهَا وَشِعَارَهَا بِسَبَبِ أَمْلَاكِهِمْ وَيَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحَقِّهِ مِنْهَا بِالْقِسْمَةِ وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَيِّ وَجْهٍ شَاءَ مِنْ عِمَارَةٍ، أَوْ غَيْرِهَا فَيَكُونُ لَهُ حُكْمُ مِلْكِهِ فَلِذَلِكَ رُوعِيَ فِيهِ قَدْرُ حَقِّهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ» حَقٌّ فَسَّرَهُ مَالِكٌ فَقَالَ إنَّ الْعِرْقَ الظَّالِمَ مَا اُحْتُفِرَ، أَوْ اُتُّخِذَ، أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ قَالَ عُرْوَةُ وَرَبِيعَةُ الْعُرُوقُ أَرْبَعَةٌ: عِرْقَانِ فَوْقَ الْأَرْضِ وَهُمَا الْغَرْسُ وَالْبِنَاءُ، وَعِرْقَانِ فِي جَوْفِهَا الْمِيَاهُ وَالْمَعَادِنُ. وَقَالَ عُرْوَةُ: وَالْبَاطِنَانِ الْبِئْرُ وَالْعَيْنُ قَالَا فَكُلُّ مَنْ عَمِلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَهُوَ مِنْ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «لَيْسَ لَهُ حَقٌّ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْبَقَاءِ فَمَنْ غَرَسَ، أَوْ بَنَى ظَالِمًا فِي مِلْكِ غَيْرِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْقِيه وَكَانَ لِصَاحِبِ الْمِلْكِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ أَوْ يُخْرِجَهُ مِنْهُ بِأَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةَ غَرْسِهِ مَقْلُوعًا وَقِيمَةَ بُنْيَانِهِ مَنْقُوضًا فِيمَا لَهُ قِيمَةٌ وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ كَانَ لِصَاحِبِ الْمِلْكِ أَنْ يُبْقِيَهُ عَلَى مِلْكِهِ دُونَ عِوَضٍ يُعَوِّضُهُ مِنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَيْسَ لَهُ حَقٌّ بِمِلْكٍ وَلَا انْتِفَاعٍ وَيَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ فِي الْعُيُونِ وَالْآبَارِ وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ حَفَرَ بِئْرًا، أَوْ أَنْبَطَ عَيْنًا فِي مِلْكِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْلِكَهُ وَيَنْتَفِعَ بِهِ وَلِصَاحِبِ الْمِلْكِ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى إعَادَتِهِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ وَيُعْطِيه قِيمَةَ مَالِهِ قِيمَةً بَعْدَ إزَالَتِهِ وَإِذَا كَانَ لَفْظُ الْحَقِّ يَحْتَمِلُ الْأَمْرَيْنِ جَازَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِمَا عَلَى مَا قَالَهُ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ وَرَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

الْقَضَاءُ فِي الْمِيَاهِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمُذَيْنِبٍ يُمْسَكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ»)

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي الْمِيَاهِ]

(ش) : قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَسَحْنُونٌ: مَهْزُورٌ وَمُذَيْنِبٌ وَادِيَانِ بِالْمَدِينَةِ، زَادَ سَحْنُونٌ وَلَيْسَ مِلْكُهُمَا لِأَحَدٍ كَانَا يُسْقَيَانِ بِالسَّيْلِ فَإِذَا أَتَى السَّيْلُ سَقَى الْأَعْلَى حَائِطَهُ ثُمَّ الَّذِي يَلِيه وَذَلِكَ أَنَّ الْمِيَاهَ الَّتِي تَسْقِي عَلَى ضَرْبَيْنِ: ضَرْبٌ لَا يُمْلَكُ أَصْلُهُ كَالسُّيُولِ وَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ، وَضَرْبٌ يُمْلَكُ أَصْلُهُ كَالْعُيُونِ وَالْآبَارِ فَأَمَّا مَا يُمْلَكُ أَصْلُهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ طَرِيقُهُ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ، أَوْ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُهَا رَجُلٌ مُعَيَّنٌ، أَوْ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُهَا رِجَالٌ مُعَيَّنُونَ فَأَمَّا مَا كَانَ طَرِيقُهُ فِي أَرْضٍ لَا تُمْلَكُ مِثْلُ الْمِيَاهِ الَّتِي تَسِيلُ مِنْ شِعَابِ الْجِبَالِ وَبُطُونِ الْأَوْدِيَةِ كَمَهْزُورٍ وَمُذَيْنَبٍ فَتَسِيلُ مِيَاهُهُمَا فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ غَيْرِ مُتَمَلَّكَةٍ إلَى أَرْضِ مَنْ يَسْقِي بِهَا ثُمَّ يَتَّصِلُ جَرْيُهَا فِي مِثْلِ ذَلِكَ وَيُحَاذِي مَجْرَى الْمَاءِ فِي إحْدَى جَانِبَيْهِ، أَوْ فِي جَانِبَيْهِ جَمِيعًا مَزَارِعُ وَحَدَائِقُ لِلنَّاسِ وَيَسْقُونَ بِهِ فَهَذَا حُكْمُهُ أَنْ يُسْقَى بِهِ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى، وَذَلِكَ إذَا كَانَ إحْيَاؤُهُمْ مَعًا، أَوْ إحْيَاءُ الْأَعْلَى قَبْلَ الْأَسْفَلِ وَهُوَ مَعْنَى مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ: وَهَذَا حُكْمُ النِّيلِ أَيْضًا فَإِنْ أَحْيَا رَجُلٌ مَاءَ سَيْلٍ ثُمَّ أَتَى غَيْرُهُ فَأَحْيَا فَوْقَهُ مَا هُوَ أَقْرَبُ إلَى أَعْلَى سَيْلٍ مِنْهُ وَأَرَادَ أَنْ يَنْفَرِدَ وَيَسْقِي بِهِ قَبْلَ الْأَسْفَلِ الَّذِي أَحْيَا قَبْلَهُ، وَذَلِكَ يُبْطِلُ عَمَلَ الثَّانِي وَيُتْلِفُ غَرْسَهُ وَزَرْعَهُ، فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ إذَا كَانَ بَعْضُ الْأَجِنَّةِ أَقْدَمَ مِنْ بَعْضٍ فَالْقَدِيمُ أَحَقُّ بِالْمَاءِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لِلْمَاءِ قَدْ تَقَدَّمَ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُ مِنْهُ بِمَا يُحْدِثُهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَتْ الْجَنَّتَانِ مُتَقَابِلَتَيْنِ فَمَا حُكْمُهُ أَنْ يَكُونَ الْأَعْلَى بِالْأَعْلَى فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا الْمَاءُ وَجْهُ ذَلِكَ تَسَاوِيهِمَا فِي وَجْهِ الِاسْتِحْقَاقِ فَإِنْ كَانَ الْأَسْفَلُ مُقَابِلًا لِبَعْضِ الْأَعْلَى حُكِمَ لِمَا كَانَ أَعْلَى بِحُكْمِ الْأَعْلَى وَلِمَا كَانَ مِنْهُ مُقَابَلًا بِحُكْمِ الْمُقَابِلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ جَرْيُ الْمَاءِ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ: مَا كَانَ مِنْ سُيُولِ الْمَطَرِ فِي أَرْضِ النَّاسِ الْمَعْرُوفَةِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَمْنَعَ مَاءَهُ وَيَحْبِسَهُ فِي أَرْضِهِ قَلَّ، أَوْ كَثُرَ وَلَا يُرْسِلُ مِنْهُ شَيْئًا إلَى مَنْ تَحْتَهُ إلَّا أَنْ يَشَاءَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ بِدُخُولِهِ فِي أَرْضِهِ قَدْ صَارَ أَحَقَّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يَتَنَازَعُ فِيهِ قَبْلَ دُخُولِهِ فِي أَرْضِ أَحَدٍ فَأَمَّا مَا سَالَ فِي أَرْضِهِ فَهُوَ حَقٌّ لَهُ فَلَهُ مَنْعُهُ إنْ شَاءَ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ سَيْلُهُ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُهَا قَوْمٌ مُعَيَّنُونَ مِثْلَ أَهْلِ النَّهْرِ يَجْتَمِعُونَ عَلَى إخْرَاجِ مَاءٍ مِنْهُ فَيَحْمِلُونَهُ فِي أَرْضِهِمْ، أَوْ فِي أَرْضٍ مَبُورَةٍ مَلَكُوهَا لِشَقِّ سَاقِيَتِهِمْ فِيهَا وَذَلِكَ نَوْعٌ مِنْ الْإِحْيَاءِ فَإِنَّ هَؤُلَاءِ أَحَقُّ بِمَائِهِمْ وَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ فِي حُكْمِ التَّقْوِيمِ لَا يُقَدَّمُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ وَإِنَّمَا يَقْتَسِمُونَهَا بِمَا يُقْتَسَمُ بِهِ الْمَاءُ الَّذِي

يُمْلَكُ أَصْلُهُ وَسَنُبَيِّنُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَا يُمْلَكُ أَصْلُهُ كَالْعُيُونِ وَالْآبَارِ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ: إنَّ هَؤُلَاءِ يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمْ بِالْقَلْدِ وَلَا يُقَدَّمُ أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ وَلَكِنْ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مَاءَهُ يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ رَقَبَةَ الْعَيْنِ وَالْبِئْرِ مِلْكٌ وَلِكُلِّ ذِي حَظٍّ فِيهَا الِانْتِفَاعُ بِحَظِّهِ وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا بِمَا شَاءَ مِنْ بَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَمِنْ الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ فِي أَرْضٍ هِيَ مَقْسُومَةٌ بَيْنَ قَوْمٍ وَلَهُمْ شِرْبٌ فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَصْرِفَ حِصَّتَهُ مِنْ الشِّرْبِ إلَى أَرْضٍ لَهُ أُخْرَى أَنَّ لَهُ ذَلِكَ عَطَّلَ حِصَّتَهُ مِنْ الْأَرْضِ، أَوْ لَمْ يُعَطِّلْهَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ وَالْأَرْضُ مَقْسُومَةٌ قَالَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَصْرِفَ حَيْثُ شَاءَ مَا لَمْ يَمُرَّ بِهِ فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ إلَّا بِإِذْنِهِ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ الْأَرْضُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمْ عَلَى الْإِشَاعَةِ

(33/6)

. . . .

[المنتقى]

فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَصْرِفَ حِصَّتَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَاءِ عَنْهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِحَظِّهِمْ مِنْهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْقَلْدُ عَلَى أَنْوَاعٍ مِنْهَا أَنْ يُؤْخَذَ قَدْرٌ وَيُثْقَبَ فِي أَسْفَلِهَا ثُقْبٌ وَيَمْلَأُ مِنْ الْمَاءِ وَيَكُونُ قَدْرُ أَقَلِّهِمْ نَصِيبًا مِقْدَارَ مَا يَجْرِي مَاؤُهُ عَلَى ثُقْبِهِ تِلْكَ فَتُمْلَأُ وَلَا يَزَالُ صَاحِبُ الْحِصَّةِ مِنْ الْمَاءِ يَأْخُذُ مَاءَ الْعَيْنِ كُلَّهُ وَيَصْرِفُهُ فِيمَا شَاءَ إلَى أَنْ يَفْنَى مَاءُ الْقِدْرِ ثُمَّ يُمْلَأُ لِلَّذِي يَلِيه مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةً بِحَسَبِ حِصَّتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ تَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ الْإِمَامُ رَجُلَيْنِ مَأْمُونَيْنِ، أَوْ يَتَرَاضَى الشُّرَكَاءُ عَمَّنْ شَاءُوا، أَوْ يُؤْخَذُ قِدْرٌ فَخَّارٌ، أَوْ غَيْرُهُ يُثْقَبُ فِي أَسْفَلِهِ بِمِثْقَبٍ ثُمَّ يُرْفَعُ الْمِثْقَبُ ثُمَّ يُعَلَّقُ الْقِدْرُ وَيُجْعَلُ تَحْتَهُ قَصْرِيَّةٌ وَيُعَدُّ مَاءٌ فِي جِرَارٍ فَإِذَا انْصَدَعَ الْفَجْرُ صُبَّ الْمَاءُ فِي الْقِدْرِ فَسَالَ الْمَاءُ مِنْ الثُّقْبِ فَكُلَّمَا هَمَّ الْمَاءُ أَنْ يَنْصَبَّ صُبَّ حَتَّى يَكُونَ سَيْلُ الْمَاءِ مِنْ الثُّقْبِ مُعْتَدِلًا النَّهَارَ كُلَّهُ وَاللَّيْلَ كُلَّهُ إلَى انْصِدَاعِ الْفَجْرِ ثُمَّ

يُنَحَّى الْقِدْرُ وَيُقْسَمُ مَا اجْتَمَعَ مِنْ الْمَاءِ عَلَى أَقَلِّهِمْ سَهْمًا كَيْلًا، أَوْ وَزْنًا ثُمَّ يُجْعَلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قِدْرٌ يَحْمِلُ سَهْمَهُ مِنْ الْمَاءِ وَيُثْقَبُ كُلَّ قِدْرٍ مِنْهَا بِالْمِثْقَبِ الَّذِي ثَقَبَ بِهِ الْقِدْرَ الْأَوَّلَ فَإِذَا أَرَادَ أَحَدُهُمْ السَّقْيَ عَلَّقَ قِدْرَهُ بِمَائِهِ وَصَرَفَ الْمَاءَ كُلَّهُ إلَى أَرْضِهِ فَيَسْقِي مَا سَالَ الْمَاءُ مِنْ قِدْرِهِ ثُمَّ كَذَلِكَ يَقْسِمُ فَإِنْ تَشَاحُّوا فِي التَّبْدِئَةِ اسْتَهَمُّوا عَلَى ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «يُمْسِكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ» اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ ذَلِكَ فَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ يُرْسِلُ صَاحِبُ الْحَائِطِ الْأَعْلَى جَمِيعَ الْمَاءِ فِي حَائِطِهِ وَيُسْقِي بِهِ حَتَّى إذَا بَلَغَ الْمَاءُ مِنْ قَاعَةِ الْحَائِطِ إلَى كَعْبَيْ مَنْ يَقُومُ فِيهِ أَغْلَقَ مَدْخَلَ الْمَاءِ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ بَلَغَنَا أَنَّهُ إذَا سَقَى بِالسَّيْلِ الزَّرْعَ أَمْسَكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْمَاءُ شِرَاكَ نَعْلَيْهِ، وَإِذَا سَقَى النَّخِيلَ وَالشَّجَرَ وَمَا لَهُ أَصْلٌ أَمْسَكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ وَأَحَبُّ إلَيْنَا أَنْ يَحْبِسَ فِي الزَّرْعِ وَالنَّخْلِ وَمَا لَهُ أَصْلٌ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي الرَّيِّ وَفِي الْمُزَنِيَّة عَنْ عِيسَى عَنْ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ الْأَوَّلَ يَسْقِي حَتَّى يُرْوَى حَائِطُهُ ثُمَّ يُمْسِكُ بَعْدَ رَيِّ حَائِطِهِ فِيمَا كَانَ مِنْ الْكَعْبَيْنِ إلَى أَسْفَلَ ثُمَّ يُرْسِلُ.

وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى عَنْ زِيَادِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: تَفْسِيرُهُ أَنْ يَجْرِيَ الْأَوَّلُ مِنْ الْمَاءِ فِي سَاقِيَتِهِ إلَى حَائِطِهِ قَدْرَ مَا يَكُونُ الْمَاءُ فِي السَّاقِيَةِ إلَى كَعْبَيْهِ حَتَّى يُرْوَى حَائِطُهُ، أَوْ يَبْقَى الْمَاءُ فَإِذَا رُوِيَ حَائِطُهُ أَرْسَلَهُ كُلَّهُ قَالَ يَحْيَى بْنُ مُزَيْنٍ رِوَايَةُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ أَحْسَنُ مَا فِيهِ وَالَّذِي رُوِيَ مُسْنَدًا فِي هَذَا الْبَابِ مَا رَوَى ابْنُ جُرَيْجٍ حَدَّثَنِي ابْنُ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ حَدَّثَهُ «أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجٍ مِنْ الْحَرَّةِ يَسْقِي بِهِ النَّخْلَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اسْقِ يَا زُبَيْرُ فَأَمَرَهُ بِالْمَعْرُوفِ ثُمَّ أَرْسِلْ إلَى جَارِك قَالَ الْأَنْصَارِيُّ: إنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِك فَتَلَوَّنَ وَجْهُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ثُمَّ قَالَ: اسْقِ ثُمَّ احْبِسْ حَتَّى يَرْجِعَ الْمَاءُ إلَى الْجَدْرِ، وَاسْتَوْعَى لَهُ حَقَّهُ فَقَالَ الزُّبَيْرُ: وَاَللَّهِ إنَّ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ {فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ} [النساء: 65] الْآيَةَ فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَقَدَّرَتْ الْأَنْصَارُ قَوْلَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اسْقِ ثُمَّ احْبِسْ حَتَّى يَرْجِعَ إلَى الْجَدْرِ فَكَانَ ذَلِكَ إلَى الْكَعْبَيْنِ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْحَائِطِ أَعْلَى مِنْ بَعْضٍ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ يُؤْمَرُ أَنْ يَعْدِلَ أَرْضَهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ عَلَى أَرْضِهِ كُلِّهَا إلَى الْكَعْبَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ يَكُونُ عُلُوُّ بَعْضِ أَرْضِهِ مَا لَا يَبْلُغُ إلَى الْكَعْبَيْنِ إلَّا بِأَنْ يَعْلُوَ فِي بَعْضِهِ قَامَتَيْنِ وَلَكِنْ إنْ تَعَذَّرَتْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ سَقَى كُلَّ مَكَانٍ مُسْتَوٍ عَلَى حِدَتِهِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ» .

(ش) : قَوْلُهُ «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ» قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْوَاضِحَةِ مَعْنَى ذَلِكَ فِي آبَارِ الْمَاشِيَةِ الَّتِي فِي الْفَلَوَاتِ؛ لِأَنَّهُ إذَا مُنِعَ فَضْلُ الْمَاءِ لَمْ يُرْعَ ذَلِكَ الْكَلَأُ الَّذِي بِذَلِكَ الْوَادِي لِعَدَمِ الْمَاءِ فَصَارَ مَنْعًا لِلْكَلَأِ.

وَقَالَ

(34/6)

. . . .

[المنتقى]

ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ إنَّ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ يَنْزِلُهَا لِلرَّعْيِ لَا لِلْعِمَارَةِ فَهُمْ وَالنَّاسُ فِي الرَّعْيِ سَوَاءٌ وَلَكِنْ يَبْدَئُونَ بِمَائِهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ بِئْرَ الْمَاشِيَةِ هِيَ مَا حَفَرَهُ الرَّجُلُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ عَلَى مَا عَهِدَهُ مِمَّا يَحْفِرُهُ الرَّجُلُ لِمَاشِيَتِهِ فِي الْبَرَارِي وَفَيَافِي الْقِفَارِ فَهَذِهِ الْبِئْرُ إذَا حُفِرَتْ فَإِنَّمَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُحْفَرَ لِشُرْبِ مَاشِيَتِهِ وَيَتَصَدَّقَ بِمَا فَضَلَ مِنْ مَائِهَا وَيُسَيِّحَهُ لِلنَّاسِ، فَاتَّفَقَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ مَا فَضَلَ عَنْهُ مِنْ مَائِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا يُبَاعُ بِئْرُ الْمَاشِيَةِ مَا حُفِرَ مِنْهَا فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إسْلَامٍ، وَإِنْ حُفِرَتْ فِي قُرْبٍ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُرِيدُ قُرْبَ الْمَنَازِلِ إذَا كَانَ إنَّمَا احْتُفِرَ لِلصَّدَقَةِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَإِنَّمَا كَرِهَ مَالِكٌ بَيْعَ مَاءِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ وَبَيْعَ أَصْلِهَا وَأَهْلُهَا أَحَقُّ بِمَائِهَا، فَإِذَا فَضَلَ عَنْهُمْ فَضْلٌ فَالنَّاسُ فِيهِ أُسْوَةٌ قَالُوا، وَأَمَّا مَنْ احْتَفَرَ بِئْرًا فِي أَرْضِهِ لِبَيْعِ مَائِهَا، أَوْ لِسَقْيِ مَاشِيَتِهِ وَلَمْ يَحْتَفِرْهَا لِلصَّدَقَةِ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا فَتَقَرَّرَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَا احْتَفَرَهُ فِي أَرْضِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا عَلَى الْمِلْكِ وَإِبَاحَةِ الْبَيْعِ حَتَّى يُبَيِّنَ أَنَّهَا لِلصَّدَقَةِ وَمَا احْتُفِرَ فِي غَيْرِ أَرْضِهِ لِلْمَاشِيَةِ، أَوْ لِلشُّرْبِ فَقَطْ وَلَمْ يَحْفِرْهَا لِإِحْيَاءِ زَرْعٍ، أَوْ غَرْسٍ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ احْتَفَرَهَا لِيَكُونَ الْمُقَدَّمُ فِي مَنْفَعَتِهَا وَلِلنَّاسِ فَضْلُهَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَحْفِرُهَا بِحَيْثُ لَا يُبَاعُ مَاؤُهَا وَلَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ إلَّا بِبَذْلِهَا فَإِنَّمَا يَنْصَرِفُ عَمَلُهَا دُونَ شَرْطٍ إلَى الْمُعْتَادِ مِنْ حَالِهَا وَعَلَى ذَلِكَ يُحْمَلُ وَبِهَذَا الْحُكْمُ يُحْكَمُ لَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَيَّنَ وَأَشْهَدَ أَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ التَّمْلِيكَ فَلَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا وَالظَّاهِرُ عِنْدِي أَنَّهُ عَلَى شَرْطِهِ وَبِهَذَا تَتَعَلَّقُ الْكَرَاهِيَةُ عِنْدِي وَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا فَإِنْ كَانَ بِالْبُعْدِ وَحَيْثُ لَا يَضُرُّ بِأَحَدٍ فَلَا اعْتِرَاضَ فِيهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بِالْقُرْبِ وَحَيْثُ يَخْشَى الِاسْتِضْرَارَ نَظَرَ فِيهِ الْإِمَامُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الْآبَارِ فَأَمَّا فِي الْمَوَاجِلِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ مَا عُمِلَ مِنْهَا فِي الصَّحَارِي وَالْفَيَافِي كَمَوَاجِلِ طَرِيقِ الْمَغْرِبِ فَإِنَّهَا كَالْآبَارِ الَّتِي تُحْتَفَرُ لِلْمَاشِيَةِ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي جِبَابِ الْبَادِيَةِ الَّتِي تَكُونُ لِلْمَاشِيَةِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُمْنَعَ فَضْلُ مَائِهَا لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ، قِيلَ لَهُ: فَالْجِبَابُ الَّتِي تُجْعَلُ لِمَاءِ السَّمَاءِ قَالَ ذَلِكَ أَبْعَدُ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ مَنْ حَفَرَ جُبًّا فَلَهُ مَنْعُ أَنْ يَشْرَبَ مِنْهُ غَيْرُهُ فَلَيْسَ كَالْبِئْرِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا عَمَلٌ لِيُتَوَصَّلَ بِهِ إلَى رَعْيِ الْكَلَأِ بِالْمَاءِ فَأَشْبَهَ الْبِئْرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَوَاجِلَ لَيْسَتْ مِمَّا يُتَّخَذُ غَالِبًا لِلْمَوَاشِي لِمَا فِيهَا مِنْ النَّفَقَاتِ وَالْمُؤَنِ وَغَالِبُ عَمَلِهَا لِلتَّمْلِيكِ إلَّا مَنْ أَعْلَنَ بِالصَّدَقَةِ إذَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا تُبَاعُ بِئْرُ الْمَاشِيَةِ وَلَا يُبَاعُ مَاؤُهَا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُبَاعُ، وَإِنْ احْتَاجَ وَلَا يُرِيدُ بِقَوْلِهِ لَا يُورَثُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ وَرَثَةُ مُحْتَفِرِهَا أَحَقَّ بِمَائِهَا.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ: " إنَّهَا لَا تُبَاعُ وَلَا تُورَثُ وَصَاحِبُهَا الَّذِي احْتَفَرَهَا أَوْ وَرَثَتُهُ أَحَقُّ بِحَاجَتِهِمْ مِنْ مَائِهَا " قَالَ: وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ أَصْحَابِنَا، وَرِوَايَتُهُمْ عَنْ مَالِكٍ قَالَ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ: لَا تَقَعُ فِي بِئْرِ الْمَاشِيَةِ الْمَوَارِيثُ بِمَعْنَى الْمِلْكِ وَلَا حَظَّ فِيهِ لِزَوْجِهِ وَلَا زَوْجٍ مِنْ بَطْنٍ عَلَى بَطْنٍ، قَالَ: وَمَنْ اسْتَغْنَى مِنْهُمْ عَنْ حَظِّهِ مِنْ الشُّرْبِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ حَظَّهُ أَحَدًا وَسَائِرُ أَهْلِ الْبِئْرِ أَوْلَى مِنْهُ، وَمَنْ غَابَ وَأَوْصَى بِثُلُثِ بِئْرِ مَاشِيَتِهِ لِإِنْسَانٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ: إنَّ الْبِئْرَ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ وَجْهٌ مِنْ الْعَطِيَّةِ كَالْهِبَةِ، قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُبَاعُ بِئْرُ الْمَاشِيَةِ؛ لِأَنَّهُ إذَا كَانَ فَضْلُهَا لِغَيْرِهِ فَقَدْ اشْتَرَى مِنْ مَائِهَا مَا يَرْوِيه وَذَلِكَ مَجْهُولٌ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالْمَنْعِ مِنْ بَيْعِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ فَظَاهِرُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: إنَّهُ كَرِهَ بَيْعَ مَوَاجِلِ الطَّرِيقِ، وَإِنَّمَا كَانَ يَعْتَمِدُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ وَهِيَ كَالْآبَارِ الَّتِي تُحْفَرُ لِلْمَاشِيَةِ، وَقَالَ فِي الْجُعْلِ وَالْإِجَارَةِ وَلَا أَرَى بَيْعَ ذَلِكَ حَرَامًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَظَاهِرُ مَا فِي الْمَجْمُوعَةِ التَّحْرِيمُ؛ لِأَنَّهُ قَالَ:.

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ، وَهَذَا الَّذِي حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ، وَأَمَّا بِئْرُ الْمَاشِيَةِ فَمَنْعُ فَضْلِ مَائِهَا لَا يَجُوزُ فَإِنَّهُ مِنْ

. . . .

[المنتقى]

بَيْع الْكَلَإِ الْمُبَاحِ.

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَلِلنَّاسِ مَا فَضَلَ، وَعَلَّلَ ذَلِكَ لِأَشْهَبَ بِأَنَّ مَا يَشْتَرِيه مَجْهُولٌ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُبَاعُ؛ لِأَنَّ لِلنَّاسِ فِيهِ حَوَائِجَ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ نَهْيُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ مَنْعِ فَضْلِ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ، وَظَاهِرُ النَّهْيِ التَّحْرِيمُ وَعَلَى ذَلِكَ مُنِعَ مِنْ أَنْ يُورِثَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى مَا قَالَ أَشْهَبُ لَجَازَ أَنْ تُورَثَ وَتُوهَبَ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ ذَلِكَ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّهُ إنَّمَا تَنْصَرِفُ الْكَرَاهِيَةُ إلَى أَنْ يَحْفِرَ أَوَّلًا بِمَعْنَى الِانْفِرَادِ بِهِ، وَأَمَّا إذَا حُكِمَ لَهُ بِحُكْمِ الْإِبَاحَةِ لِفَضِيلَةٍ فَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى التَّحْرِيمِ مِنْ مَنْعِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ الْحَدِيثِ وَمُقْتَضَى مَنْعِ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجِ مِنْ الْمُشَارَكَةِ فِيهِ وَمَنْعِ هِبَتِهِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ يَبْدَأُ بِالشُّرْبِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَتْ لَهُمْ سُنَّةٌ مِنْ تَقْدِيمِ ذِي الْمَالِ الْكَثِيرِ لَوْ قُدِّمَ عَلَى قَوْمٍ أَوْ كَبِيرٍ عَلَى صَغِيرٍ حَمَلُوا عَلَيْهِ وَإِلَّا اسْتَهَمُوا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ اسْتَحَقَّ التَّقْدِيمَ لِسَنَةٍ اسْتَمَرَّتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ مَنْ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ أُسْهِمَ بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهُ السَّبِيلُ إلَى تَقْدِيمِ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ التَّقْدِيمَ بِغَيْرِ هَذَا السَّبَبِ وَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلِأَهْلِ الْبِئْرِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْمَوَاجِلُ حَاجَتُهُمْ مِنْ الْمَاءِ لَا يُشْرِكُهُمْ فِيهَا غَيْرُهُمْ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا نَهَى أَنْ يُمْنَعَ فَضْلُ الْمَاءِ، وَأَمَّا قَدْرُ الْحَاجَةِ مِنْهُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ مَنْعٌ فَكَانَ لَهُمْ بِحَقِّ الْيَدِ وَاجِبًا، وَأَمَّا مَا فَضَلَ مِنْهُ فَالنَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا ابْنُ السَّبِيلِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُمْنَعُ ابْنُ السَّبِيلِ مِنْ مَاءِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ، وَقَدْ كَانَ يَكْتُبُ عَلَى مَنْ احْتَفَرَ أَنَّ أَوَّلَ مَا يَشْرَبُ بِهَذِهِ الْآبَارِ الْمُحْدَثَةِ أَبْنَاءُ السَّبِيلِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كُلُّ بِئْرٍ كَانَتْ مِنْ آبَارِ الصَّدَقَةِ كَبِئْرِ الْمَاشِيَةِ وَبِئْرِ السُّقْيَا أَنَّ ابْنَ السَّبِيلِ يَشْرَبُ مِنْ مَاءِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ وَلَا

يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يَرْوِيَ أَهْلُهَا فَإِنْ مَنَعَهُمْ أَهْلُ الْمَاءِ بَعْدَ رِيِّهِمْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ دِيَةُ قُرَاهُمْ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَوْ مَنَعُوهُمْ حَتَّى مَاتَ الْمُسَافِرُونَ عَطَشًا كَانَتْ لَهُمْ دِيَاتُهُمْ عَلَى عَاقِلَةِ أَهْلِ الْمَاءِ وَالْكَفَّارَةُ عَلَى كُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ كَفَّارَةٌ عَنْ كُلِّ نَفْسٍ مَعَ الْأَدَبِ الْمُوجِعِ مِنْ الْإِمَامِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ السَّبِيلِ أَنْ يَشْرَبَ وَيَسْقِيَ دَوَابَّهُ مِنْ فَضْلِ مَاءِ الْآبَارِ وَالْمَوَاجِلِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلٌ، وَقَدْ اضْطَرَّتْ دَوَابُّهُمْ إلَيْهِ وَالْمَسَافَةُ إلَى مَاءٍ آخَرَ بَعِيدَةٌ فَيَكُونُ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ أُسْوَةً إلَّا أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ تِلْكَ الْمِيَاهِ غَوْثٌ أَقْرَبُ مِنْ غَوْثِ السَّفَرِ فَيَكُونُ السَّفَرُ أَوْلَى بِهِ فِي أَنْفُسِهِمْ وَدَوَابِّهِمْ، وَقَدْ كَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي الْآبَارِ الَّتِي بَيْنَ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ ابْنُ السَّبِيلِ أَوْلَى مَنْ شَرِبَ بِهَا وَهُوَ حَسَنٌ لِاضْطِرَارِهِ إلَى ذَلِكَ وَيَتَزَوَّدُ مِنْهُ وَلَيْسَ بِأَهْلِ الْقَرْيَةِ مِثْلُ تِلْكَ الضَّرُورَةِ لِقُرْبِ غَوْثِهِمْ وَمَحَارِمِ بِئْرِهِمْ وَهُمْ مُقِيمُونَ وَالسَّفْرُ رَاحِلُونَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمَاءُ الَّذِي لِأَهْلِهِ بَيْعُهُ كَالْبِئْرِ يَحْتَفِرُهَا الرَّجُلُ فِي دَارِهِ وَأَرْضِهِ لِيَبِيعَ مَاءَهَا فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ ابْنَ السَّبِيلِ مِنْ مَائِهَا إلَّا بِالثَّمَنِ إلَّا أَنْ يَكُونَ ابْنُ السَّبِيلِ لَا ثَمَنَ مَعَهُ، وَإِنْ مُنِعَ خِيفَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَبْلُغَ الْمَاءَ فَلَا يُمْنَعُ فَإِنْ مُنِعَ جَاهَدَهُمْ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ كَانَ لَهُمْ مَنْعُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَا يَحْدُثُ فِي الْمِيَاهِ مِنْ الْحِيتَانِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبِرَكَةِ وَالْغَدْرِ وَالْبُحَيْرَةِ فِيهَا الْحِيتَانُ لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَبِيعَهَا أَهْلُهَا وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعُوا تَصَيُّدَهَا وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ سَوَّى بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا كَانَ فِي مِلْكِهِمْ، أَوْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِمْ كَالْكَلَإِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ كَانَتْ لَهُ عَيْنٌ، أَوْ غَدِيرٌ فِيهَا سَمَكٌ فَإِنْ كَانَ طَرَحَ فِيهَا سَمَكًا فَتَوَالَدَتْ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ جَاءَ مَعَ الطِّينِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يَصِيدُ فِيهِ إلَّا أَنْ يَضُرَّ بِهِ الصَّيَّادُونَ.

وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ سَحْنُونٌ: لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَرَاعِيَ أَرْضِهِ وَحِيتَانَ غَدِيرِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ وَحَوْزِهِ وَذَلِكَ سَوَاءٌ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ مِلْكًا لَهُ، وَفِي حَوْزِهِ فَلَهُ مَنْعُ النَّاسِ مِنْهُ وَمَا

. . . .

[المنتقى]

كَانَ فِي الْأَنْهَارِ وَالْخُلْجِ الَّتِي لَا تُمْلَكُ فَلَيْسَ لِمَنْ دَنَا إلَيْهِ بِسُكْنَاهُ وَحَقِّهِ أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ طَارِئًا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَأُ» قِيلَ إنَّهُ يَقْتَضِي النَّهْيَ عَنْ الذَّرَائِعِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَتَسَبَّبَ بِهِ إلَى مَنْعِ الْكَلَأِ الْمُبَاحِ لَا يَقْدِرُ عَلَى رَعْيِهِ مِنْ مَنْعِ فَضْلِ الْمَاءِ وَالْمَانِعُ فِيمَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ الْمَاءِ يَقْصِد غَالِبًا الِانْفِرَادَ بِالْكَلَأِ فَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ وَوَجَبَ عَلَى هَذَا عَلَى أَصْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِي الذَّرَائِعِ أَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ مَنْ قَصَدَ الْكَلَأَ وَمَنْ لَمْ يَقْصِدْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْكَلَأُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ فِي فَيَافِي الْأَرْضِ وَضَرْبٌ فِي الْعِمَارَةِ قَالَ مُطَرِّفٌ: فَمَا كَانَ فِي فَيَافِي الْأَرْضِ فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَمْنَعَهُ غَيْرَهُ، وَلِذَلِكَ نَهَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ مَنْعِ فَضْلِ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِذَلِكَ الْكَلَأُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنَّمَا ذَلِكَ فِي الْفَيَافِي وَالْقِفَارِ فَتَقَرَّرَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَحْمِي شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ الْكَلَأِ، وَلَوْ جَازَتْ مُبَاشَرَتُهُ بِالْمَنْعِ لَمَا احْتَاجَ الْمَانِعُ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيُتَوَصَّلَ بِهِ إلَى مَنْعِ الْكَلَأِ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ النَّهْيَ إنَّمَا تَوَجَّهَ إلَى مَنْعِ فَضْلِ الْمَاءِ وَأَنْ يُتَوَصَّلَ بِهِ إلَى مَنْعِ الْكَلَأِ وَلَمْ يَتَوَجَّهْ بِهِ إلَى الْمَنْعِ مِنْ فَضْلِ الْمَاءِ وَإِنَّمَا تَضَمَّنَ ذَلِكَ الْمَنْعَ مِنْ الْكَلَأِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَأَمَّا مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ حَمَى الْبَقِيعَ لِخَيْلِهِ» وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ حَمَى الرَّبَذَةَ وَأَنَّ عُمَرَ حَمَى سَرِفًا وَالرَّبَذَةَ فَإِنَّ ذَلِكَ إنَّمَا هُوَ أَنْ يَحْمِيَ مَوْضِعًا لَا يَقَعُ بِهِ التَّضْيِيقُ عَلَى النَّاسِ لِلْحَاجَةِ الْعَامَّةِ إلَى ذَلِكَ لِمَاشِيَةِ الصَّدَقَةِ الَّتِي يَحْتَاجُ إلَيْهَا وَالْخَيْلُ الَّتِي يَحْمِلُ عَلَيْهَا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا الْمَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْت عَلَيْهِمْ مِنْ بِلَادِهِمْ شِبْرًا أَنَّهَا لَبِلَادُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا حِمَى إلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ النَّاسُ مِنْهَا إلَّا لِمَا كَانَ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى كَإِبِلِ الصَّدَقَةِ فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إلَّا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ فَيَافِي الْأَرْضِ الَّتِي هِيَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ مِنْ حُقُوقِ قَوْمٍ مِنْ الْعَرَبِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُمْنَعُوا مِنْهَا إلَّا بِهَذَا الْوَجْهِ، وَأَمَّا مَنْعُهُمْ إيَّاهَا مِنْ غَيْرِهِمْ فَلَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَمَنْ عُرِفَ مِنْهُمْ بِمَرْعَى لِطُولِ مُقَامِهِ بِهِ، أَوْ اسْتِيلَائِهِ عَلَيْهِ وَإِسْلَامِهِ عَلَيْهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ:

مَا أَسْلَمَ عَلَيْهِ الْقَوْمُ مِنْ أَرْضِ الْأَعْرَابِ وَفَيَافِيهِمْ إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رَعْيِ مَاشِيَتِهِمْ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِمْ مِنْ قَبَائِلِ الْعَرَبِ وَالنَّاسِ الدُّخُولُ عَلَيْهِمْ فِيهَا، وَلَهُمْ مَنْعُهُمْ مِنْهَا، وَلَيْسَ لَهُمْ بَيْعُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ بِئْرِ مَاشِيَتِهِمْ هُمْ مُبْدِئُونَ بِمَائِهَا وَبِرَعْيِ كَلَئِهَا وَلَهُمْ مَنْعُ فَضْلِهَا، وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي بِئْرِ الْمَاشِيَةِ يَمُوتُ صَاحِبُهَا أَنَّهَا لِوَرَثَتِهِ لَا حَقَّ فِيهَا لِزَوْجٍ وَلَا زَوْجَةٍ إذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَلِكَ الْبَطْنِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَمْعَانَ عَنْ رِجَالٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إحْيَاءِ أَهْلِ الْبَادِيَةِ يَنْزِلُ بِهِمْ قَوْمٌ يُرِيدُونَ الْمُقَامَ مَعَهُمْ لَهُمْ مِيلٌ فِي مِيلٍ لِمَرْعَى غَنَمِهِمْ وَلِقَاحِهِمْ وَمَرَابِطِ خَيْلِهِمْ وَمَخْرَجِ نِسَائِهِمْ، وَكَانَ سَحْنُونٌ يُعْجِبُهُ حَدِيثُ ابْنِ سَمْعَانَ هَذَا وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنَّهُ قَالَ لَهُمْ مِائَتَا ذِرَاعٍ بِحَيْثُ لَا تَبِينُ الْمَرْأَةُ وَلَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ، وَهَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ ذَلِكَ مِلْكًا غَيْرَ تَامٍّ أَوْ يَمْلِكُونَ الِانْتِفَاعَ بِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: إذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً لِحَيٍّ مِنْ الْعَرَبِ فَإِنَّهَا حَقُّهُمْ فَلَهُمْ مَنْعُهَا وَمِلْكُهُمْ كَالْعُمْرِيِّ وَهُوَ بِخِلَافِ حَقِّ مَنْ شَرَى، أَوْ أَحْيَا، أَوْ وَرِثَ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، وَقَالَ غَيْرُهُمْ لَيْسَ مِلْكُهُمْ لَهَا بِالتَّامِّ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِالْمُجَاوَرَةِ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فَهَذِهِ الْأَحْمِيَةُ إنَّمَا كَانَتْ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأَرَاضِي بِالْبَقِيعِ قَدْرَ مِيلٍ فِي سِتَّةِ أَمْيَالٍ مَا بَيْنَ مِيلٍ إلَى مِيلَيْنِ وَاسْتَعْمَلَ أَبُو بَكْرٍ عَلَى حِمَايَةِ الرَّبَذَةِ قَرَظَةَ بْنَ مَالِكٍ وَكَانَ مَا حَمَى مِنْهَا قَرِيبًا مِنْ خَمْسَةِ أَمْيَالٍ فِي مِثْلِهَا وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَاسْتَعْمَلَ عَلَيْهِ مَوْلَاهُ سَلَامَةَ وَحَمَى بِسَرِفٍ نَحْوًا مِمَّا حَمَى بِالرَّبَذَةِ وَاسْتَعْمَلَ عَلَيْهِ مَوْلَاهُ هنيا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهُ فِي الْقُرَى وَمَوَاضِعِ الْعِمَارَةِ فَلَا

(ص) : (عَنْ أَبِي الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ»

[المنتقى]

يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَمَسَارِحِ الْقُرَى، أَوْ لِمُعَيَّنٍ كَأَرْضِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ فَأَمَّا مَا كَانَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ وَهُوَ مِنْ مَسَارِحِ الْقُرَى فَمَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَوَازِ قِسْمَتِهَا، أَوْ مَنَعَ ذَلِكَ فَمَنْ جَوَّزَ قِسْمَتَهَا أَجْرَاهَا مَجْرَى الْمِلْكِ الْمُعَيَّنِ، وَمَنْ مَنَعَ اقْتِسَامَهَا أَجْرَاهَا مَجْرَى مَسَارِحِ الْفَيَافِي لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ إنَّ أَهْلَهَا الَّذِينَ أَسْلَمُوا عَلَيْهَا أَحَقُّ بِهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَأَمَّا الْقُرَى وَالْأَرَضُونَ الَّتِي عَرَفَهَا أَهْلُهَا

فَلَهُمْ مَنْعُ كَلَئِهَا عِنْدَ مَالِكٍ إنْ احْتَاجُوا إلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مُحْظَرًا عَلَيْهِ، أَوْ غَيْرَ مُحْظَرٍ عَلَيْهِ أَمَّا مَا كَانَ مُحْظَرًا عَلَيْهِ فَقَدْ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ لَهُ مَنْعُهُ وَبَيْعُهُ وَمَا لَمْ يُحْظَرْ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ مَنْعُهُ إلَّا أَنْ يَحْتَاجَ إلَيْهِ لِمَاشِيَتِهِ وَدَابَّتِهِ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ لَهُ أَرْضٌ فِيهَا الْعُشْبُ أَنَّ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إنْ كَانَ لَهُ بِهِ حَاجَةٌ وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَيُخَلَّى بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهُ وَلَهُ بَيْعُ مَرَاعِي أَرْضِهِ سَنَةً بَعْدَ أَنْ يَطِيبَ وَيَبْلُغَ أَنْ يَرْعَى وَلَا يَبِيعُهُ عَامَيْنِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ: سَأَلْت ابْنَ الْقَاسِمِ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ سَأَلْت مُطَرِّفًا عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلَهُ مَنْعُ كَلَئِهَا إنْ احْتَاجَ إلَيْهِ وَإِلَّا فَلْيُخَلِّ بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهُ، وَمِنْ قَوْلِهِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ خِصْبِ أَرْضِهِ عَامَهُ ذَلِكَ إذَا بَلَغَ أَنْ يَرْعَى فَأَيُّ خِصْبٍ يُبِيحُهُ لِلنَّاسِ وَأَيُّ خِصْبٍ يَبِيعُهُ، فَقَالَ: الْخِصْبُ الَّذِي يَبِيعُهُ يَمْنَعُ النَّاسَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ إلَيْهِ مَاءٌ مَرَجَهُ وَحِمَاهُ، وَأَمَّا الَّذِي لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ وَلَا لَهُ بَيْعُهُ إلَّا أَنْ يَحْتَاجَ إلَيْهِ فَمَا كَانَ مِنْ خِصْبٍ فَدَادِينِهِ وَفُحُوصِ أَرْضِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَسَأَلْت ابْنَ الْمَاجِشُونِ عَنْ ذَلِكَ فَسَاوَى بَيْنَ الْوَجْهَيْنِ، وَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ بِخِصْبِ أَرْضِهِ الْبَيْضَاءِ كُلِّهَا الَّتِي يَزْدَرِعُهَا إنْ لَمْ يَكُنْ حِمًى وَلَا مَرَجٌ إنْ شَاءَ بَاعَ، وَإِنْ شَاءَ مَنَعَ، أَوْ رَعَى، وَإِنَّمَا لَا يَحِلُّ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا مَنْعُهُ إنْ لَمْ يَحْتَجْ إلَى رِعَايَتِهِ خِصْبُ الْقَنَاءِ مِنْ مَنْزِلِهِ، قَالَ أَصْبَغُ وَرَأَيْت أَشْهَبَ يُنْكِرُ رِوَايَةَ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لِلرَّجُلِ مَنْعَ خِصْبِ أَرْضِهِ، وَكَانَ لَا يُجِيزُ بَيْعَ الْكَلَأِ بِحَالٍ، وَإِنْ كَانَ فِي أَرْضِهِ وَحِمَاهُ وَمَرْجِهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَأُ كَالْمَاءِ الَّذِي يُجْرِيهِ اللَّهُ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ فَلَا يُمْلَكُ وَلَا يُبَاعُ وَهُوَ لِمَنْ أَنْبَتَهُ اللَّهُ فِي أَرْضِهِ لَهُ أَنْ يَحْمِيَهُ لِمَنَافِعِهِ، فَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ مِمَّنْ احْتَاجَ إلَيْهِ وَلَا يَبِيعُهُ إلَّا أَنْ يَجْتَزَّهُ وَيَحْتَمِلَهُ كَمَا يَفْعَلُ النَّاسُ فِي بَيْعِهِ، وَلَوْ كَانَ هَذَا لِمَنْ هُوَ فِي أَرْضِهِ كَانَ ذَلِكَ لِلْإِمَامِ فِي أَرْضِ الْعَنْوَةِ.

وَفَرَّقَ عِيسَى بَيْنَ مَا حُظِرَ عَلَيْهِ وَبَيْنَ مَا لَمْ يُحْظَرْ عَلَيْهِ مِنْ أَرْضِهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَا حُظِرَ عَلَيْهِ يَلْحَقُهُ الْمَضَرَّةُ بِرَعْيِ عُشْبِهِ وَالتَّوَصُّلِ إلَيْهِ بِإِفْسَادِ حِظَارِهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ: مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فِيهَا عُشْبٌ لَهُ وَحَوَالَيْهَا أَرْضٌ مَزْرُوعَةٌ لَهُ يَضُرُّ بِهِ الدُّخُولُ إلَى رَعْيِهَا مِنْ مَزَارِعِهِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ ذَلِكَ، وَهَذَا إنَّمَا يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ الرَّعْيِ لَا مِنْ الِاحْتِشَاشِ، وَأَمَّا الْمَنْعُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ فَإِنَّمَا هُوَ؛ لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالْحَظْرِ عَلَيْهِ كَمَا يَتَمَلَّكُهُ بِالِاحْتِشَاشِ لِكَوْنِهِ فِي مِلْكِهِ وَيَدِهِ، وَفَرَّقَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ بَيْنَ مَرَاعِي أَرْضِهِ وَبَيْنَ عُشْبِ مَزَارِعِهِ أَنَّ مَرَاعِيَ أَرْضِهِ لِذَلِكَ اُتُّخِذَتْ، وَأَمَّا عُشْبُ مَزَارِعِهِ فَلَمْ تُتَّخَذْ لِذَلِكَ، وَإِنَّمَا اُتُّخِذَتْ

عِنْدَهُ لِلزَّرْعِ، وَأَمَّا الْعُشْبُ فَعَلَى حُكْمِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ فِي مَنْعِ الْعُشْبِ جُمْلَةً أَنَّ أَصْلَهُ الْإِبَاحَةُ كَالْمِيَاهِ الَّتِي هِيَ فِي أَصْلٍ مُبَاحٍ وَفَرَّقَ بَيْنَ الْمِيَاهِ فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ وَالْكَلَإِ فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ أَنَّ الْكَلَأَ فِي الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ لَيْسَ مِنْ مَنَافِعِهَا الْمَقْصُودَةِ فَصَارَتْ كَظِلَالِ الثِّمَارِ الَّتِي لَيْسَ لِأَرْبَابِ الثِّمَارِ مَنْعُهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُمْنَعُ رَهْوُ بِئْرٍ قَالَ الْقَاضِي – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي مَنْعُ فَضْلِ الْمَاءِ.

وَقَدْ قَالَ ذَلِكَ جَمَاعَةٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ فِي الْوَاضِحَةِ قَالَ مَالِكٌ إنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» ، وَفِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ «وَلَا رَهْوُهَا» قَالَ أَبُو الرِّجَالِ النَّقْعُ وَالرَّهْوُ الْمَاءُ الْوَاقِفُ الَّذِي لَا يُسْقَى عَلَيْهِ

(38/6)

. . . .

[المنتقى]

أَوْ يُسْقَى عَلَيْهِ وَفِيهِ فَضْلٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ فِي تَفْسِيرِ نَقْعِ بِئْرٍ، أَوْ رَهْوِهَا الْبِئْرُ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ يَسْقِي هَذَا يَوْمًا، وَهَذَا يَوْمًا وَأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ فَيَسْقِي أَحَدُهُمَا فَيَرْوِي نَخْلَهُ وَزَرْعَهُ فِي بَعْضِ يَوْمِهِ، أَوْ يَسْتَغْنِي يَوْمَهُ ذَلِكَ عَنْ السَّقْيِ فَيُرِيدُ صَاحِبُهُ أَنْ يَسْقِيَ بِمَائِهِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ مِمَّا لَا يَنْفَعُهُ حَبْسُهُ وَلَا يَضُرُّهُ بَذْلُهُ.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ الْبِئْرُ لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ فِي حَائِطِهِ فَيَحْتَاجُ الَّذِي لَا شِرْكَ لَهُ فِي الْبِئْرِ إلَى أَنْ يَسْقِيَ حَائِطَهُ بِفَضْلِ مَائِهَا فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إلَّا لِكَوْنِ بِئْرِهِ تَهَوَّرَتْ فَيُقْضَى لَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِفَضْلِ مَاءِ جَارِهِ إلَى أَنْ يُصْلِحَ بِئْرَهُ وَيَدْخُلَ حِينَئِذٍ فِي تَفْسِيرِ الْحَدِيثِ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَخِّرَ إصْلَاحَ بِئْرِهِ اتِّكَالًا عَلَى فَضْلِ مَاءِ جَارِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَقَالَ لِي ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ هُوَ قَوْلُ ابْنِ وَهْبٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتُهُمْ عَنْ مَالِكٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ هَذَا وَجْهُ اسْتِحْقَاقِهِمْ لِلْمَاءِ بِأَنْ يَكُونَ مِنْ الْمَاءِ الَّذِي لَا يُمْلَكُ أَصْلُهُ، وَلَا مَجْرَاهُ فَيُسْقَى بِهِ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى فَمَنْ اسْتَغْنَى مِنْهُمْ عَنْ السَّقْيِ بِمَا يَسْتَحِقُّ مِنْ ذَلِكَ كَانَ

لِلْآخَرِ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ أَوْ يَكُونَ لَا مَنْفَعَةَ فِي ذَلِكَ الْمَاءِ إلَّا لِسَقْيِهَا خَاصَّةً فَإِذَا اسْتَغْنَى أَحَدُهُمَا عَنْ حِصَّتِهِ كَانَ الْآخَرُ أَوْلَى بِالِانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ تَضْيِيعِهَا وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَقُولَ أَنَا أُوثِرُ ضَيَاعَهَا عَلَى انْتِفَاعِك عِنْدِي وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ يُرِيدُ بِذَلِكَ مَنْعَ فَضْلِ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا فَضَلَ مِنْ مَاءِ رَجُلٍ عَنْ زَرْعِهِ أَوْ حَائِطِهِ فَيَسْقِي جَارُهُ بِذَلِكَ الْفَضْلِ بِشُرُوطٍ:.

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ زَرَعَ، أَوْ غَرَسَ عَلَى أَصْلِ مَاءٍ فَانْهَارَتْ الْبِئْرُ، أَوْ غَارَتْ الْعَيْنُ فَأَمَّا أَنْ يَغْرِسَ، أَوْ يَزْرَعَ عَلَى غَيْرِ أَصْلِ مَاءٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِفَضْلِ جَارِهِ إلَى أَنْ يُصْلِحَ بِئْرَهُ رَوَاهُ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَرِوَايَتُهُمْ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ أَبِي الرِّجَالِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ فَضْلُ الْمَاءِ،.

وَقَدْ رُوِيَ لَا يُمْنَعُ رَهْوُ مَاءٍ وَالرَّهْوُ الزَّائِدُ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْمِيَاهَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُوَاسَاةِ، وَلِذَلِكَ كَانَ فَضْلُ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ مُبَاحًا، وَلِذَلِكَ أَمَرَ الْأَعْلَى أَنْ يُرْسِلَ إلَى الْأَسْفَلِ مَا فَضَلَ عَنْ قَدْرِ حَاجَتِهِ مِنْ الْمَاءِ وَلَا يُؤْمَرُ بِإِرْسَالِ مَا يُمْكِنُهُ الِاسْتِئْثَارُ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْمُتَمَلَّكَاتِ فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ كَانَ مَنْ دَعَتْهُ ضَرُورَةٌ إلَى فَضْلِ مَاءِ جَارِهِ أَنْ يَكُونَ أَحَقَّ بِهِ مِنْ تَضْيِيعِهِ، أَوْ بَذْلِهِ لِغَيْرِهِ وَإِذَا كَانَتْ الشُّفْعَةُ ثَابِتَةً فِي الْأَمْلَاكِ لِرَفْعِ الضَّرَرِ بِسَبَبِهَا وَكَانَ أَصْلُهَا الْمُشَاحَّةَ فَبِأَنْ تَثْبُتَ الْمُوَاسَاةُ فِي الْمِيَاهِ لِلضَّرُورَةِ الشَّائِعَةِ فِيهَا مَعَ كَوْنِهَا مَبْنِيَّةً عَلَى الْمُوَاسَاةِ أَوْلَى وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ غَرْسٍ عَلَى غَيْرِ مَاءٍ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُضْطَرًّا.

وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَمْنَعُ الْجَارُ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ مَضَرَّةٌ بَيِّنَةٌ وَيَقْضِي بِذَلِكَ عَلَيْهِ فَالْقَضَاءُ عَلَيْهِ فِي الْمَاءِ أَبْيَنُ، وَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ فِيهَا عَامًّا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالشَّرْطُ الثَّانِي أَنْ يَخَافَ عَلَى زَرْعِهِ، أَوْ نَخْلِهِ مِنْ عَدَمِ الْمَاءِ فَإِنْ لَمْ يَخَفْ عَلَى زَرْعِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي فَضْلِ مَاءِ جَارِهِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا أُبِيحَ لَهُ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ فَإِذَا لَمْ يَخَفْ عَلَى زَرْعِهِ فَلَيْسَ بِمُضْطَرٍّ كَالَّذِي يَضْطَرُّ إلَى الطَّعَامِ وَيَجِدُ مَالَ غَيْرِهِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ مَا يَصْرِفُ عَنْهُ الضَّرُورَةَ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَعَ عَدَمِ الضَّرُورَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ أَنْ يَفْضُلَ مَاءَ صَاحِبِ الْبِئْرِ عَنْ حَاجَتِهِ وَيَسْتَغْنِي عَنْهُ فَإِنْ يَفْضُلُ عَنْهُ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَاءَهُ وَهُوَ يَحْتَاجُ إلَيْهِ قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ نَافِعٍ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا إذَا تَسَاوَيَا فِي الْحَاجَةِ فَصَاحِبُ الْمَاءِ أَحَقُّ بِهِ كَحَالَةِ الْغِنَيِّ عَنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَالشَّرْطُ الرَّابِعُ إذَا تَسَاوَيَا فِي الْمَاءِ فَصَاحِبُ الْمَاءِ أَحَقُّ أَنْ يَشْرَعَ مَنْ انْهَارَتْ بِئْرُهُ، أَوْ غَارَتْ عَيْنُهُ فِي إصْلَاحِهَا عَلَى حَسَبِ الْمَعْرُوفِ وَالْإِمْكَانِ فَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ وَاعْتَمَدَ عَلَى السَّقْيِ مِنْ مَاءِ جَارِهِ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ

(39/6)

(الْقَضَاءُ فِي الْمَرَافِقِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»

[المنتقى]
أَنْ يَسْقِيَهَا إنْ كَانَتْ رَوَتْ حَتَّى يَبْلُغَ، وَإِنَّمَا يَنْظُرُ فِي هَذَا الْمَاءِ إلَى قَدْرِ مَا نَزَلَ بِهِ.
وَقَالَ مُطَرِّفٌ فِي الْوَاضِحَةِ سَقَى بِذَلِكَ إلَى أَنْ يُصْلِحَ بِئْرَهُ، وَقَالَ مَالِكٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا إنَّمَا أُبِيحَ لَهُ مَعَ الضَّرُورَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَالَّذِي يَتْرُكُ إصْلَاحَ بِئْرِهِ وَاسْتِرْجَاعَ مَائِهِ غَيْرَ مُضْطَرٍّ وَذَلِكَ مِثْلُ الَّذِي يَضْطَرُّ إلَى أَكْلِ مَالِ غَيْرِهِ لِضَرُورَةِ عَدَمِ مَا يَشْتَرِيه لَا يُبَاحُ أَنْ يُقِيمَ وَيَأْكُلَ مِنْ مَاءِ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يُبَاحُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ قَدْرَ مَا يَبْلُغُ بِهِ إلَى مَوْضِعِ الْوُجُودِ مَعَ شُرُوعِهِ فِي ذَلِكَ.
(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَلْ يُقْضَى عَلَى صَاحِبِ فَضْلِ الْمَاءِ أَنْ لَا يَمْنَعَهُ فِي الْمُزَنِيَّةِ عَنْ عِيسَى لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَرَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِهِ، وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ لِجَارِهِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ وَجْهُ قَوْلِ عِيسَى أَنَّ هَذَا مِلْكُهُ فَكَانَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ جَارِهِ لِيُصْلِحَ بِهِ كَدَنَانِيرِهِ وَدَرَاهِمِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ» وَمَعْنَاهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَضْلُ مَائِهِ.
(فَصْلٌ) :
فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَهَلْ يَقْضِي لَهُ بِثَمَنِهِ قَالَ فِي الْمُزَنِيَّة رَوَى عَنْهُ أَصْبَغُ وَذَلِكَ عِنْدِي إذَا أَتَى بِالثَّمَنِ، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ غَيْرِهِ بِلَا ثَمَنٍ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى فِي إثْبَاتِ الثَّمَنِ أَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ وَجَبَ الْحُكْمُ بِهِ لِدَفْعِ ضَرُورَةٍ فَكَانَ ذَلِكَ بِالْعِوَضِ كَالشُّفْعَةِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي نَفْيِهِ أَنَّهُ لَمَّا حُكِمَ عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ الْمَاءِ دُونَ انْتِقَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ وَلَا انْتِقَالِهِ إلَيْهِ كَانَ ذَلِكَ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَالِاسْتِحْقَاقِ وَلِأَنَّهُ فَضْلُ مَا يُقْضَى بِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ثَمَنٌ كَبِئْرِ الْمَاشِيَةِ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ كَانَ عِنْدَهُ ثَمَنٌ فَلَهُ فَضْلُ مَا يَكُونُ بِالثَّمَنِ،

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ ثَمَنٌ سَقَيْت لَهُ بِغَيْرِ ثَمَنٍ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ فَقَدْ قَالَ فِي الْمُزَنِيَّة إنْ بَاعَهُ كَانَ جَارُهُ الَّذِي انْقَطَعَ مَاؤُهُ أَوْلَى بِهِ بِالثَّمَنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ انْتِقَالَ الْمِلْكِ مُؤَثِّرٌ فِي أَنْ يَكُونَ مَنْ يَدْفَعُ بِهِ الضَّرُورَةَ أَوْلَى بِهِ كَالشُّفْعَةِ فِي الشِّرْكِ مِنْ الْأَرَضِينَ وَالرِّبَاعِ.

[الْقَضَاءُ فِي الْمَرَافِقِ]

(ش) : قَوْلُهُ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ التَّأْكِيدَ فَيَكُونَ مَعْنَى الضَّرَرِ وَالضِّرَارِ وَاحِدًا، وَاخْتَارَ ابْنُ حَبِيبٍ هَذَا الْقَوْلَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ لَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الصَّبْرُ عَلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ لَهُ إضْرَارُهُ بِغَيْرِهِ، وَقَالَ الْخُشَنِيُّ: الضَّرَرُ هُوَ مَا لَكَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ وَعَلَى جَارِك فِيهِ مَضَرَّةٌ، وَالضِّرَارُ مَا لَيْسَ لَك فِيهِ مَنْفَعَةٌ وَعَلَى جَارِك فِيهِ مَضَرَّةٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الضَّرَرَ مَا قَصَدَ الْإِنْسَانُ بِهِ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ وَكَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى غَيْرِهِ وَأَنَّ الضِّرَارَ مَا قَصَدَ بِهِ الْإِضْرَارَ لِغَيْرِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ} [التوبة: 107] وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى الضَّرَرِ أَنْ يَضُرَّ أَحَدُ الْجَارَيْنِ بِجَارِهِ وَالضِّرَارُ أَنْ يَضُرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْبِنَاءَ يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا بِمَعْنَى الْمُفَاعَلَةِ كَالْقِتَالِ وَالضِّرَابِ وَالسِّبَابِ وَالْجِلَادِ وَالزِّحَامِ، وَكَذَلِكَ الضِّرَارُ فَنَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ أَنْ يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا وَغَيْرُهُ بِالْإِضْرَارِ بِجَارِهِ عَنْ أَنْ يَقْصِدَا ذَلِكَ جَمِيعًا وَلَيْسَ اسْتِيفَاءُ الْحُقُوقِ فِي الْقِصَاصِ مِنْ هَذَا الْبَابِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْتِيفَاءُ الْحُقُوقِ، أَوْ رَدْعٌ عَنْ اسْتِدَامَةِ ظُلْمٍ، وَإِنَّمَا الضِّرَارُ فِيمَا لَيْسَ فِيهِ إلَّا مُجَرَّدُ الْإِضْرَارِ بِصَاحِبِهِ فَأَمَّا الضَّرَرُ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ فَمِثْلُ مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي عَرَصَتِهِ مِمَّا يَضُرُّ بِجِيرَانِهِ مِنْ بِنَاءِ حَمَّامٍ، أَوْ فُرْنٍ لِلْخُبْزِ أَوْ لِسَبْكِ ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ كِيرٍ لِعَمَلِ الْحَدِيدِ أَوْ رَحًى مِمَّا يَضُرُّ بِالْجِيرَانِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ لَهُمْ مَنْعَهُ، وَقَالَهُ فِي الدُّخَانِ قَالَ وَأَرَى التَّنُّورَ خَفِيفًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ضَرَرَ الْفُرْنِ وَالْحَمَّامِ بِالْجِيرَانِ بِالدُّخَانِ الَّذِي يَدْخُلُ فِي دُورِهِمْ

(40/6)

. . . .

[المنتقى]

وَيَضُرُّ بِهِمْ وَهُوَ مِنْ الضَّرَرِ الْكَثِيرِ الْمُسْتَدَامِ وَمَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ مُنِعَ إحْدَاثُهُ عَلَى مَنْ يَسْتَضِرُّ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا الرَّحَا فَإِنَّ الَّذِي يَنَالُ مِنْهَا الْجِيرَانُ أَمْرَانِ أَحَدُهُمَا إِفْسَادُ الْجُدْرَانِ وَالثَّانِي صَوْتُهَا فَأَمَّا إِفْسَادُ الْجُدْرَانِ فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ هَذَا يَضُرُّ بِالْجُدْرَانِ يَهْدِمُهَا فَإِنَّهُ مِنْ الضَّرَرِ الَّذِي يَمْنَعُ، وَأَمَّا صَوْتُهَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْغَسَّالِ وَالضَّرَّابِ يُؤْذِي جَارَهُ وَقْعُ صَوْتِهِمَا أَنَّهُ لَا يَمْنَعُهُمَا مِنْ ذَلِكَ فَيَحْتَمِلُ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ وَجْهَ الضَّرَرِ الَّذِي يَمْنَعُ مِنْهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ عِنْدِي إنَّمَا ذَلِكَ فِي الصَّوْتِ الصَّغِيرِ الَّذِي لَيْسَ لَهُ كَبِيرُ مَضَرَّةٍ، أَوْ يَكُونُ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ وَلَا يُسْتَدَامُ، وَأَمَّا مَا كَانَ صَوْتًا شَدِيدًا أَوْ يُسْتَدَامُ كَحَوَانِيتِ الْكَمَّادِينَ تُتَّخَذُ عِنْدَ دَارِ الرَّجُلِ، أَوْ حَوَانِيتِ الصَّفَّارِينَ، أَوْ الرَّحَا الَّتِي لَهَا الصَّوْتُ الشَّدِيدُ فَإِنَّهُ ضَرَرٌ يُمْنَعُ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ ضَرَرٌ يَصِلُ إلَيْهِ فِي مَنْزِلِهِ فَتَعَلَّقَ الْمَنْعُ بِهِ كَضَرَرِ الرَّائِحَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الدَّبَّاغُ يُؤْذِي جِيرَانَهُ بِنَتِنِ دِبَاغِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ يُمْنَعُ مِنْهُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّوْتِ عَلَى أَصْلِهِمَا أَنَّ هَذَا ضَرَرٌ دَائِمٌ فَوَجَبَ أَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ كَسَائِرِ مَا يَحْدُثُ مِنْ الضَّرَرِ الْمَمْنُوعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ ذَلِكَ الْكَنِيفُ يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فَيَضُرُّ بِجِدَارِ جَارِهِ بِمَا يَدْخُلُ مِنْ الرُّطُوبَةِ وَالْبَلَلِ فِي مِلْكِ جَارِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَحْدَثَ عَلَى جَارِهِ فَسَادًا فِي مَالِهِ فَمُنِعَ مِنْهُ كَالْهَدْمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ لَهُ أَنْدَرُ إلَى جَانِبِ جِنَانِ رَجُلٍ يَضُرُّ بِهِ تِبْنُهُ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ. وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: إذَا كَانَ الْأَنْدَرُ قَبْلَ بُنْيَانِ الْجَنَّةِ لَمْ يُغَيِّرْ وَجْهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْبُنْيَانَ وَإِنْ كَانَ مُحْدَثًا فَإِنَّ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَمْنَعَ صَاحِبَ الْأَنْدَرِ، وَإِنْ كَانَ قَدِيمًا يَمْنَعُ مِنْ وُقُوعِ تِبْنِهِ فِي أَرْضِهِ كَمَا يَمْنَعُ مَاشِيَةً قَدِيمَةً مِنْ الدُّخُولِ إلَى أَرْضِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّهَا مَنْفَعَةٌ اسْتَحَقَّهَا بِالْقِدَمِ فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ رَفَعَ جِدَارَهُ فَمَنَعَ جَارَهُ مِنْ ضَوْءِ الشَّمْسِ وَمَهَبِّ الرِّيحِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَهُوَ فِي كِتَابِ الْبَيَانِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ إلَّا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ لِيَضُرَّ بِجَارِهِ دُونَ مَنْفَعَةٍ فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا فَعَلَهُ فِي مِلْكِهِ لَمْ يُوجِبْ إدْخَالَ شَيْءٍ مِمَّا لَمْ يَسْتَثْبِتْ مِنْهُ فِي مِلْكِ جَارِهِ وَلَا يَمْنَعُهُ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ مِنْ دَارِهِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ عَمَلِهِ فِي أَرْضِهِ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَوْ جَازَ ذَلِكَ لَبَطَلَ الْبُنْيَانُ؛ لِأَنَّ مَا مِنْ أَحَدٍ يَبْنِي حَائِطًا فِي آخِرِ مِلْكِهِ إلَّا وَلَا بُدَّ أَنْ يَمْنَعَ الشَّمْسَ مِنْ جَارِهِ وَيَمْنَعَ الرِّيحَ وَلَمَّا أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الْبُنْيَانِ، وَإِنْ مُنِعَ هَذَا فَكَانَ فِي مَسْأَلَتِنَا مِثْلُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ مُلَاصِقَةٌ أَنْدَرًا لِغَيْرِهِ فَأَرَادَ أَنْ يَبْنِيَ فِيهَا مَا يَمْنَعُ الرِّيحَ عَنْ الْأَنْدَرِ وَيَقْطَعُ مَنْفَعَتَهُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُمْنَعُ مَا يَضُرُّ بِجَارِهِ فِي قَطْعِ مَرَافِقِ الْأَنْدَرِ الَّتِي تَقَادَمَ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُحْدِثَ بِقُرْبِ الْأَنْدَرِ مَا يَضُرُّ بِصَاحِبِ الْأَنْدَرِ وَإِنْ احْتَاجَ إلَى الْبُنْيَانِ، وَقَدْ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وَقَالَهُ سَحْنُونٌ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ لِلْبَانِي أَنْ يَبْنِيَ فَإِنْ مَنَعَ هُبُوبَ الرِّيحِ مُنِعَ كَمَا لَوْ مَنَعَ هُبُوبَ الرِّيحِ وَضَوْءَ الشَّمْسِ مِنْ دَارِ جَارِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْأَنْدَرِ هَذِهِ الْمَنْفَعَةُ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَقْصِدَ مِنْهَا مَا يَمْنَعُ مِنْهَا كَسُكْنَى الدَّارِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اتَّخَذَ كُوًى وَأَبْوَابًا يَشْرُفُ مِنْهَا عَلَى دَارِ جَارِهِ وَعِيَالِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ قَالَ مَالِكٌ وَذَلِكَ إذَا كَانَ يَنَالُ بِالنَّظَرِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ الْبُنْيَانِ إذَا كَانَتْ مِنْ كُوًى لَاحِقَةٍ بِالسَّقْفِ، أَوْ مُقَارِبَةٍ لَا يَطَّلِعُ مِنْهَا لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَا يَطَّلِعُ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُمْنَعُ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ نَحْوَهُ وَزَادَ لَا يُكَلَّفُ الْأَسْفَلُ أَنْ يُعَلِّيَ بُنْيَانَهُ حَتَّى لَا يَرَاهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ

. . . .

[المنتقى]
مَضَرَّةٌ أَحْدَثَهَا عَلَى جَارِهِ فِي مَسْكَنِهِ فَلَزِمَهُ إزَالَتُهَا.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ بَنَى مَسْجِدًا عَلَى ظَهْرِ حَوَانِيت لَهُ وَجَعَلَ لَهُ سَطْحًا يَطَّلِعُ مِنْهُ عَلَى دَارِ رَجُلٍ فَإِنَّ بَانِيَ الْمَسْجِدِ يُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَسْتُرَ عَلَى سَطْحِ الْمَسْجِدِ وَيَمْنَعَ النَّاسَ مِنْ الصَّلَاةِ فِيهِ حَتَّى يُتِمَّ السِّتْرَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَسْجِدَ قَدْ أَحْدَثَهُ الْبَانِي وَلَا يُمْكِنُ هَدْمُهُ وَلَا يُمْكِنُ مِنْ الْإِضْرَارِ بِالرَّجُلِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْتُرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَحْدَث الضَّرَرَ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ أَحْدَثَهُ فِي دَارِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ بَنَى غُرْفَةً وَفَتَحَ فِيهَا أَبْوَابًا وَكُوًى يَطَّلِعُ مِنْهَا عَلَى قَاعَةٍ لِغَيْرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْقَاعَةِ مَنْعَهُ مِنْ ذَلِكَ، وَقَالَ هَذَا يَضُرُّ بِي إذَا بَنَيْت فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ.
وَقَالَ مُطَرِّفٌ لَهُ مَنْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَبْنِيَ وَبَعْدَ أَنْ يَبْنِيَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا مَضَرَّةَ عَلَى صَاحِبِ الْقَاعَةِ فِيهِ حِينَ بِنَائِهِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى الضَّرَرُ حَالَ حُدُوثِهِ لَا مَا يَئُولُ إلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّ مِنْ مَنَافِعِ صَاحِبِ الْقَاعَةِ أَنْ يَبْنِيَ فِيهَا دَارًا فَلَيْسَ لِمَنْ بَنَى الْغُرْفَةَ أَنْ يُحْدِثَ عَلَيْهِ مَا يَمْنَعُهُ مِنْ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ وَلَا مَا يَضُرُّهُ فِيهَا.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ عِنْدَ إحْدَاثِ الِاطِّلَاعِ أَنَّهُ يَطَّلِعُ مِنْهُ عَلَى مَوْضِعٍ لَا يَسْتَضِرُّ بِالِاطِّلَاعِ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَنَى فِي الْقَاعَةِ دَارًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَيْضًا أَنْ يَمْنَعَهُ الِاطِّلَاعَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ ذَلِكَ لِقِدَمِ اطِّلَاعِهِ قَبْلَ بِنَاءِ دَارِهِ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَأَذْكُرُ أَنِّي رَأَيْت لِابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَهُ مَنْعُهُ إذَا بَنَى وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ مَا تَقَدَّمَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي الَّذِي أَوْرَدْته لِابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْنَعْهُ بِذَلِكَ مَنْفَعَةَ أَرْضِهِ وَلَا أَدْخَلَ عَلَيْهِ ضَرَرًا بِاطِّلَاعِهِ فَإِذَا بَنَى الثَّانِي دَارًا يَضُرُّ بِهِ الِاطِّلَاعُ كَانَ لَهُ مَنْعُهُ بِتَقَدُّمِ مِلْكِهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الضَّرَرُ فِيمَا لَا يَتَزَايَدُ أَوْ فِيمَا يَتَزَايَدُ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَتَزَايَدُ فَقَدْ رَوَى يُوسُفُ بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ مُزَيْنٍ مَا كَانَ مِنْ الضَّرَرِ بَاقٍ عَلَى حَالٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَزَايَدُ كَفَتْحِ الْأَبْوَابِ وَالْكُوَى وَشِبْهِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَفْتِحُهُ مَنْ أَحْدَثَهُ بِطُولِ الزَّمَانِ وَمَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فَيُمْسِكُ عَنْهُ جَارُهُ لِمَا يَقُومُ عَلَيْهِ بَعْدَ زَمَانٍ فَمَا كَانَ يَتَزَايَدُ ضَرَرُهُ كَالْكَنِيفِ يُحْدِثُهُ فَإِنْ شَكَا جَارُهُ الضَّرَرَ بَعْدَ طُولِ زَمَانٍ فَلَهُ أَنْ يُغَيِّرَهُ، وَكَذَلِكَ مَا يَفْتَحُهُ

كَمُسْتَنْقَعِ الْمَاءِ، وَكَذَلِكَ الدِّبَاغُ إنَّ ضَرَرَ ذَلِكَ يَتَزَايَدُ فَعَلَى هَذَا الضَّرَرِ الَّذِي هُوَ أَقْدَمُ مِمَّا يَضُرُّ بِهِ لَا بِغَيْرِ قَوْلًا وَاحِدًا وَمَا أُحْدِثَ بَعْدَمَا يَضُرُّ بِهِ فَعَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَتْرُكَ الْقِيَامَ عَلَيْهِ وَالْمَنْعَ مِنْهُ حَتَّى يَطُولَ زَمَانُهُ وَيَسْتَحِقَّ فَمَا كَانَ مِنْهُ لَا يَتَزَايَدُ أَوْ يَتَزَايَدُ فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْقِسْمُ الثَّانِي أَنْ يُقَامَ بِمَنْعِهِ عِنْدَ إحْدَاثِهِ فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي الْمَنْعِ مِنْهُ وَإِزَالَةِ الضَّرَرِ بِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ فَتَحَ مَطْلَعًا عَلَى دَارِ غَيْرِهِ فَلَمَّا قَامَ عَلَيْهِ سَدَّ ذَلِكَ فَطَلَبَ أَنْ يَسُدَّهَا مِنْ خَلْفِ بَابِهَا فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلْيَقْلَعْ الْبَابَ وَيَسُدَّهُ؛ لِأَنَّ تَرْكَ الْبَابِ يُوجِبُ الْحِيَازَةَ بَعْدَ الْيَوْمِ يَشْهَدُونَ لَهُ أَنَّهُمْ يَعْرِفُونَ هَذَا الْبَابَ مُنْذُ سِنِينَ كَثِيرَةٍ فَيَصِيرُ حِيَازَةً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَاعَ دَارًا، وَقَدْ أَحْدَثَ عَلَيْهِ جَارُهُ مَطْلَعًا، أَوْ مَجْرَى مَاءٍ، أَوْ غَيْرَهُ مِنْ وُجُوهِ الضَّرَرِ فِيمَا لَهُ فِيهِ الْقِيَامُ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: إنْ كَانَ الْمَانِعُ لَمْ يَقُمْ فِي ذَلِكَ حَتَّى بَاعَهَا فَلَا قِيَامَ لِلْمُشْتَرِي فَلَوْ كَانَ قَدْ قَامَ فَخَاصَمَ فَلَمْ يَتِمَّ لَهُ الْحُكْمُ حَتَّى بَاعَ بَعْدَ الْقِيَامِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقُومَ وَيَحِلَّ مَحَلَّهُ.

وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَرْكَ مَنْ أَحْدَثَ عَلَيْهِ الضَّرَرَ الْقِيَامُ فِي ذَلِكَ حَتَّى بَاعَ يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ وَأَنَّهُ بَاعَ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ قَدْ تَخَلَّى عَنْهُ لِمُحْدِثِهِ وَإِذَا بَاعَ بَعْدَ الْقِيَامِ فِيهِ فَقَدْ أَظْهَرَ أَنَّهُ لَمْ يُبِحْ لَهُ ذَلِكَ وَلَا أَقَرَّهُ عَلَيْهِ، وَقَدْ بَاعَ الدَّارَ بِجَمِيعِ مَنَافِعِهَا وَإِزَالَةُ الضَّرَرِ مِنْ جُمْلَةِ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ كَانَتْ فِي دَارِهِ شَجَرَةٌ إذَا صَعِدَ فِيهَا لِيَجْنِيَهَا اطَّلَعَ عَلَى دَارِ جَارِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَانَتْ قَدِيمَةً، أَوْ حَدِيثَةً بِخِلَافِ الْغُرْفَةِ وَلَكِنْ يُؤْذِنُ جَارَهُ وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ نَحْوَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ هَذَا الِاطِّلَاعُ مِمَّا يُسْتَدَامُ، وَإِنَّمَا يُفْعَلُ فِي النُّدْرَةِ عَلَى وَجْهِ الِاجْتِنَاءِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ وَاَللَّهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ»)

[المنتقى]
وَتَحْصِيلُ الْمَنَافِعِ لَا عَلَى وَجْهِ الِاطِّلَاعِ وَالنَّظَرِ كَمَا لَوْ اطَّلَعَ عَلَى سَقْفِهِ لِإِصْلَاحِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا كُلُّهُ فِي الضَّرُورَةِ، وَأَمَّا الْعَامُّ فَمِثْلُ تَضْيِيقِ الطَّرِيقِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُ فَهَذَا يُمْنَعُ مِنْهُ، وَأَمَّا إخْرَاجُ الْعَسَاكِرِ وَالْأَجْنِحَةِ عَلَى الْحِيطَانِ إلَى طُرُقِ الْمُسْلِمِينَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَاشْتَرَى مَالِكٌ دَارًا لَهَا عَسْكَرٌ فَقَالَ إلَّا أَنْ يَكُونَ جَنَاحًا بِأَسْفَلِ الْجِدَارِ حَيْثُ يَضُرُّ بِأَهْلِ الطَّرِيقِ فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْهُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُمْنَعُ مِنْهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ يَحْتَازُهَا لَا مَضَرَّةَ فِيهَا عَلَى غَيْرِهِ وَلَا تَضْيِيقَ لِفِنَائِهِ فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ كَضَوْءِ السِّرَاجِ وَظِلِّ الْحَائِطِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَنَى بُنْيَانًا يُطِلُّ مِنْهُ عَلَى غَيْرِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ مَنْ بَنَى عَلَى شَرَفٍ يُطِلُّ مِنْهُ عَلَى مَوْرِدَةِ الْقَرْيَةِ عَلَى قَدْرِ غَلْوَةٍ، أَوْ غَلْوَتَيْنِ فَإِنْ كَانَ لِإِشْرَافِ مَكَانِهِ فَقَطْ لَمْ يُمْنَعْ، وَإِنْ وَجَدَ عَنْهُ مَنْدُوحَةً، وَكَذَلِكَ إنْ أَطَلَّ مِنْ ذَلِكَ الشَّرَفِ عَلَى دُورِ جِيرَانِهِ أَنَّهُ لَمْ يُمْنَعْ إذَا كَانَ ذَلِكَ حَالَ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَإِنْ كَانَ اطِّلَاعُهُ عَلَى الْمَوْرِدَةِ يُعْلِيه فَتْحُ بَابِهَا إلَى الْمَوْرِدَةِ، أَوْ كُوًى مُنِعَ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ خَلْقِ الْبَارِي تَعَالَى وَحَالَ بُقْعَةِ الْأَرْضِ لَمْ يُمْنَعْ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ قَدْ تَقَادَمَ وَاسْتَحَقَّ، وَإِنَّمَا يُغَيَّرُ الْمُحْدَثُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالضَّرَرُ عَلَى ضَرْبَيْنِ مُحْدَثٌ وَقَدِيمٌ فَأَمَّا الْمُحْدَثُ فَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُهُ، وَأَمَّا الْقَدِيمُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي قَنَاةٍ قَدِيمَةٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ لَا يُغَيِّرُ الْقَدِيمَ وَإِنْ أَضَرَّ بِجَارِهِ، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي الْأَفْرَانِ تُوقَدُ لَلْفَخَّارِينَ بَيْنَ دُورِ قَوْمٍ رُبَّمَا شَكَا جِيرَانُهَا دُخَانَهَا أَنَّ الْقَدِيمَ مِنْهَا لَا يَعْرِضُ لَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ كَانَتْ لَهُ كُوَّةٌ قَدِيمَةٌ يَضُرُّ بِجَارِهِ لَا أَمْنَعُهُ مِنْ الْقَدِيمِ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى نَصِّ غَيْرِ مَا ذُكِرَ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي تِبْنِ الْأَنْدَرِ فَإِنَّهُمَا مُنِعَا مِنْهُ وَيَلْزَمُهُمَا مِثْلُ ذَلِكَ فِي

الْقَنَاةِ الْقَدِيمَةِ فِي الْحَائِطِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : «نَهْيُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ» رَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ وَالتَّرْغِيبِ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْجَارِ وَلَا يُقْضَى بِهِ، وَقَدْ كَانَ أَبُو الْمُطَّلِبِ يَقْضِي بِهِ عِنْدَنَا وَمَا أَرَاهُ إلَّا دَلَالَةً عَلَى الْمَعْرُوفِ وَإِنَّنِي مِنْهُ فِي شَكٍّ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ هُوَ أَمْرٌ رَغَّبَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ وَلَا يَقْضِي بِهِ عَلَيْهِ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إلَّا أَنَّ ظَاهِرَ الْأَمْرِ عِنْدَ مَالِكٍ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِهِ الْوُجُوبُ وَلَكِنَّهُ يَعْدِلُ عَنْهُ بِالدَّلِيلِ وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ هُوَ عَلَى الْوُجُوبِ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ مَضَرَّةٌ بَيِّنَةٌ عَلَى صَاحِبِ الْجِدَارِ وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْجِدَارَ مِلْكٌ مَوْضُوعُهُ الْمُشَاحَّةُ فَجَازَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنَافِعَهُ بِغَيْرِ ضَرُورَةٍ كَرُكُوبِ دَابَّتِهِ وَلِبَاسِ ثَوْبِهِ، وَقَدْ كَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَصِلُ بِهَذَا الْحَدِيثِ مَالِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ وَاَللَّهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ فَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُهُ عَلَى الْوُجُوبِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُهُ عَلَى النَّدْبِ لَكِنَّهُ كَانَ يُوَبِّخُ مَنْ كَانَ يَتْرُكُ إبَاحَةَ ذَلِكَ لِجَارِهِ وَيَشُحُّ بِحَقِّهِ فَكَانَ يَجْرِي إلَى تَوْبِيخِهِ عَلَى تَرْكِ الْأَخْذِ بِمَا نَدَبَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَيْهِ وَرَغَّبَ فِيهِ، وَكَذَلِكَ إعْرَاضُ مَنْ كَانَ يُعْرِضُ عَنْهُ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ جَمَاعَةٌ مِنْ عُلَمَاءِ الصَّحَابَةِ كَانُوا يَحْمِلُونَهُ عَلَى النَّدْبِ وَيَعْرِضُونَ عَنْ حَمْلِ أَبِي هُرَيْرَةَ لَهُ عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ مِنْ الْوُجُوبِ، وَإِنْ أَخَذُوا بِهِ بِخَاصَّةِ أَنْفُسِهِمْ وَأَبَاحُوا ذَلِكَ لِمَنْ جَاوَرَهُمْ رَغْبَةً فِيمَا رَغَّبَ فِيهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَمُبَادَرَةً إلَى مَا نَدَبَ إلَيْهِ وَيَحْتَمِل أَنْ يَكُونَ جَمَاعَةٌ مِنْ التَّابِعِينَ عَلِمُوا مِنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُهُ عَلَى النَّدْبِ وَالتَّرْغِيبِ وَيَعِيبُ مَنْ يَتْرُكُهُ وَلَا يَعْمَلُ بِهِ فَيُعْرِضُونَ عَمَّا يَدْعُوهُمْ

(43/6)

. . . .

[المنتقى]

إلَيْهِ وَيُؤْثِرُونَ التَّمَسُّكَ بِمَا لَهُمْ التَّمَسُّكُ بِهِ وَيُؤَيِّدُ هَذَا التَّأْوِيلَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَرَى إلْزَامَهُمْ ذَلِكَ لَحَكَمَ بِهِ وَوَبَّخَ الْحُكَّامَ عَلَى تَرْكِ الْحُكْمِ بِهِ وَلَمْ يُوَبِّخْ النَّاسَ عَلَى تَرْكِ الْإِبَاحَةِ لِمَا يَلْزَمُهُمْ إبَاحَتُهُ؛ لِأَنَّ

الْحُكَّامَ لَهُمْ إجْبَارُهُمْ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي عَلَى رِوَايَةِ زِيَادِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ فِي الْقَضَاءِ بِالْمَمَرِّ فِي أَرْضِ الرَّجُلِ لِجَارِهِ إذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ أَنْ يَكُونَ فِي مَسْأَلَتِنَا مِثْلُهُ فَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ عَلَى ظَاهِرِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَكُلُّ مَا طَلَبَهُ جَارُهُ مِنْ فَتْحِ بَابٍ وَإِرْفَاقٍ بِمَاءٍ أَوْ مُخْتَلَفٍ فِي طَرِيقٍ، أَوْ فَتْحِ طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ وَشِبْهِ ذَلِكَ فَهُوَ مِثْلُ ذَلِكَ لَا يَنْبَغِي فِي التَّرْغِيبِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِمَّا لَا يَضُرُّهُ وَلَا يَنْفَعُهُ وَلَا يُحْكَمُ بِهِ عَلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ أَبَاحَ لِجَارِهِ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يَنْزِعُهُ إلَّا أَنْ يَحْتَاجَ إلَى جِدَارِهِ لِأَمْرٍ لَا يُرِيدُ بِهِ الضَّرَرَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهَا طَالَ الزَّمَانُ أَمْ قَصُرَ احْتَاجَ إلَى جِدَارِهِ، أَوْ اسْتَغْنَى عَنْهُ مَاتَ، أَوْ عَاشَ بَاعَ، أَوْ وَرِثَ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ صَاحِبَ الْجِدَارِ أَمْلَكُ بِجِدَارِهِ، وَقَدْ أَبَاحَ لِجَارِهِ مَنْفَعَةً كَلَّفَهُ بِهَا مُؤْنَةً وَنَفَقَةً فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْطِلَ عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ وَمَا يَمُونُ بِمُجَرَّدِ الْإِضْرَارِ بِهِ فَإِذَا كَانَتْ لَهُ حَاجَةٌ كَانَ أَحَقَّ بِمَالِهِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ قَدْ جَاءَ أَنْ لَا يَمْنَعَهُ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ ذَلِكَ عَلَى الْحَضِّ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مَا رُوِيَ وَإِذَا أَذِنَ لَهُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّهَا عَطِيَّةٌ يَتَكَلَّفُ مِنْ أَجْلِهَا مُؤْنَةٌ وَعَمَلٌ كَمَا لَوْ وَعَدَهُ أَنْ يُعِيرَهُ شَيْئًا أَوْ يُعْطِيَهُ إيَّاهُ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئًا.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَلْزَمُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ الظَّاهِرِ مِنْ قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إذَا أَذِنَ لَهُ فَقَدْ لَزِمَهُ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ إذَا أَذِنَ لَهُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقَالَا: إنَّ ذَلِكَ مُخْتَلَفٌ فِيمَا أَذِنَ فِيهِ مِمَّا يَقَعُ فِيهِ الْعَمَلُ وَالِارْتِفَاقُ مِنْ غَرْزِ الْخَشَبِ وَبِنَاءِ أَسَاسِ جِدَارٍ وَالْإِرْفَاقِ بِمَاءِ الْعُيُونِ وَالْآبَارِ لِمَنْ يُنْشِئُ عَلَيْهَا غَرْسًا وَيَبْتَدِئُ عَمَلًا مِمَّا قَلَعَهُ وَرَدَّهُ كَمَا كَانَ فَسَادًا، أَوْ ضَرَرًا صَغُرَتْ الْمُؤْنَةُ، أَوْ عَظُمَتْ فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَاشَ، أَوْ مَاتَ بَاعَ، أَوْ وَرِثَ احْتَاجَ أَوْ اسْتَغْنَى وَهُوَ كَالْعَطِيَّةِ وَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ لَا يَتَكَلَّفُ فِيهِ كَبِيرُ عَمَلٍ وَلَا إنْفَاقٌ مِنْ فَتْحِ بَابٍ، أَوْ فَتْحِ طَرِيقٍ إلَى مَالِ الْآذِنِ، أَوْ أَرْضِهِ، أَوْ إرْفَاقٍ بِالشُّفْعَةِ، أَوْ لِسَقْيِ شَجَرَةٍ قَدْ سُقِيَتْ قَبْلَ ذَلِكَ ثُمَّ نَضَبَ مَاؤُهَا فَهَذَا لَهُ الرُّجُوعُ إذَا شَاءَ وَيَقْطَعُ مَا أَذِنَ فِيهِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَاهُ فِي فَتْحِ الْبَابِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إلَّا فَتْحٌ يَدْخُلُ مِنْهُ وَيَخْرُجُ فَصَحِيحٌ جَارٍ عَلَى أَصْلِهِمَا، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ مِثْلَ قَوْلِهَا.

وَقَالَ أَصْبَغُ ذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ عِنْدِي مَا فِيهِ عَمَلٌ وَإِنْفَاقٌ وَمَا لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إذَا أَبَاحَهُ وَأَتَى عَلَيْهِ مِنْ الزَّمَانِ مَا يُعَارُ مِثْلُهُ إلَى مِثْلِ ذَلِكَ الزَّمَانِ فَلَهُ مَنْعُهُ إلَّا فِي الْغَرْسِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ آخَرُ) فَإِذَا قُلْنَا لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيمَا فِيهِ إنْفَاقٌ وَعَمَلٌ مَعَ إطْلَاقِ الْإِذْنِ فَإِنْ شَرَطَ الرُّجُوعَ فِي

ذَلِكَ مَتَى شَاءَ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ الشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ شَرْطِ الضَّرَرِ وَالتَّغْرِيرِ بِالْعَامِلِ وَالْإِذْنُ نَافِذٌ بَعْدَ الْعَمَلِ وَهُوَ قَبْلَ الْعَمَلِ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ غَيْرُ نَافِذٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ فَاتَ بِالْعَمَلِ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ عِوَضٌ فَيَرُدُّوا مَا قَبْلَ الْعَمَلِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ لِمَا قُرِنَ بِهِ مِنْ الشَّرْطِ الَّذِي لَا يَجُوزُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَمَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ لِعَدَمِ الْإِنْفَاقِ فِيهِ مَعَ إطْلَاقِ الْإِذْنِ فَإِذَا قَيَّدَهُ بِأَجَلٍ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْأَجَلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ مَنْفَعَةً مُقَدَّرَةً بِزَمَنٍ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي هِبَتِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ مَالِكٍ فَأَبَاحَ لَهُ وَضْعَ الْخَشَبِ إبَاحَةً مُطْلَقَةً مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِأَجَلٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ عَنْهُ فِيمَنْ أَبَاحَ لِرَجُلٍ الْبِنَاءَ فِي عَرَصَتِهِ ثُمَّ أَرَادَ مَنْعَهُ قَبْلَ أَنْ يَبْنِيَ فَلَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ مَا ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إخْرَاجُهُ، وَقَدْ لَزِمَهُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ

(44/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنْ الْعَرِيضِ فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ فَأَبَى مُحَمَّدٌ فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ لَك مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّك؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاك مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ لَك نَافِعٌ تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا وَهُوَ لَا يَضُرُّك؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاَللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاَللَّهِ

[المنتقى]

أَذِنَ فِيمَا لَهُ مَنْعُهُ فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَتَعَلَّقَ حَقُّ الْمَأْذُونِ لَهُ فِيهِ بِالْعَمَلِ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إذَا أَذِنَ لَهُ فِي عَمَلٍ يَلْزَمُهُ بِهِ التَّمَوُّنُ وَالنَّفَقَةُ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا قَالَ اشْتَرِ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَأَنَا أُسَلِّفُك ثَمَنَهَا.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا إذَا بَنَى ثُمَّ أَرَادَ إخْرَاجَهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ إلَّا إنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ وَرَوَى الدِّمْيَاطِيُّ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ وَإِنْ أَعْطَاهُ مَا أَنْفَقَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَتَهُ قَائِمًا وَاخْتَارَهُ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي كُتُبِهِ لَهُ إخْرَاجُهُ وَيَأْمُرُهُ بِقَلْعِ بُنْيَانِهِ، أَوْ يُعْطِيه قِيمَتَهُ مَنْقُوضًا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ لَازِمٍ؛ لِأَنَّهُ إذْنٌ فِي مَنْفَعَةٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَلَكِنَّهُ لَمَّا تَمَوَّنَ وَأَنْفَقَ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ إلَّا أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ مَا كَانَ إذْنُهُ سَبَبًا لِإِتْلَافِهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ لِمَا اقْتَرَنَ بِالْوَعْدِ مِنْ النَّفَقَةِ وَالْمُؤْنَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَلِلْآذِنِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ مَتَى شَاءَ وَالْمُعَارُ مُفَرِّطٌ حَيْثُ لَمْ يَتَوَثَّقْ بِضَرْبِ الْأَجَلِ وَبِهَذَا احْتَجَّ أَشْهَبُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا إخْرَاجُهُ إذَا دَفَعَ إلَيْهِ حَقُّهُ فَفِي نَوَادِرِ أَبِي مُحَمَّدٍ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ يَدْفَعُ إلَيْهِ مَا أَنْفَقَ قَالَ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إذَا دَفَعَ مَا أَنْفَقَ، وَهَذَا الَّذِي ثَبَتَ فِي كِتَابِي فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ عَنْ الْمُغِيرَةِ وَابْنِ كِنَانَةَ يَدْفَعُ إلَيْهِ قِيمَةَ بُنْيَانِهِ قَائِمًا وَنَحْوَهُ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ وَجْهُ قَوْلِهِ يَدْفَعُ إلَيْهِ مَا أَنْفَقَ أَنَّ ذَلِكَ الَّذِي يُمَوِّنُهُ لِسَبَبِ إذْنِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ إذَا أَرَادَ إخْرَاجَهُ عَدَمُ ذَلِكَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ قِيمَةَ نَفَقَتِهِ، وَأَمَّا مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ تَبْذِيرًا وَخَطأً فَلَمْ يَجِدْهُ عَلَيْهِ إذْنُهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ أَنَّ الْبُنْيَانَ قَدْ مَلَكَهُ بِتَمَامِهِ بِالنَّفَقَةِ وَالتَّمَوُّنِ وَهُوَ الَّذِي أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ بِإِخْرَاجِهِ بَعْدَ الْإِذْنِ فَعَلَيْهِ غُرْمُ قِيمَتِهِ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَيْسَ لَهُ إخْرَاجُهُ بِقُرْبِ تَمَامِ بُنْيَانِهِ فَمَتَى يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ إذَا اسْتَكْمَلَ مَا يَرَى النَّاسُ أَنَّهُ بُنِيَ لِيَسْكُنَ مِثْلَ هَذِهِ الْمُدَّةِ لِطُولِهَا وَرَوَى عَنْهُ الدِّمْيَاطِيُّ إذَا مَضَى مِنْ الْمُدَّةِ مِقْدَارُ مَا يُعَارُ إلَى مِثْلِهِ فَالْمَعْنَيَانِ مُتَقَارِبَانِ وَرَوَى مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ كُلَّ بَانٍ وَغَارِسٍ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِإِذْنِهِمْ، أَوْ عَلَيْهِمْ فَلَمْ يَمْنَعُوهُ فَلَهُ قِيمَةُ ذَلِكَ قَائِمًا كَالْبَانِي بِشُبْهَةٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَقْتَضِي تَمْلِيكَ الرَّقَبَةِ وَإِنَّمَا تَقْتَضِي الْإِرْفَاقَ بِالْمَنَافِعِ مُدَّةً فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْمُدَّةُ مُقَدَّرَةً بِالْأَجَلِ رَجَعَ فِي ذَلِكَ إلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وَقَوْلُ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لَهُمَا مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إخْرَاجُهُمَا بِإِبْطَالِ مَا بَنَيَاهُ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُمَا قِيمَتَهُ قَائِمًا كَالْبَانِي بِشُبْهَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ ضَرَبَ لِذَلِكَ أَجَلًا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ وَقَبْلَ الْبِنَاءِ وَلَا بَعْدَهُ قَالَ؛ لِأَنَّك قَدْ أَوْجَبْت ذَلِكَ لَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمَ لِمَا تَقَرَّرَ بِالْعَقْدِ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ يَقُولُ لِرَجُلٍ أُسَلِّفُك، أَوْ أَرْهَنُك وَلَمْ يُقَرِّرْ السَّلَفَ وَلَا الْهِبَةَ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ، وَلَوْ قَدَّرَهَا لَلَزِمَهُ ذَلِكَ إذَا عَلَّقَ ذَلِكَ بِعَقْدٍ، أَوْ عَمَلٍ فِيهِ نَفَقَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ هَكَذَا تَقَيَّدَ فِي كِتَابِي فِي رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى، وَفِي كِتَابِ أَبِي الْحَسَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ فِي اخْتِلَافِ الْمُوَطَّآتِ، وَقَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الصُّورِيُّ سَأَلْت أَبَا مُحَمَّدٍ عَبْدَ الْغَنِيِّ عَنْ ذَلِكَ

فَقَالَ لِي: كُلُّ النَّاسِ يَقُولُونَ خَشَبُهُ عَلَى الْجَمْعِ غَيْرَ أَبِي جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ خَشَبَةٌ عَلَى التَّوْحِيدِ وَالْمَعْنَى مُتَقَارِبٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(45/6)

لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِك فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الضَّحَّاكَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ وَهُوَ الْمَاءُ يَخْتَلِجُ مِنْ شَقِّ النَّهْرِ وَالْعَرِيضُ مَوْضِعٌ، أَوْ نَهْرٌ بِقُرْبِ الْمَدِينَةِ وَكَانَ بَيْنَ الْخَلِيجِ وَأَرْضِ الضَّحَّاكِ أَرْضٌ لِمُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ فَأَرَادَ أَنْ يُمِرَّهُ فِيهِ فَمَنَعَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ فَاحْتَجَّ عَلَيْهِ الضَّحَّاكُ بِأَنْ قَالَ لَهُ لِمَ تَمْنَعُنِي وَلَك مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ مِنْهُ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّك يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ الضَّحَّاكُ أَنْ يُمِرَّهُ فِي أَرْضِهِ بِهَذَا الشَّرْطِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَنْ يَشْرَبَ بِهِ مَتَى شَاءَ وَمِثْلُ هَذَا عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ مِقْدَارَ شُرْبِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا مَجْهُولٌ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ فِيمَنْ أَعْطَى رَجُلًا أَرْضَ حَائِطٍ لَهُ وَتُرَابَهُ عَلَى أَنْ يَبْنِيَهُ الرَّجُلُ بِطُوبِهِ وَنَفَقَتِهِ فَإِذَا تَمَّ الْجِدَارُ حَمَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ مَا شَاءَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَيْسَ إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَلَا مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْلُومٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ مَا يَمُرُّ فِي أَرْضِك مِنْ الْمِيَاهِ إنْ كَانَ مَجْرَى الْمَاءِ مُتَّصِلًا بِأَرْضِهِ فَيَصِلُ فِي أَرْضِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ، وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ مَجْرًى عَلَى غَيْرِ أَرْضِ مُحَمَّدٍ فَأَرَادَ الضَّحَّاكُ أَنْ يَجْعَلَ مَجْرَاهُ عَلَى أَرْضِ مُحَمَّدٍ لِيَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إلَى سَقْيِ أَرْضِهِ فَيَكُونَ مُحَمَّدٌ أَحَقَّ بِهِ؛ لِأَنَّهُ الْأَعْلَى.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ لَهُ مَاءٌ وَرَاءَ أَرْضٍ وَلَهُ أَرْضٌ دُونَ أَرْضٍ فَأَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي ذَلِكَ وَرَوَاهُ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ كَانَ يُقَالُ يُحْدِثُ لِلنَّاسِ أَقْضِيَةً بِقَدْرِ مَا يُحْدِثُونَ مِنْ الْفُجُورِ قَالَ مَالِكٌ وَأَخَذَ بِهَا مَنْ يُوثَقُ بِهِ فَلَوْ كَانَ مُعْتَدِلًا فِي زَمَانِنَا هَذَا كَاعْتِدَالِهِ فِي زَمَانِ عُمَرَ رَأَيْت أَنْ يُقْضَى لَهُ بِإِجْرَاءِ مَائِهِ فِي أَرْضِك؛ لِأَنَّك تَشْرَبُ مِنْهُ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّك وَلَكِنْ فَسَدَ النَّاسُ وَاسْتَحَقُّوا التُّهَمَ فَأَخَافُ أَنْ يَطُولَ الزَّمَانُ وَيَنْسَى مَا كَانَ عَلَيْهِ جَرْيُ هَذَا الْمَاءِ، وَقَدْ يَدَّعِي جَارُك عَلَيْك بِهِ دَعْوَى فِي أَرْضِك.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ نَحْوَهُ وَرَوَى زِيَادُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَضُرَّ بِهِ فَلْيَقْضِ عَلَيْهِ بِمُرُورِهِ فِي أَرْضِهِ، وَإِنْ أَضَرَّ بِهِ مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ كَانَتْ أَرْضُك أُحْيِيَتْ بَعْدَ إحْيَاءِ عَيْنِهِ وَأَرْضِهِ كَانَ لَهُ الْمَمَرُّ فِي أَرْضِك وَأَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِيهَا إلَى أَرْضِهِ بِالْقَضَاءِ وَإِنْ كَانَتْ أَرْضُك قَبْلَ عَيْنِهِ وَقَبْلَ أَرْضِهِ فَلَيْسَ فِي أَرْضِك مَمَرٌّ إلَى عَيْنِهِ وَلَا لِعَيْنِهِ مَمَرٌّ فِي أَرْضِك إلَى أَرْضِهِ.

فَعَلَى هَذَا يَحْتَمِلُ فِعْلُ عُمَرَ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى ظَاهِرِهِ وَلِمَالِكٍ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: الْمُخَالَفَةُ لَهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَاخْتَارَهَا عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّتِهِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا يَحْلِبَنَّ أَحَدُكُمْ مَاشِيَةَ أَخِيهِ إلَّا بِإِذْنِهِ» وَاللَّبَنُ يَتَجَدَّدُ وَيَخْلُفُهُ غَيْرُهُ وَالْأَرْضُ الَّتِي يَمُرُّ فِيهَا بِالسَّاقِيَةِ لَا يُعْتَاضُ مِنْهَا.

وَالثَّانِي الْمُوَافَقَةُ لَهُ عَلَى وَجْهٍ وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مُخَالَفَةَ أَهْلِ زَمَنِ مَالِكٍ لِأَهْلِ زَمَنِ عُمَرَ فِي هَذَا الْحُكْمِ إنَّمَا كَانَ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَأَنَّ أَهْلَ زَمَنِهِ قَوِيَتْ فِيهِمْ التُّهْمَةُ بِاسْتِحْلَالِ مَا لَمْ يَكُنْ يَسْتَحِلُّهُ أَهْلُ زَمَنِ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَأَنَّ حُكْمَ ابْنِ الْخَطَّابِ تَمَثَّلَ فِي الْأَزْمِنَةِ الَّتِي يَعُمُّ أَهْلَهَا وَيَغْلِبُ عَلَيْهِمْ الصَّلَاحُ وَالدِّينُ وَالتَّحَرُّجُ عَمَّا لَا يَحِلُّ وَأَنَّ الزَّمَنَ الَّذِي يَعُمُّ أَهْلُهُ أَوْ يَغْلِبُ عَلَيْهِمْ اسْتِحْلَالُ أَمْوَالِ النَّاسِ بِغَيْرِ الْحَقِّ لَوَجَبَ أَنْ يُحْكَمَ فِيهِمْ بِالْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَطُولُ الْأَمْرُ فَيَدَّعِي صَاحِبُ الْمَاءِ الْمَمَرَّ فِي أَرْضِ مَنْ قُضِيَ لَهُ بِإِمْرَارِهِ فِي أَرْضِهِ فَيَدَّعِي مِلْكَ رَقَبَةِ الْمَمَرِّ وَيَدَّعِي فِيهَا حُقُوقًا فَيَشْهَدُ لَهُ مَا قَضَى لَهُ بِهِ وَهَذِهِ رِوَايَةُ أَشْهَبَ وَاخْتَارَهَا ابْنُ كِنَانَةَ، وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أَرْضُ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ إنَّمَا صَارَتْ إلَيْهِ بِأَنْ أَحْيَاهَا بَعْدَ أَنْ أَحْيَا الضَّحَّاكُ بْنُ خَلِيفَةَ أَرْضَهُ وَمَلَكَ مَاءَهُ.

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: الْأَخْذُ بِقَوْلِ عُمَرَ وَحَمْلُهُ عَلَى إطْلَاقِ لَفْظِهِ وَهِيَ رِوَايَةُ زِيَادِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَنْدَلُسِيِّ حَكَاهَا الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِهِ وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وَالضِّرَارُ إدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى الْجَارِ دُونَ مَنْفَعَةٍ

(46/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إلَى نَاحِيَةٍ مِنْ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ إلَى أَرْضِهِ فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ فَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ) .

لِمَنْ جَوَّزَ ذَلِكَ الضَّرَرَ وَأَنْكَرَ الشَّافِعِيُّ عَلَى مَالِكٍ أَنَّهُ رَوَى حَدِيثَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَلَمْ يُرْوَ عَنْ أَحَدٍ مِنْ الصَّحَابَةِ خِلَافُهُ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ وَلَيْسَ كَمَا أَنْكَرَ فَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ مِمَّنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ وَخَالَفَ عَلَى مَنْعِهِ ذَلِكَ، وَلَوْ اعْتَقَدَ أَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الضَّحَّاكِ بْنِ خَلِيفَةَ لَمَا أَقْسَمَ عَلَى مَنْعِهِ بِحَضْرَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ عَلَى أَنَّنَا ذَكَرْنَا وُجُوهًا مِنْ مُوَافَقَةِ مَالِكٍ لِعُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي هَذَا الْحُكْمِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لَمْ يَقْضِ بِذَلِكَ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، وَإِنَّمَا أَقْسَمَ عَلَيْهِ لَمَّا أَقْسَمَ تَحَكُّمًا عَلَيْهِ فِي الرُّجُوعِ إلَى الْأَفْضَلِ فَقَدْ يُقْسِمُ الرَّجُلُ عَلَى الرَّجُلِ فِي مَالِهِ تَحَكُّمًا عَلَيْهِ وَثِقَةً بِأَنَّهُ لَا يُحْنِثُهُ فَيَبَرُّ بِقَسَمِهِ، وَإِنْ كَانَ هُوَ قَدْ أَقْسَمَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ كَفَّرَ هُوَ عَنْ يَمِينِهِ إكْرَامًا لَهُ وَإِيجَابًا لَا سِيَّمَا إذَا دَعَاهُ إلَى أَمْرٍ هُوَ أَفْضَلُ مِمَّا ذَهَبَ هُوَ إلَيْهِ فِي الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ لِابْنِ مَسْلَمَةَ وَاَللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِك دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَقَاصِدِ دُونَ الْأَلْفَاظِ فِي الْأَيْمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ عُمَرَ لَا يَسْتَجِيزُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ عَلَى بَطْنِ مُحَمَّدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمِينُهُ عَلَى مَعْنَى التَّحَكُّمِ عَلَيْهِ فَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ لَا يَسْمَحُ بِمِثْلِ هَذَا وَلَا يُتَحَكَّمُ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ، وَلَوْ كُنْت مِمَّنْ يُخَالِفُ حُكْمِي عَلَيْك بِمَا أَرَى أَنَّهُ الْحَقُّ وَحَارَبْتَ وَأَدَّتْ الْمُحَارَبَةُ إلَى مَالِكٍ وَإِجْرَائِهِ عَلَى بَطْنِك لَفَعَلْتُ ذَلِكَ فِي نُصْرَةِ الْحُكْمِ بِالْحَقِّ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ يَحْيَى الرَّبِيعُ السَّاقِيَةُ الظَّاهِرَةُ وَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَنْ يُحَوِّلَهُ عَنْ مَكَانِهِ مِنْ الْحَائِطِ إلَى مَكَان هُوَ أَقْرَبُ إلَى حَائِطِهِ لِيَقْرُبَ تَنَاوُلُهُ وَتَقِلَّ مَسَافَتُهُ لِمَا يَحْتَاجُ مِنْ إصْلَاحِهِ فَقَضَى عُمَرُ بِذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ لَمَّا مَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِمَا رُوِيَ فِي ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَرَوَى عِيسَى فِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَرَى لَهُ تَحْوِيلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ إلَّا أَنْ يَرْضَى بِهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَرَوَى زِيَادُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مَالِكٍ إنْ لَمْ يَضُرَّ بِهِ فَلْيَقْضِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَهَذَا فِيمَا يُرَادُ تَحْوِيلُهُ، وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَرَوَاهُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ، وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ يُرِيدُ صَاحِبُ الْحَائِطِ تَحْوِيلَ سَاقِيَتِهِ، أَوْ طَرِيقٍ لِغَيْرِهِ فِي أَرْضِهِ إلَى مَوْضِعٍ هُوَ أَرْفَقُ بِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي أَرْضَيْنِ لِرَجُلٍ بَيْنَهُمَا طَرِيقٌ فَأَرَدْت دَفْعَ الطَّرِيقِ إلَى أَرْضِي إذْ هُوَ أَرْفَقُ بِي وَبِأَهْلِ

الطَّرِيقِ فَقَالَ لَيْسَ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّيْءَ الْقَرِيبَ كَقَدْرِ عَظْمِ الذِّرَاعِ وَلَا مَضَرَّةَ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُجْرِيَ طَرِيقًا، وَإِنْ كَانَتْ أَسْهَلَ مِنْ الْأُولَى وَإِنْ أَذِنَ بِذَلِكَ مَنْ جَاوَرَهُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى؛ لِأَنَّهَا طَرِيقٌ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَأْذَنُ فِيهَا بَعْضُهُمْ إلَّا أَنْ تَكُونَ الطَّرِيقُ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ فَيَأْذَنُونَ فِيهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يَنْظُرُ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ رَأَى تَحْوِيلَهَا مَنْفَعَةً لِلْعَامَّةِ فِي سُهُولَتِهَا وَقُرْبِهَا، أَوْ أَقْرَبَ وَأَسْهَلَ فَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ رَأَى فِي ذَلِكَ ضَرَرًا عَلَى أَحَدٍ مَنَعَ مِنْهُ، وَإِنْ حَوَّلَهَا بِغَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ نَظَرَ فِيهِ فَإِنْ رَأَى ذَلِكَ صَوَابًا أَمْضَاهُ وَإِلَّا رَدَّهُ.

(47/6)

الْقَضَاءُ فِي قَسْمِ الْأَمْوَالِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ»)

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي قَسْمِ الْأَمْوَالِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَيُّمَا دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ نَفَذَتْ قِسْمَتُهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَهُوَ التَّأْوِيلُ الظَّاهِرُ مِنْ تَأْوِيلِ ابْنِ نَافِعٍ وَغَيْرِهِ مِنْ أَصْحَابِنَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا اُسْتُحِقَّتْ سِهَامُهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ بِأَنْ مَاتَ مَيِّتٌ فَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمُوا فَصَارَ اسْتِحْقَاقُهُمْ لِسِهَامِهِمْ عَلَى أَحْكَامِ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْقِسْمَةِ بِهَا يُرِيدُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – تَرْكَ الرَّدِّ لِمَا سَلَفَ مِنْ عُقُودِهِمْ فِي جَاهِلِيَّتِهِمْ وَإِمْضَائِهَا عَلَى مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَلِذَلِكَ لَا يُرَدُّ شَيْءٌ مِنْ بُيُوعِهِمْ وَلَا أَنْكِحَتِهِمْ وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً بَلْ يُصَحِّحُ الْإِسْلَامُ الْمِلْكَ الْوَاقِعَ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَيُّمَا دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ يَحْتَمِلُ مِنْ التَّأْوِيلِ الْوَجْهَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ وَالظَّاهِرُ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ مَالِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ مُشْتَرَكًا فَدَخَلَ عَلَيْهِمْ الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ دُونَ مَا كَانُوا يَعْتَقِرُونَهُ وَيَقْتَسِمُونَ عَلَيْهِ فِي جَاهِلِيَّتِهِمْ مِثْلُ أَنْ يَرِثُوا دَارًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَلَا يَقْتَسِمُونَهَا حَتَّى يَدْخُلَ عَلَى جَمِيعِهِمْ الْإِسْلَامُ فَإِنَّهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا عَلَى مَوَارِيثِ الْإِسْلَامِ

وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ فِي الْمَجُوسِ وَالْفُرْسِ وَالْفِرَازِيَّةِ وَكُلِّ مَنْ لَيْسَ لَهُ كِتَابٌ فَأَمَّا الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى فَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ أَنْ وَرِثُوا دَارًا فَإِنَّهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا عَلَى مُقْتَضَى شَرْعِهِمْ يَوْمَ وَرِثُوهَا وَرَوَى مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ فِي الْكُفَّارِ كُلِّهِمْ أَهْلَ كِتَابٍ كَانُوا، أَوْ غَيْرَ أَهْلِ كِتَابٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ.

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ كَانَتْ شَرِيعَتُهُمْ أَحْكَامُهَا ثَابِتَةٌ مَشْرُوعَةٌ، وَإِنْ كُنَّا لَا نَدْرِي مَا غَيَّرُوا مِنْهَا، وَقَدْ طَرَأَ عَلَيْهَا النَّسْخُ وَلِذَلِكَ كَانَتْ أَحْكَامُ نِسَائِهِمْ فِي جَوَازِ نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ لَهُمْ غَيْرَ أَحْكَامِ نِسَاءِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَلِذَلِكَ جَازَ لَنَا أَكْلُ ذَبَائِحِهِمْ دُونَ ذَبَائِحِ غَيْرِهِمْ وَالْمَوَارِيثُ إنَّمَا يُرَاعَى اسْتِحْقَاقُهَا يَوْمَ التَّوَارُثِ لَا يَوْمَ الْقِسْمَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ النَّصْرَانِيَّ إذَا أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَرِثْهُ أَحَدٌ مِنْ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ ذَلِكَ؟ ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ وَرَثَتِهِ يَوْمَ وَفَاتِهِ وَهُوَ يَوْمُ انْتِقَالِ الْمَالِ، وَنَتَأَوَّلُ الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ، وَقَدْ خُصَّ بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَأَنَّهُ أُرِيدَ بِهِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَلِذَلِكَ ذَكَرَ الْجَاهِلِيَّةَ، وَإِنَّمَا يَنْطَلِقُ ظَاهِرُهَا عَلَى مُشْرِكِي قُرَيْشٍ وَنَحْمِلُهُ أَيْضًا عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ أَدْرَكَ الْإِسْلَامُ قِسْمَتَهَا بِالِاسْتِحْقَاقِ دُونَ ضَرْبِ الْحُدُودِ وَتَمْيِيزِ مَوَاضِعِ الْحُقُوقِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ التَّعَلُّقُ بِعُمُومِ الْخَبَرِ وَلَمْ يَخُصَّ أَهْلَ كِتَابٍ مِنْ غَيْرِهِمْ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا أَسْلَمَ جَمِيعُهُمْ فَإِنْ أَسْلَمَ بَعْضُهُمْ فَقَدْ اتَّفَقَ مَالِكٌ وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ عَلَى أَنَّهُ إنْ أَسْلَمَ جَمِيعُهُمْ إلَّا وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَإِنَّ الْقِسْمَةَ تَكُونُ عَلَى أَصْلِ حُظُوظِهِمْ وَرَوَاهُ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ.

وَقَالَ بَعْضُ شُيُوخِنَا: إنَّ حُكْمَ الْإِسْلَامِ يَغْلِبُ عَلَى حُكْمِ الْكُفْرِ إلَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَفِي هَذَا الْقَوْلِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُمَا يَوْمَ الْقِسْمَةِ كَانَا كَافِرَيْنِ، وَلَوْلَا أَنَّ الْفُقَهَاءَ اتَّفَقُوا عَلَى حَمْلِ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَسَاغَ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ: إنَّهُ لَا يُقَسَّمُ إلَّا عَلَى مُقْتَضَى شَرْعِهِمْ وَإِنْ أَسْلَمَ جَمِيعُهُمْ وَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ عَلَى صِفَتِهِ مِنْ الصِّحَّةِ وَسَلَامَتِهِ مِمَّا يُفْسِدُ الْبُيُوعَ عِنْدَ مَنْ جَعَلَهَا بَيْعًا وَسَلَامَتِهِ مِمَّا يُفْسِدُ الْقِسْمَةَ عِنْدَ مَنْ جَعَلَهَا تَمْيِيزَ حَقٍّ وَأَنْ تَكُونَ مَقَادِيرُ سِهَامِهِمْ وَاسْتِحْقَاقِهِمْ لَهَا عَلَى مَا أَوْجَبَهُ شَرْعُهُمْ يَوْمَ التَّوَارُثِ، وَإِنَّمَا عَدَلْنَا عَنْ هَذَا الْوَجْهِ مَعَ احْتِمَالِ اللَّفْظِ لَهُ بَلْ مَعَ كَوْنِهِ الْأَظْهَرَ مِنْ

. . . .

اللَّفْظِ لِاتِّفَاقِ عُلَمَاءِ الْعَصْرِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الْقِسْمَةِ هَلْ هِيَ بَيْعٌ مِنْ الْبُيُوعِ أَوْ تَمْيِيزُ حَقٍّ؟ وَلِأَصْحَابِنَا مَسَائِلُ تَقْتَضِي كِلَا الْقَوْلَيْنِ وَنَحْنُ نُنَبِّهُ عَلَيْهَا عِنْدَ ذِكْرِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ إنَّ الْقِسْمَةَ بَيْعٌ مِنْ الْبُيُوعِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُتَقَاسِمَيْنِ يَبِيعُ حِصَّتَهُ مِمَّا خَرَجَ عَنْهُ بِحِصَّةِ شَرِيكِهِ مِمَّا صَارَ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ حِصَّةَ صَاحِبِهِ مِنْ الْجُزْءِ الَّذِي صَارَ إلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ الْجُزْءِ الَّذِي أَخَذَهُ صَاحِبُهُ وَهَذِهِ مُعَاوَضَةٌ وَمُبَايَعَةٌ مَحْضَةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِنَا إنَّهَا تَمْيِيزُ حَقٍّ: أَنَّهُ غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُتَقَاسِمَيْنِ بَلْ قَدْ يَجُوزُ فِيهِ الْمُخَاطَرَةُ بِالْقُرْعَةِ وَذَلِكَ يُنَافِي الْبَيْعَ فَثَبَتَ أَنَّهَا تَمْيِيزُ حَقٍّ.

وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِي ثَلَاثَةِ إخْوَةٍ وَرِثُوا ثَلَاثَةَ أَعْبُدٍ فَاقْتَسَمُوهُمْ فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ عَبْدًا فَمَاتَ عَبْدُ أَحَدِهِمْ وَاعْتَرَفَ عَبْدُ الْآخَرِ فَمَنْ مَاتَ بِيَدِهِ الْعَبْدُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ وَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ وَيَرْجِعُ الَّذِي اسْتَحَقَّ فِي يَدِهِ الْعَبْدُ عَلَى أَخِيهِ الَّذِي بَقِيَ عِنْدَهُ الْعَبْدُ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُهُ وَلِلَّذِي هُوَ بِيَدِهِ ثُلُثَاهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ كَالْبَيْعِ لَرَجَعَ مَنْ يَسْتَحِقُّ مِنْ يَدَيْهِ الْعَبْدُ عَلَى أَخِيهِ الَّذِي مَاتَ عِنْدَهُ الْعَبْدُ بِثُلُثِ قِيمَتِهِ وَلَكِنْ لَيْسَ كَالْبَيْعِ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ الْقَسْمُ لَيْسَ كَالْبَيْعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّ الْقِسْمَةَ فِي الْأَصْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: قِسْمَةُ مُهَايَأَةٍ وَهِيَ أَنْ يَتَهَايَأَ الشَّرِيكَانِ فَيَأْخُذَ هَذَا دَارًا يَسْكُنُهَا، وَهَذَا دَارًا يَسْكُنُهَا، وَهَذَا أَرْضًا يَزْرَعُهَا، وَهَذَا أَرْضًا يَزْرَعُهَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ بِالتَّرَاضِي وَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ يُجْبَرُ عَلَيْهَا مَنْ أَبَاهَا؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْمَنَافِعِ لَيْسَتْ بِقِسْمَةِ بَيْعٍ وَقِسْمَةَ الرِّقَابِ قِسْمَةُ بَيْعٍ يَأْخُذُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ دَارًا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ الْآخَرُ دَارًا أُخْرَى فَهَذِهِ قِسْمَةٌ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ وَمَحْصُولُهَا إنْ بَاعَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ مِنْ إحْدَى الدَّارَيْنِ بِحِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ الدَّارِ الْأُخْرَى وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي، وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ قِسْمَةُ قِيمَةٍ وَتَعْدِيلٍ وَذَلِكَ إذَا كَانَتْ الدَّارَانِ مُخْتَلِفَتَيْ الْبِنَاءِ وَالْبُسْتَانُ الْمُخْتَلِفُ الْغِرَاسِ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ كُلِّ شَيْءٍ مِنْهُ مِنْ نَخْلٍ وَشَجَرٍ فَإِنَّهَا تُعَدَّلُ بِالْقِيمَةِ وَيُضْرَبُ عَلَيْهَا بِالسِّهَامِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ كُلُّهُ فِيهِ نَظَرٌ وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ شُيُوخُنَا الْمَغَارِبَةُ أَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:.

قِسْمَةُ قُرْعَةٍ بَعْدَ تَعْدِيلٍ وَهِيَ الَّتِي يُجْبَرُ عَلَيْهَا مَنْ أَبَى الْقِسْمَةَ فِيمَا يَنْقَسِمُ، وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ وَمُهَايَأَةٍ بَعْدَ تَقْوِيمٍ وَتَعْدِيلٍ، وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ مِنْ غَيْرِ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَضْرُبِ أَحْكَامٌ يَخْتَصُّ بِهَا.

(فَرْعٌ) فَأَمَّا قِسْمَةُ الْقُرْعَةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ فِي الْمُتَمَاثِلِ، أَوْ الْمُتَجَانِسِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُ ذَلِكَ وَشَرْحُهُ بَعْدَ هَذَا وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَجْمَعَ فِيهَا أَيْضًا الثَّمَنَ لِغَيْرِ عِلَّةٍ بَلْ يُقَدَّرُ نَصِيبُ كُلِّ إنْسَانٍ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا عَلَى نِهَايَةِ الْمُشَاحَّةِ وَاسْتِقْصَاءِ الْحُقُوقِ وَاخْتِيَارُ أَحَدِهِمَا أَنْ يَكُونَ سَهْمُهُ إلَى جَانِبِ سَهْمٍ آخَرَ مُعَيَّنٍ يُنَافِي اسْتِقْصَاءِ الْحُقُوقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنْ يُقَسِّمَ الْعَرْصَةَ وَتُحَقَّقَ عَلَى أَقَلِّ سِهَامِ الْفَرِيضَةِ فَمَا كَانَ مُتَسَاوِيًا قُسِمَ بِالذَّرْعِ وَمَا اخْتَلَفَ أَجْزَاؤُهُ قُسِمَ بِالْقِيمَةِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ، وَقَالَ هُوَ قَوْلُ جَمِيعِ أَصْحَابِنَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَرُبَّمَا كَانَ الْحَدُّ الْوَاحِدُ مِنْ أَحَدِ طَرَفَيْ الْعَرْصَةِ يَعْدِلُ حَدَّ شِقٍّ مِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَى، وَحَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ فِي الشَّجَرِ يُقَوِّمُ الْقَاسِمُ كُلَّ شَجَرَةٍ إنْ كَانَ مِمَّنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ وَإِلَّا سَأَلَ أَهْلَ الْمَعْرِفَةِ بِالْقِيمَةِ، وَمَنْ يَحْبِسُ حَمْلَ كُلِّ شَجَرَةٍ فَرُبَّ شَجَرَةٍ لَهَا مَنْظَرٌ وَلَا فَائِدَةَ لَهَا وَأُخْرَى يَكْثُرُ حَمْلُهَا وَلَا مَنْظَرَ لَهَا وَإِذَا قُوِّمَ ذَلِكَ كُلُّهُ جَمَعَ الْقِيمَةَ فَقَسَمَهَا عَلَى قَدْرِ السِّهَامِ ثُمَّ يَكْتُبُ أَسْمَاءَ الشُّرَكَاءِ فِي رِقَاعٍ وَيُجْعَلُ فِي طِينٍ أَوْ شَمْعٍ ثُمَّ يَرْمِي كُلَّ بُنْدُقَةٍ فِي حَقِّهِ فَمَنْ حَصَلَ اسْمُهُ فِي جِهَةٍ أَخَذَ حَقَّهُ مُتَّصِلًا فِي تِلْكَ الْجِهَةِ.

وَقِيلَ تُكْتَبُ الْجِهَاتُ ثُمَّ يُخْرِجُ أَوَّلَ بُنْدُقَةٍ مِنْ الْأَسْمَاءِ وَأَوَّلَ بُنْدُقَةٍ مِنْ الْجِهَاتِ فَيُعْطَى مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ نَصِيبَهُ فِي تِلْكَ الْجِهَةِ فَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ

(49/6)

. . . .

[المنتقى]

الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَرِيبٌ مِمَّا يَقْتَضِيه قَوْلُ مَالِكٍ وَالْأَظْهَرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنْ تُكْتَبَ الْأَسْمَاءُ فِي رِقَاعٍ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ السِّهَامُ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ أَخَوَانِ وَأُخْتٌ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فَهَذِهِ تُقَسَّمُ الْأَرْضُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ وَتُضْرَبُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ يُرِيدُ يَكْتُبُ اسْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي رُقْعَةٍ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ قَالَ وَقِيلَ يَضْرِبُ بِخَمْسَةِ أَسْهُمٍ يُرِيدُ وَيَكْتُبُ اسْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي رُقْعَتَيْنِ وَاسْمَ الْبِنْتِ فِي رُقْعَةٍ قَالَ وَالْأَوَّلُ أَصْوَبُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ إنَّمَا يُخْرِجُك إلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَالضَّرْبُ بِهَا يَكُونُ ضَرْبَيْنِ لَا أَكْثَرَ قَالَ وَيَسْتُرُ ثُمَّ يَتَّفِقُ عَلَى أَنْ يَبْدَأَ بِالْأَخْذِ مِنْهَا بِأَيِّ جِهَةٍ مِنْ الْجِهَاتِ فَإِنْ اخْتَلَفُوا أَقْرَعَ عَلَى أَيِّ

الْجِهَاتِ يَبْدَأُ بِالْأَخْذِ مِنْهَا فَأَيُّ جِهَةٍ خَرَجَتْ عَمِلَ عَلَى الْبُدَاءَةِ بِهَا، ثُمَّ يُؤَخِّرُ رُقْعَةً مِنْ تِلْكَ الرِّقَاعِ فَمَنْ وُجِدَ فِيهَا اسْمُهُ أُعْطِيَ أَوَّلَ نَصِيبٍ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ بِقَدْرِ سَهْمِهِ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ حَقِّهِ أُضِيفَ إلَيْهِ حَقُّهُ وَلَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مُتَّصِلًا بِالسَّهْمِ الْأَوَّلِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ هَذَا حَقَّهُ لِئَلَّا تَدْخُلَ عَلَيْهِ مَضَرَّةُ تَفْرِيقِ حِصَّتِهِ.

فَإِذَا اسْتَوْفَى حَقَّهُ هَذَا تَمَيَّزَ حَقُّهُ وَبَقِيَ بَاقِي الْأَرْضِ بَيْنَ بَاقِي الْأَشْرَاكِ فَيَعْمَلُ لَهُمْ فِي بَاقِي الْأَرْضِ مِثْلُ ذَلِكَ حَتَّى يَتَمَيَّزَ حَقُّ كُلِّ ذِي حَقٍّ مِنْهُمْ، وَهَذَا مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَقَدْ قِيلَ إنَّ صَاحِبَ السُّدُسِ لَا يَكُونُ إلَّا فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ وَالْأَوَّلُ أَحَبُّ إلَيَّ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّمَا هَذَا إذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بَيْنَ ابْنٍ وَزَوْجَةٍ، وَهَذَا الَّذِي أَنْكَرَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَقَدْ يَكُونُ مَعَ الْجَمَاعَةِ أَيْضًا إذَا كَانُوا أَهْلَ سَهْمٍ كَالْعَصَبَةِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي قَسْمِ الْأَرْضِ بَيْنَ الزَّوْجَةِ وَالْعَصَبَةِ يُضْرَبُ لَهَا فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَانَ الْعَصَبَةُ وَاحِدًا أَوْ جَمَاعَةً قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَةَ كَأَهْلِ سَهْمٍ وَاحِدٍ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الزَّوْجَةِ مَعَ الْعَصَبَةِ أَنَّهَا تُعْطَى حَقَّهَا حَيْثُ خَرَجَ فِي طَرَفٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَبِهَذَا أَقُولُ، فَتَبَيَّنَ بِهَذَا أَنَّ الِاخْتِلَافَ الَّذِي أَنْكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ هُوَ اخْتِلَافٌ مِنْ قَوْلِ أَصْحَابِنَا حَيْثُ يُتَصَوَّرُ الْخِلَافُ فَإِنَّ الْمَوْضِعَ الَّذِي فَسَّرَهُ بِهِ لَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ الْخِلَافُ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْخِلَافُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ لِاخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي الْعَصَبَةِ هَلْ هُمْ أَهْلُ سَهْمٍ، أَمْ لَيْسُوا أَهْلَ سَهْمٍ؟ وَقَدْ ذَكَرْته فِي الشُّفْعَةِ فَمَنْ جَعَلَهُمْ أَهْلَ سَهْمٍ جَمَعَ سِهَامَهُمْ فِي الْقُرْعَةِ وَأَفْرَدَ عَنْهُمْ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهُمْ أَهْلَ سَهْمٍ لَمْ يَجْعَلْ سِهَامَهُمْ إلَّا بِحَسَبِ مَا تَجْمَعُهُ الْقُرْعَةُ أَوْ تُفَرِّقُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ إنْ ثَبَتَ فِيهَا بَعْدَ هَذَا غَبْنٌ فِي قِيمَةٍ أَوْ ذَرْعٍ كَانَ لِمَنْ وُجِدَتْ فِي حِصَّتِهِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى قِيمَةٍ مُقَدَّرَةٍ أَوْ ذَرْعٍ مُقَدَّرٍ فَإِنْ وَجَدَ فِي ذَلِكَ نَقْصًا كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قِسْمَةُ الْمُرَاضَاةِ بَعْدَ التَّقْوِيمِ وَالتَّعْدِيلِ فَهُوَ أَنْ يَعْدِلَ الْأَرْضَ بِقَدْرِ السِّهَامِ عَلَى اخْتِلَافِهَا مَنْ كَانَ لَهُ نِصْفٌ مَيَّزَ لَهُ النِّصْفَ، وَمَنْ كَانَ لَهُ ثُلُثٌ مَيَّزَ لَهُ الثُّلُثَ، وَمَنْ لَهُ السُّدُسُ مَيَّزَ لَهُ السُّدُسَ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ مُتَسَاوِيَةً فَبِالذَّرْعِ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فَبِالتَّقْوِيمِ أَوْ بِهِمَا ثُمَّ يَتَرَاضَوْنَ عَلَى مَا خَرَجَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَيَرَوْنَ أَنَّهُمْ قَدْ تَسَاوَوْا وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ مُتَبَايِنَةٍ فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ جَائِزٌ وَهَذِهِ الْقِسْمَةُ أَيْضًا مَتَى ظَهَرَ فِيهَا عَلَى غَبْنٍ فِي ذَرْعٍ أَوْ قِيمَةٍ كَانَ لِلْمَغْبُونِ الْمُطَالَبَةُ بِذَلِكَ لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قِسْمَةُ الْمُرَاضَاةِ بِغَيْرِ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ فَهُوَ أَنْ يَتَرَاضَى الشُّرَكَاءُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا عُيِّنَ لَهُ وَيَتَرَاضَوْا بِهِ مِنْ غَيْرِ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ فَهَذِهِ الْقِسْمَةُ أَيْضًا تَجُوزُ فِي الْمُخْتَلِفِ مِنْ الْأَجْنَاسِ، وَلَا قِيَامَ فِيهَا لِمَغْبُونٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ مَا صَارَ إلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ عَلَى قِيمَةٍ مُقَدَّرَةٍ وَلَا ذَرْعٍ مُقَدَّرٍ وَلَا عَلَى أَنَّهُ مُمَاثِلٌ لِجَمِيعِ مَا كَانَ لَهُ، وَإِنَّمَا أَخَذَهُ بِعَيْنِهِ عَلَى أَنْ يَخْرُجَ بِذَلِكَ عَنْ جَمِيعِ حَقِّهِ سَوَاءٌ كَانَ أَقَلَّ مِنْهُ، أَوْ أَكْثَرَ فَالضَّرْبَانِ الْأَوَّلَانِ مِنْ الْقِسْمَةِ أَقْرَبُ إلَى تَمَيُّزِ الْحَقِّ، وَهَذَا الضَّرْبُ أَقْرَبُ إلَى أَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ الْبُيُوعِ وَاَللَّهُ

(50/6)

. . . .

[المنتقى]

أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

أُجْرَةُ الْقَسَّامِ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ عِنْدَ مَالِكٍ، وَقَالَ أَصْبَغُ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ اخْتِلَافَ الْمَقَادِيرِ لَا يُوجِبُ زِيَادَةً فِي فِعْلِ الْقَاسِمِ بَلْ رُبَّمَا أَثَّرَ قَلِيلُ الْأَنْصِبَاءِ زِيَادَةً فِي الْعَمَلِ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِثَلَاثَةِ أَشْرَاكٍ أَرْضٌ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا وَلِلثَّالِثِ ثُمُنُهَا لَأَثَّرَ الثُّمُنُ لِصِغَرِهِ زِيَادَةً فِي الْعَمَلِ وَلَاحْتَاجَ بِسَبَبِهِ أَنْ يُقَسِّمَ الْأَرْضَ كُلَّهَا أَثْمَانًا، وَلَوْ انْقَسَمَتْ عَلَى النِّصْفِ بِأَنْ تَكُونَ لِاثْنَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهَا لَكَانَ الْعَمَلُ وَالْقِسْمَةُ فِيهَا أَقَلَّ فَإِذَا كَانَ قَلِيلُ الْجُزْءِ يُؤَثِّرُ فِي الْعَمَلِ مَا لَا يُؤَثِّرُهُ كَبِيرُهُ بَطَلَ أَنْ يَجِبَ عَلَى صَاحِبِ الْجُزْءِ الْكَبِيرِ وَلَمْ يُؤَثِّرْ إلَّا عَمَلًا يَسِيرًا أَكْثَرَ مِمَّا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْجُزْءِ الْيَسِيرِ وَقَدْ أَثَّرَ عَمَلًا كَثِيرًا فَوَجَبَ اطِّرَاحُ ذَلِكَ وَالِاعْتِبَارُ بِعَدَدِ الرُّءُوسِ.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعَمَلَ لِصَاحِبِ الْجُزْءِ الْكَثِيرِ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّهُ يُقَسِّمُ أَثْمَانًا أَرْبَعَةً وَصَاحِبُ الثُّمُنِ لَا يُقَسَّمُ لَهُ إلَّا جُزْءٌ وَاحِدٌ، وَكَذَلِكَ الْجُزْءُ الْكَبِيرُ يَحْتَاجُ مِنْ الْعَمَلِ وَالذَّرْعِ إلَى أَكْثَرَ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ الْجُزْءُ الصَّغِيرُ وَبِحَسَبِ ذَلِكَ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ الْأُجْرَةُ؛ لِأَنَّهَا عِوَضٌ عَنْ الْعَمَلِ، وَقَوْلُ أَصْبَغَ أَظْهَرُ لَا سِيَّمَا إذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْقُرْعَةِ وَالسِّهَامِ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ قِسْمَةَ مُرَاضَاةٍ دُونَ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ فَالْعَمَلُ مُتَقَارِبٌ فِيهِ إلَى أَنْ يَكُونَ إلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ أَقْرَبُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَلَوْ طَلَبَ جَمِيعُهُمْ الْقِسْمَةَ إلَّا وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَبَى ذَلِكَ أُجْبِرَ عَلَيْهَا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ عَلَى الْآبِي وَالطَّالِبِ أُجْرَةُ الْقَسَّامِ عَلَى السَّوَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا شَهِدَ الْقَاسِمُ فِي الْقِسْمَةِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ سَوَاءٌ قَسَمَ بِأَمْرِ قَاضٍ، أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لِأَنَّهُ شَهِدَ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَ الْقَاضِي أَمَرَهُ بِالْقِسْمَةِ وَأَنْفَذَهُ فِيهَا فَشَهَادَتُهُ وَحْدَهُ فِي ذَلِكَ جَائِزَةٌ إذَا ذَكَرَ الْقَاضِي الْيَوْمَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْعَامِلُ وَالْمُحَلِّفُ وَالْكَاتِبُ وَالنَّاظِرُ إلَى الْعَيْبِ وَكُلُّ مَا لَا يُبَاشِرُهُ الْقَاضِي قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هَذَا الْقَاضِي هُوَ أَمَرَ الْقَاسِمَ، وَإِنَّمَا أَمَرَهُ مَنْ قَدْ دَرَجَ مِنْ الْحُكَّامِ، أَوْ قَوْمٌ تَرَاضَوْا بِهِ فِي الْقِسْمَةِ فَلَا تَجُوزُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ الْقَاسِمِ أَصْلًا وَلَا بُدَّ مِنْ شَهَادَةِ اثْنَيْنِ سِوَاهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَأْمُورِ فِي ذَلِكَ كَفِعْلِ الْآمِرِ مُرْتَزِقًا، أَوْ غَيْرَ مُرْتَزِقٍ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ هُوَ تَفْسِيرُ قَوْلِ مَالِكٍ، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَلَيْسَ بِمَعْنَى الشَّهَادَةِ بَلْ هُوَ بِمَعْنَى الْمَعُونَةِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْقَاضِي، وَإِنَّمَا يَسْتَنِيبُ الْقَاضِي فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِ مِنْ الْأَحْكَامِ كَالْإِعْذَارِ إلَى مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ عِنْدَهُ وَنَحْوَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَعَادَ الْكَلَامُ إلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَأَوَّلُ قَوْلِهِ أَنَّ أَحَدَ أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ قِسْمَةُ الْمُهَايَأَةِ وَهُوَ أَنْ يَسْكُنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ دَارًا وَالْآخَرُ دَارًا أُخْرَى أَوْ يَزْرَعُ أَحَدُهُمَا أَرْضًا وَيَزْرَعُ الْآخَرُ أَرْضًا أُخْرَى، وَهَذَا غَيْرُ دَاخِلٍ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قِسْمَةِ الرِّقَابِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ، وَقَدْ ذَكَرَ قِسْمَةَ الرِّقَابِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ، فَأَمَّا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ فَإِنَّهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتَهَايَآ بِالْأَزْمَانِ، وَالثَّانِي: أَنْ يَتَهَايَآ بِالْأَعْيَانِ، فَأَمَّا التَّهَايُؤُ بِالْأَزْمَانِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَقُولَا يَسْتَخْدِمُ أَحَدُنَا الْعَبْدَ يَوْمًا وَيَسْتَخْدِمُهُ الْآخَرُ يَوْمًا وَيَزْرَعُ أَحَدُنَا الْأَرْضَ عَامًا وَيَزْرَعُهَا الْآخَرُ عَامًا، وَالضَّرْبُ الثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَك غَلَّتُهُ يَوْمٌ وَلِي غَلَّتُهُ يَوْمٌ آخَرُ فَأَمَّا التَّهَايُؤُ عَلَى أَنْ تَكُونَ غَلَّتُهُ يَوْمًا لِأَحَدِهِمَا وَيَوْمًا لِلْآخَرِ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَوْمًا وَاحِدًا قَالَ مُحَمَّدٌ.

وَقَدْ سَهَّلَ مَالِكٌ فِي الْيَوْمِ الْوَاحِدِ وَكَرِهَهُ فِي أَكْثَرِ مِنْهُ وَأَجَازَهُ فِي الْخِدْمَةِ.

فَوَجْهُ الْمَنْعِ مَا فِيهِ مِنْ الْمُخَاطَرَةِ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ غَلَّتُهُ فِي يَوْمِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْهَا فِي يَوْمِ الْآخَرِ مَعَ مَا

يَدْخُلُ ذَلِكَ مِنْ التَّفَاضُلِ فِيمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ، وَوَجْهُ الْإِبَاحَةِ أَنَّ الْغَرَرَ فِي ذَلِكَ قَلِيلٌ لِقِصَرِ الْمُدَّةِ وَتَقَارُبِهَا وَتَسَاوِي غَلَّتِهَا فِي ذَلِكَ فِي غَالِبِ الْحَالِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ

(51/6)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوَالًا بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ أَنَّ الْبَعْلَ لَا يُقَسَّمُ مَعَ النَّضْحِ إلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ وَأَنَّ الْبَعْلَ يُقَسَّمُ مَعَ الْعَيْنِ إذَا كَانَ يُشْبِهُهَا وَأَنَّ الْأَمْوَالَ إذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ الَّذِي بَيْنَهُمَا مُتَقَارِبٌ فَإِنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا ثُمَّ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ وَالْمَسَاكِنُ وَالدُّورُ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ)

[المنتقى]

رِوَايَةُ الْمَنْعِ عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ بَيْعٌ وَرِوَايَةُ الْإِبَاحَةِ عَلَى أَنَّهَا تَمْيِيزُ حَقٍّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا فِي الْخِدْمَةِ وَهُوَ قَوْلُهُ يَخْدُمُنِي الْيَوْمَ وَيَخْدُمُك غَدًا فَاتَّفَقُوا عَلَى تَجْوِيزِهِ فِي الْأَيَّامِ الْيَسِيرَةِ فَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنَّمَا يَجُوزُ فِي مِثْلِ خَمْسَةِ أَيَّامٍ فَأَقَلَّ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ فِي الشَّهْرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَكْثَرُ مِنْ الشَّهْرِ قَلِيلًا.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْخِدْمَةِ وَالْغَلَّةِ أَنَّ الْخِدْمَةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ فِي مِثْلِ مَا يَسْتَعْمِلُهُ فِيهِ الْآخَرُ فِي مُدَّتِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ أَمْرٌ مَعْلُومٌ يُمْكِنُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اسْتِيفَاؤُهُ، وَأَمَّا الْغَلَّةُ فَمَجْهُولَةٌ، وَقَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَى أَحَدِهِمَا اسْتِيفَاءُ مِثْلِ مَا اسْتَوْفَاهُ صَاحِبُهُ فَإِذَا طَالَتْ الْمُدَّةُ كَثُرَتْ الْمُخَاطَرَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الدُّورُ وَالْأَرَضُونَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنَّ التَّهَايُؤَ يَجُوزُ فِيهَا السِّنِينَ الْمَعْلُومَةَ وَالْأَجَلَ الْبَعِيدَ كَكِرَائِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا مَأْمُونَةٌ إلَّا أَنَّهُ إنْ كَانَ التَّهَايُؤُ فِي أَرْضِ الْمُزَارَعَةِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدِي إلَّا أَنْ تَكُونَ مَأْمُونَةً.

(فَصْلٌ) :

فَأَمَّا التَّهَايُؤُ بِالْأَعْيَانِ فَأَنْ يَسْتَخْدِمَ هَذَا عَبْدًا وَيَسْتَخْدِمَ هَذَا آخَرَ وَيَزْرَعَ هَذَا أَرْضًا وَيَزْرَعَ صَاحِبُهُ أُخْرَى فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَجُوزُ هَذَا فِي سُكْنَى الدُّورِ وَزِرَاعَةِ الْأَرَضِينَ وَلَا يَجُوزُ فِي الْغَلَّةِ وَالْكِرَاءِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْمَنَافِعِ لَيْسَتْ بِقِسْمَةِ بَيْعٍ وَقِسْمَةُ الرِّقَابِ قِسْمَةُ بَيْعٍ أَيْضًا فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ بِغَيْرِ دَلِيلٍ إلَّا وَلِغَيْرِهِ أَنْ يَعْكِسَ عَلَيْهِ الْقَضِيَّةَ بِغَيْرِ دَلِيلٍ وَإِذْ قَدْ أَخْرَجَتْهُ قِسْمَتُهُ إلَى أَنْ جَعَلَ قِسْمَةَ الْمُرَاضَاةِ قِسْمَةَ بَيْعٍ وَكَانَتْ قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ مُرَاضَاةً كَانَ يَلْزَمُهُ مِثْلُ ذَلِكَ فِيهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَتَضَمَّنَ قَوْلُهُ إسْقَاطُ قِسْمَةِ الْمُرَاضَاةِ بِالتَّقْوِيمِ وَالتَّعْدِيلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ التَّقْوِيمَ فِي قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ وَقِسْمَةُ الْمُرَاضَاةِ عَلَى التَّقْوِيمِ وَالتَّعْدِيلِ قِسْمَةٌ جَائِزَةٌ وَأَكْثَرُ مَا يُقَسِّمُ بِهِ النَّاسُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَيْسَتْ قِسْمَةُ الْمُهَايَأَةِ فِي الْمَنَافِعِ وَاجِبَةً يُجْبَرُ عَلَيْهَا مَنْ أَبَاهَا قَوْلٌ فِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ قِسْمَةَ الرِّقَابِ بِالْمُرَاضَاةِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا أَيْضًا أَحَدٌ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ خَاصَّةً إذَا وَجَبَتْ.

وَقَدْ أَشَارَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ إلَى أَنَّهَا لَا تَثْبُتُ فِي حَقِّ الصِّغَارِ فَقَالَا إنْ كَانَتْ الْأَرْضُ مُسْتَوِيَةً فِي كَرَمِهَا أَوْ لُؤْمِهَا قُسِّمَتْ بِالْقِيمَةِ، وَإِنْ تَرَاضَوْا وَهُمْ أَكَابِرُ عَلَى قِسْمَتِهَا بِالتَّحَرِّي وَالْمُرَاضَاةِ عَلَى السَّوَاءِ أَوْ التَّفَاضُلِ عَلَى غَيْرِ قَيْسٍ وَلَا قِيمَةٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ قَالَهُ أَصْبَغُ فَشَرَطُوا فِي جَوَازِ هَذِهِ الْقِسْمَةِ كَوْنَ الْمُتَقَاسِمَيْنِ أَكَابِرَ، وَقَدْ صَرَّحَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَهْلِ بَلَدِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَلَى الْأَصَاغِرِ إلَّا قِسْمَةُ الْقُرْعَةِ وَهُوَ الَّذِي يَقْتَضِيه النَّظَرُ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي قِسْمَةِ الْمُرَاضَاةِ، وَجْهٌ بَيِّنٌ مِنْ الْمَصْلَحَةِ لِلْأَيْتَامِ فَذَلِكَ جَائِزٌ كَالْبَيْعِ عَلَيْهِمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ أَنَّ مَنْ تَرَكَ أَمْوَالًا بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ وَهُمَا جِهَتَانِ بِالْمَدِينَةِ وَأَشَارَ بِالْأَمْوَالِ إلَى الْأَرَضِينَ وَمَا فِيهَا مِنْ الشَّجَرِ، وَإِنْ كَانَ اسْمُ الْمَالِ وَاقِعًا عَلَى كُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ مِنْ حَيَوَانٍ وَعُرُوضٍ وَعَيْنٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ إلَّا أَنَّ عُرْفَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ كَانَ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ إطْلَاقُ اسْمِ الْأَمْوَالِ عَلَى الْأَرْضِ وَمَا فِيهَا مِنْ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ.

وَقَالَ إنَّ الْبَعْلَ لَا يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ الْبَعْلِ وَالنَّضْحِ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ فَجَعَلَ النَّضْحَ وَالْبَعْلَ جِنْسَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي الْقِسْمَةِ يُرِيدُ قِسْمَةَ الْقُرْعَةِ الَّتِي تَكُونُ بِالْجَبْرِ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ إلَّا أَنْ يَرْضَى

. . . .

[المنتقى]

أَهْلُهُ بِذَلِكَ، وَهَذَا اللَّفْظُ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إلَّا بِرِضَا أَهْلِهِ بِذَلِكَ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا بِالْقُرْعَةِ، وَإِنَّمَا يَنْفِي مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ الْقِسْمَةَ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ إذَا أَبَى ذَلِكَ أَحَدُهُمَا وَيَثْبُتُ الْجَوَازُ إذَا اتَّفَقَا عَلَى الْمُرَاضَاةِ بِذَلِكَ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ فِي زَيْتُونَةٍ وَنَخْلَةٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ لَا يَقْسِمَانِهِمَا بَيْنَهُمَا إلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا وَيَعْتَدِلَا فِي الْقَسْمِ يُرِيدُ بِالْقِيمَةِ قَالَ سَحْنُونٌ تَرَكَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَوْلَهُ وَهُوَ لَا يَجْمَعُ بَيْنَ صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَإِنْ تَرَاضَيَا فَقَوْلُهُمَا إلَّا أَنْ يَعْتَدِلَا بِالْقِيمَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْقِسْمَةَ بِالْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ لَهُمَا أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا النَّخْلَةَ وَالْآخَرُ الزَّيْتُونَةَ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِتَجْوِيزِ جَمْعِ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي قَسْمِ الْقُرْعَةِ إذَا تَرَاضَى بِذَلِكَ الْمُتَقَاسِمَانِ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْهُ إذَا أَبَاهُ أَحَدُهُمَا وَذَكَرَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ قَوْلَهُ الْمَعْرُوفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَإِنْ تَرَاضَيَا.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ الشُّرَكَاءَ إذَا رَضَوْا بِقَسْمِ الصِّنْفَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ جَازَ وَخَالَفَ فِيهِ أَصْحَابُنَا فَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ، وَمَنْ وَافَقَهُ يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ إلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ رَضِيَ أَهْلُهُ بِذَلِكَ جَازَتْ فِيهِ قِسْمَةُ الْقُرْعَةِ وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ الْمَشْهُورِ يَكُونُ مَعْنَاهُ إلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ هَذِهِ الْقِسْمَةُ بِالْقُرْعَةِ إلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ فَيَقْتَسِمُونَهُ مُرَاضَاةً دُونَ قُرْعَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنَعَ فِي قَوْلِهِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْبَعْلِ وَالنَّضْحِ وَجَوَّزَ أَنْ يُقْسَمَ الْبَعْلُ مَعَ الْعَيْنِ يُرِيدُ مَا يُسْقَى بِالْعَيْنِ مِنْ غَيْرِ نَضْحٍ وَهُوَ السَّيْحُ؛ لِأَنَّهُمَا مِمَّا يُزَكَّى بِالْعُشْرِ وَالنَّضْحُ مُخَالِفٌ لَهُمَا فِي ذَلِكَ فَإِنَّهُ مِمَّا يُزَكَّى بِنِصْفِ الْعُشْرِ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ نَحْوَهُ، وَكَذَلِكَ قَالَ أَنَّهُ يَجْمَعُ فِي الْقَسْمِ الْأَمْوَالَ الَّتِي بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ يُرِيدُ أَنْ تَكُونَ مُتَقَارِبَةَ الْأَمَاكِنِ دُونَ مَا تَبَاعَدَ مِنْهَا قَالَ وَالْمَسَاكِنُ وَالدُّورُ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ يُرِيدُ أَنَّهُ يُرَاعَى فِيهَا تَقَارُبُ الْأَمَاكِنِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَا يُقْسَمُ عَلَى ضَرْبَيْنِ أَصْلٌ ثَابِتٌ كَالْأَرَضِينَ وَالدُّورِ وَالْحَمَّامَاتِ وَالْأَرْحَى وَالْأَشْجَارِ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا وَمَا لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالْعُرُوضِ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا، فَأَمَّا الْأُصُولُ الثَّابِتَةُ، فَإِذَا كَانَتْ كَثِيرَةً ذَاتَ أَنْوَاعٍ وَكَانَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْهَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَأَرَادَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَجْمَعَ لَهُ حِصَّتَهُ مِنْ جَمِيعِهَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ وَأَرَادَ بَعْضُهُمْ أَنْ يُعْطَى حِصَّتَهُ مِنْ كُلِّ مَوْضِعٍ فَإِنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ أَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الشُّرَكَاءِ فِي مَوْضِعٍ مِنْهَا بِشُرُوطٍ تَفْسِيرُهَا بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ: يُقْسَمُ لِكُلِّ إنْسَانٍ نَصِيبُهُ مِنْ كُلِّ دَارٍ أَوْ مِنْ كُلِّ أَرْضٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْقِسْمَةَ عَلَى الْعَدَدِ مَعَ اتِّفَاقِ الْمَنَافِعِ وَالْأَمَاكِنِ أَعْوَدُ بِالْمَنْفَعَةِ وَأَبْعَدُ مِنْ الْمَضَرَّةِ؛ لِأَنَّهُ إذَا قَسَمَ كُلَّ دَارٍ وَكُلَّ أَرْضٍ قَلَّتْ قِيمَتُهَا وَفَسَدَ كَثِيرٌ مِنْ مَنَافِعِهَا وَلِذَلِكَ أُثْبِتَتْ الشُّفْعَةُ فِي الْأَمْلَاكِ وَذَلِكَ مِمَّا يُنَمِّي قِيمَتَهَا، وَمِنْ الْأَمْرِ الْبَيِّنِ مَنْ حَصَلَتْ لَهُ دَارٌ بِكَمَالِهَا أَفْضَلُ مِنْ أَنْ يَحْصُلَ لَهُ مِنْ أَرْبَعِ دُورٍ مِنْ كُلِّ دَارٍ رُبْعُهَا فَكَانَ مَا قُلْنَاهُ أَوْلَى.

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ أَشْهَبَ فِي أَمْرِجَةٍ بَيْنَ قَوْمٍ أَرَادَ بَعْضُهُمْ أَنْ يُعْطَى حَقَّهُ مِنْ كُلِّ أَرْضٍ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ يُجْمَعُ لِي نَصِيبِي إنْ كَانَتْ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ وَبَعْضُهَا أَكْرَمُ مِنْ بَعْضٍ جُمِعَ لِمَنْ طَلَبَ الْجَمْعَ حِصَّتَهُ فِي مَكَان، وَإِنْ زَادَ حَظُّهُ عَلَى أَرْضٍ وَاحِدَةٍ أَخَذَ مِنْ أُخْرَى تَمَامَ حَقِّهِ فَإِذَا اُسْتُوْفِيَتْ أَنْصِبَاءُ الَّذِينَ أَرَادُوا الْجَمْعَ قَسَمَ لِلَّذِينَ أَرَادُوا التَّفْرِيقَ عَلَى مَا تَرَاضَوْا بِهِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ تُجْعَلُ سِهَامُ الَّذِينَ يُرِيدُونَ التَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا وَاحِدًا وَسِهَامُ الَّذِينَ يُرِيدُونَ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ يُقْرِعُ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ مَنْ يُرِيدُ التَّفْرِقَةَ جَمَعَ إلَيْهِ بَاقِيَ حُقُوقِهِمْ وَصَارَ كَحَقِّ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَحَيْثُمَا خَرَجَ مِنْهُمْ أَحَدٌ مِمَّنْ يُرِيدُ الْجَمْعَ أَخَذَهُ ثُمَّ يُقَسِّمُ الَّذِينَ أَرَادُوا التَّفْرِقَةَ كُلَّ أَرْضٍ عَلَى حِدَتِهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ الْأَرْضُ لَيْسَتْ فِي نَمَطٍ قَسَّمَ الَّذِينَ أَرَادُوا التَّفْرِقَةَ

(53/6)

. . . .

[المنتقى]

أَنْصِبَاءَهُمْ فِي كُلِّ أَرْضٍ ثُمَّ يَقْسِمُ الَّذِينَ أَرَادُوا الْجَمْعَ عَلَى مَا تَرَاضَوْا عَلَيْهِ مِنْ الْجَمْعِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ يُجْعَلُ سَهْمُ مَنْ أَرَادَ الْجَمْعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا شَيْئًا وَاحِدًا يُسْهَمُ لَهُمْ فِي كُلِّ أَرْضٍ وَيَجْمَعُ سِهَامَهُمْ فِيهَا وَأُعْطِيَ مَنْ أَرَادَ التَّفْرِقَةَ نَصِيبَهُ مِنْ كُلِّ أَرْضٍ حَيْثُ وَقَعَ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ وَلَيْسَ هَذَا أَصْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْمَعُ عِنْدَهُمْ حَظُّ اثْنَيْنِ فِي الْقَسْمِ، وَهَذَا أَيْضًا عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ أَشْهَبُ أَنَّ الشُّرَكَاءَ إذَا رَضَوْا بِقَسْمِ الصِّنْفَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ بِالْقُرْعَةِ جَازَ ذَلِكَ وَخَالَفَ فِيهِ أَصْحَابَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْمُرَاعَى فِيمَا يَلْزَمُ بِهِ الْجَمْعُ شَرْطَانِ أَحَدُهُمَا تَقَارُبُ الْمَنَافِعِ وَتَجَانُسِهَا، وَالثَّانِي تَقَارُبُ الْمَوَاضِعِ فَإِنْ انْخَرَمَ مِنْ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَمْ يَلْزَمْ الْجَمْعُ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْأَرَضِينَ إذَا تَقَارَبَتْ وَبَعْضُهَا بِعَيْنٍ وَبَعْضُهَا بِنَضْحٍ لَمْ تُجْمَعْ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ وَكَانَتْ كُلُّهَا تُسْقَى بِعَيْنٍ أَوْ بِنَضْحٍ لَمْ تُجْمَعْ، وَإِنْ تَقَارَبَ سَقْيُهَا كُلِّهَا بِنَضْحٍ أَوْ بِعَيْنٍ جُمِعَتْ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ مُرَاعَاةُ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ فَقَدْ قَالَ فِي الْأَصْلِ: إنَّ الْبَعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ وَرَوَى أَشْهَبُ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُقْسَمُ مَعَ السَّقْيِ، وَإِنْ تَقَارَبَتْ الْحَوَائِطُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا يُضَمُّ مَا يُسْقَى بِعَيْنٍ أَوْ بِنَضْحٍ مَعَ الْبَعْلِ فِي الْقَسْمِ وَلَا النَّضْحِ مَعَ السَّيْحِ لِاخْتِلَافِ الْمُؤَنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأَرْضُ الْكَرِيمَةُ وَاللَّئِيمَةُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا تَدَانَتْ الْأَرْضُ فِي كَرَمِهَا وَاشْتَبَهَتْ الْحَوَائِطُ جُمِعَتْ فِي الْقَسْمِ إنْ تَقَارَبَتْ مَوَاضِعُهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إنْ اخْتَلَفَتْ الْعُيُونُ فِي سَقْيِهَا الْأَرْضَ وَاخْتَلَفَتْ الْأَرْضُ فِي كَرَمِهَا قُسِمَتْ كُلُّ أَرْضٍ مَعَ عُيُونِهَا عَلَى حِدَةٍ قَالَ سَحْنُونٌ أَيْضًا فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَأَمَّا الْأَرَضُونَ فِي نَمَطٍ فَتُجْمَعُ وَإِنْ تَقَارَبَتْ فِي الْكَرَمِ قَالَ سَحْنُونٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَجْمَعُهَا.

وَقَالَ عِيسَى: إنْ كَانَتْ الْأَرْضُ الْكَرِيمَةُ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَالْأَرْضُ اللَّئِيمَةُ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ قُسِمَتْ الْكَرِيمَةُ عَلَى حِدَةٍ وَاللَّئِيمَةُ عَلَى حِدَةٍ وَجْهُ رِوَايَةِ الْمَنْعِ أَنَّ اخْتِلَافَ الْمَنَافِعِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ وَتَبَايُنَهَا يَقْتَضِي اخْتِلَافَهَا فِي الْجِنْسِ كَرَقِيقِ الثِّيَابِ وَغَلِيظِهَا فِي الْبَيْعِ إلَى أَجَلٍ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الدُّورِ خِلَافُ قَوْلِهِ فِي الثِّيَابِ وَلَعَلَّهُ قَدْ قَالَ فِي الْمَسْأَلَةِ بِقَوْلَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّ الْمُرَاعَى فِي الْقِسْمَةِ جِنْسُ الْمَنَافِعِ دُونَ تَفَاضُلِهَا وَلِذَلِكَ تُجْمَعُ ثِيَابُ الْحَرِيرِ غَلِيظُهَا وَرَقِيقُهَا مَعَ الْفِرَاءِ وَثِيَابِ الْكَتَّانِ غَلِيظِهَا وَرَقِيقِهَا وَيُشْبِهُ أَنْ تَكُونَ رِوَايَةُ الْمَنْعِ مُطَّرِدَةً عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فِي الثِّيَابِ وَرِوَايَةُ الْإِجَازَةِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأَشْجَارُ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَائِطَيْنِ الْمُتَقَارِبَيْنِ الْمُشْتَبِهَيْنِ فِي السَّقْيِ أَحَدُهُمَا عَجْوَةٌ وَالْآخَرُ صَيْحَانِيٌّ يُجْمَعَانِ فِي الْقَسْمِ وَلَمْ يُرَاعَ فِيهِ جَوْدَةُ الثَّمَرِ وَلَا رَدَاءَتُهُ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ غَيْرُ مَوْجُودٍ حِينَ

الْقِسْمَةِ وَلَا ثَابِتٍ فَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُرَاعِيَ جَوْدَةَ الشَّجَرِ فِي أَنْفَسِهَا وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي النَّخْلِ تَخْتَلِفُ أَلْوَانُهُ فِي الْحَائِطِ كَالْبَرْنِيِّ وَالصَّيْحَانِيِّ وَاللَّوْنِ وَالْجُعْرُورِ أَنَّهُ يُقْسَمُ عَلَى الْقِيمَةِ وَيُجْمَعُ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَظُّهُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ الْحَائِطِ وَلَا يَلْتَفِتُ إلَى مَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنْ أَنْوَاعِ التَّمْرِ، وَهَذَا فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لِتَقَارُبِ مَنَافِعِهِ، وَأَمَّا الْأَجْنَاسُ الْمُخْتَلِفَةُ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي شَجَرِ تُفَّاحٍ وَرُمَّانٍ وَخَوْخٍ وَأُتْرُنْجٍ وَغَيْرِهَا مِنْ الْفَوَاكِهِ مُخْتَلِطَةٌ فِي جِنَانٍ وَاحِدٍ يُجْمَعُ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي الْقَسْمِ بِالْقِيمَةِ وَالسَّهْمِ، قَالَ سَحْنُونٌ: هُوَ اسْتِحْسَانُ الرِّفْقِ بِاجْتِمَاعِ السَّهْمِ وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ يُقَسِّمَ هَذَا قِسْمَةً وَاحِدَةً وَزَادَ فِي الْمُدَوَّنَةِ بِأَثَرِ هَذَا قَالَ فِي الْفَوَاكِهِ فَإِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حِدَةٍ يَحْتَمِلُ قَسْمَ كُلِّ جِنَانٍ عَلَى حِدَةٍ قُسِمَ فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَمَا تَقَدَّمَ لَهُ قَبْلُ أَنَّ مَا يُقْسَمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ يُجْمَعُ بَيْنَهُ فِي الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْهُ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِانْفِرَادِهِ كَالنَّخْلِ مِنْهَا الْبَرْنِيُّ وَالصَّيْحَانِيُّ وَسَائِرُ أَنْوَاعِ التَّمْرِ وَضَرْبٌ يُجْمَعُ بَيْنَهُ إذَا لَمْ يَحْتَمِلْ أَنْوَاعَهُ فِي الْقِسْمَةِ وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ إذَا حَمَلْته كَالْفَوَاكِهِ وَالْجَيِّدِ مَعَ الرَّدِيءِ، وَهَذَا

(54/6)

. . . .

[المنتقى]

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ هُوَ الَّذِي قَالَ فِيهِ سَحْنُونٌ لَمَّا أَوْرَدَهُ مُطْلَقًا مِنْ هَذَا التَّقْيِيدِ أَنَّهُ اسْتِحْسَانٌ وَهُوَ مُطَّرِدٌ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي جَمْعِهِ غَلِيظَ الثِّيَابِ وَرَقِيقَهَا وَالْفِرَاءَ مَعَ الْقُمُصِ، وَضَرْبٌ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ بِوَجْهٍ كَالْحُلِيِّ مَعَ الثِّيَابِ وَالْبَعْلِ مَعَ النَّضْحِ وَأَمَّا تَفَاضُلُ الْأَشْجَارِ فِي أَنْفَسِهَا فَقَدْ حَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ فِي الشَّجَرِ إنْ كَانَ بَعْضُهَا أَقَلَّ مِنْ بَعْضٍ وَالْأَرْضُ بَعْضُهَا أَكْرَمُ مِنْ بَعْضٍ جُمِعَتْ فِي الْقَسْمِ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ مِنْ ذَلِكَ أَمْرٌ يَتَبَايَنُ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مِثْلَهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الدُّورُ فَإِنَّمَا تَتَفَاضَلُ بِالْبُنْيَانِ أَوْ بِرَغْبَةِ النَّاسِ فِي الْمَوَاضِعِ وَالزُّهْدِ فِيهَا فَأَمَّا الْبُنْيَانُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ إنْ كَانَتْ إحْدَى الدَّارَيْنِ قَاعَةً لَمْ يَجْمَعْهَا فِي الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ بِنَاءُ إحْدَى الدَّارَيْنِ أَجَدَّ مِنْ بِنَاءِ الْأُخْرَى جُمِعَ فِي الْقَسْمِ إذَا كَانَتْ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْمَاجِشُونِ فِي

الْمَجْمُوعَةِ إذَا اشْتَبَهَتْ الدُّورُ فِي بِنَائِهَا وَتَقَارَبَتْ جُمِعْنَ فِي الْقَسْمِ فَيَجِيءُ مِنْ مَجْمُوعِ قَوْلِهِمَا مُرَاعَاةُ فَصْلَيْنِ: أَحَدِهِمَا إنْ كَانَتْ إحْدَى الدَّارَيْنِ عَارِيَّةً مِنْ الْبُنْيَانِ أَوْ خَرِبَةً فِي حُكْمِ الْعَارِيَّةِ لَمْ تُجْمَعْ مَعَ الْمَبْنِيَّةِ، وَالْفَصْلُ الثَّانِي أَنْ يَكُونَ بُنْيَانُهَا مُتَبَايِنًا فَيَقْتَضِي قَوْلَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَلَى مَا عُهِدَ مِنْ مَقَاصِدِهِ أَنَّهُمَا لَا يُجْمَعَانِ وَهُوَ عِنْدِي طَرْدُ قَوْلِ أَشْهَبَ فِي أَنَّ مَا كَانَ مِنْ الثِّيَابِ فِي الْبَيْعِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ أَنَّهُ لَا يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ وَمَا كَانَ فِي الْبَيْعِ جِنْسًا وَاحِدًا فَإِنَّهُ يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ.

وَقَدْ حَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ فِي الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ تُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ وَبَعْضُهَا أَفْضَلُ مِنْ بَعْضٍ إلَّا أَنْ تَتَبَايَنَ فَيَجِبَ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يُجْمَعَ الْمُتَفَاضِلُ فِي الْبُنْيَانِ فِي الْقَسْمِ إلَّا أَنْ يَتَبَايَنَ فَلَا يُجْمَعُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْأَمَاكِنُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ جُمِعَتْ فِي الْقَسْمِ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا أَعْمَرَ مِنْ بَعْضٍ كَالْأَرَضِينَ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ وَبَعْضُهَا أَكْرَمُ مِنْ بَعْضٍ قَالَ سَحْنُونٌ وَلَيْسَتْ الدُّورُ كَالْأَرَضِينَ فَقَدْ تَكُونُ الدُّورُ فِي نَمَطٍ وَنَفَاقُهَا مُخْتَلِفٌ وَمِنْ دَارِي إلَى الْجَامِعِ نَمَطٌ وَاحِدٌ وَهُوَ مُتَبَايِنُ الِاخْتِلَافِ فَثَبَتَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ أَشْهَبَ وَسَحْنُونٍ فِي النَّمَطِ الْوَاحِدِ وَيَجِبُ أَنْ يُحَقَّقَ مَعَ النَّمَطِ مَعْنَى النَّمَطِ ثُمَّ يُبَيِّنُ وَجْهَ الِاخْتِلَافِ وَذَلِكَ أَنَّ النَّمَطَ يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا بِمَعْنَى التَّقَارُبِ فِي الصِّفَةِ فَيُقَالُ هَذِهِ الثِّيَابُ نَمَطٌ وَاحِدٌ وَهَؤُلَاءِ الْقَوْمُ مِنْ نَمَطٍ بِمَعْنَى التَّقَارُبِ فِي الصِّفَاتِ وَالْأَحْوَالِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِلتَّقَارُبِ فِي الصِّفَةِ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ سِيَاقُ كَلَامِهِمَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالنَّمَطِ الْمَحَلَّةَ الْوَاحِدَةَ وَالرَّبَضُ الْوَاحِدُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَا بِهِ التَّقَارُبَ فِي الْمَكَانِ فَقَدْ جَعَلَ أَشْهَبُ ذَلِكَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْجَمْعِ وَمَنَعَ مِنْهُ سَحْنُونٌ إلَّا بِأَنْ يَضُمَّ إلَى ذَلِكَ صِفَةً أُخْرَى وَهِيَ التَّقَارُبُ فِي رَغْبَةِ النَّاسِ فَقَدْ يَكُونُ أَحَدُ طَرَفَيْ الْمَحَلَّةِ أَوْ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَقْرُبُ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ أَغْبَطَ عِنْدَ النَّاسِ مِنْ الْآخَرِ لِقُرْبِهِ مِنْ مِرْفَقٍ مِنْ الْمَرَافِقِ جَامِعٍ أَوْ مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ غَيْرَ أَنَّ أَشْهَبَ جَوَّزَ الْجَمْعَ بَيْنَ مَا تَقَارَبَتْ مَوَاضِعُهُ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ أَمَاكِنِهَا أَفْضَلَ مِنْ بَعْضٍ كَمَا جَوَّزَ جَمْعَ الْأَرْضِ الْمُتَقَارِبَةِ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا أَكْرَمَ مِنْ بَعْضٍ فَكَانَ يَجِبُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الثِّيَابِ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ إلَّا فِي التَّفَاضُلِ الْيَسِيرِ الَّذِي لَا تَخْتَلِفُ فِيهِ الْمَنَافِعُ اخْتِلَافًا بَيِّنًا.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ قَدْ تَكُونُ بَعْضُ الدُّورِ قُرْبَ السُّوقِ وَالْمِرْفَقِ، أَوْ قُرْبَ الْمَسْجِدِ وَالْأُخْرَى بَعِيدَةً مِنْ ذَلِكَ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا إلَّا بِتَرَاضٍ بِغَيْرِ سَهْمٍ فَبَيَّنَ بَعْضَ وُجُوهِ الْمُرَاضَاةِ فِي تَفْضِيلِ الْأَمَاكِنِ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ ذَلِكَ فِي نَمَطٍ وَاحِدٍ وَأَنْمَاطٍ مُتَبَاعِدَةٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَا كَانَ حَوْلَ الْمَسْجِدِ مِنْ الدُّورِ فَهُوَ الَّذِي تَشَاحَّ النَّاسُ فِيهِ وَيُضَمُّ

بَعْضُهُ إلَى بَعْضٍ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ إذَا كَانَتْ إحْدَى الدَّارَيْنِ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ الْمَدِينَةِ وَالدَّارُ الْأُخْرَى فِي نَاحِيَةٍ أُخْرَى بَعِيدَةٍ مِنْ الْأُولَى إلَّا أَنَّ رَغْبَةَ النَّاسِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ سَوَاءٌ فَإِنَّهُمَا يُجْمَعَانِ فِي الْقَسْمِ؛ لِأَنَّ الدَّارَيْنِ سَوَاءٌ

(55/6)

. . . .

[المنتقى]

فِي الْمَوْضِعِ وَالنَّفَاقِ فَلَا يَلْتَفِتُ إلَى افْتِرَاقِهِمَا فَذَهَبَ إلَى أَنَّ الْمُرَاعَى فِي الْأَمَاكِنِ تَسَاوِيهِمَا فِي رَغْبَةِ النَّاسِ وَإِنْ تَبَاعَدَتْ وَفَرَّقَ بَيْنَ الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ أَنَّ الْبَلَدَ الْوَاحِدَ لَا تَخْتَلِفُ أَغْرَاضُ النَّاسِ فِيهِ مَعَ تَسَاوِي الْمَوْضِعَيْنِ فِي النَّفَاقِ وَالْمَرَافِقِ وَتَخْتَلِفُ فِي الْبَلَدَيْنِ فَتَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ أَشْهَبَ يُرَاعِي فِي الْأَمَاكِنِ تَقَارُبَ الدُّورِ فِي النَّمَطِ وَيُرَاعِي سَحْنُونٌ الْقُرْبَ وَالتَّسَاوِي فِي النَّفَاقِ وَيُرَاعِي ابْنُ الْقَاسِمِ التَّسَاوِي فِي النَّفَاقِ خَاصَّةً وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ أَشْهَبَ وَسَحْنُونٍ فِي مُرَاعَاةِ الْقُرْبِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا تَبَاعَدَ مَا بَيْنَ الدَّارَيْنِ مِثْلَ مَنْزِلِي هَذَا وَمَنْزِلٍ آخَرَ بِالثَّنِيَّةِ لَمْ يُجْمَعْ فِي الْقَسْمِ بِخِلَافِ النَّخِيلِ وَالْحَوَائِطِ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْبُعْدُ فِي الْأَرَضِينَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ كَانَتْ الْقُرَى مُتَبَاعِدَةً الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ قُسِمَتْ كُلُّ قَرْيَةٍ مُفْرَدَةً وَإِنْ تَسَاوَتْ رَغْبَةُ النَّاسِ فِيهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ –، وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدِي بِقَدْرِ مَا يُرَى مِنْ الْبُعْدِ وَالْقُرْبِ وَيُؤَدِّي إلَيْهِ الِاجْتِهَادُ وَإِنَّمَا ذَكَرْنَا مَا ذَكَرْنَا مِنْهُ لِيَتَقَوَّى بِهِ الْمُجْتَهِدُ عَلَى مَا يُرِيدُهُ مِنْ النَّظَرِ وَالِاجْتِهَادِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَيْسَ لِلْقُرْبِ حَدٌّ إلَّا بِقَدْرِ مَا يُرَى يَوْمَ يَقَعُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأَشْجَارُ فَإِنَّ ابْنَ حَبِيبٍ يَجْمَعُ الْبَعْلَ كُلَّهُ إذَا تَجَاوَرَ فِي الْمَوْضِعِ كَالْمِيلِ وَالْمِيلَيْنِ.

وَقَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ فِي أَمْلَاكٍ بَيْنَ وَرَثَةٍ مِنْهَا بِوَادِي الْقُرَى وَبِخَيْبَرَ وَبِالْفَرْعِ أَنَّ مَنْ كَانَ

مِنْهَا بِوَادِي الْقُرَى وَبِخَيْبَرَ جُمِعَ فِي الْقَسْمِ وَيُجْمَعُ مَا كَانَ بِالْفَرْعِ إلَى مَا كَانَ بِنَاحِيَتِهَا قَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ بِخِلَافِ الدُّورِ، وَقَدْ قَالَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْحَوَائِطِ الْمُتَبَاعِدَةِ بَيْنَهَا الْيَوْمُ وَالْيَوْمَانِ إنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ يُقَدَّرُ بِالْقِسْمَةِ قَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ وَلَا يَقْسِمُ حَوَائِطَ الْمَدِينَةِ مَعَ حَوَائِطِ خَيْبَرَ، وَقَالَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ بَيْنَهُمَا ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ مِيلًا.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْمَاجِلُ وَالْحَمَّامُ وَالْبَيْتُ الصَّغِيرُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يُقَسَّمُ الْحَمَّامُ وَغَيْرُهُ مِمَّا فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَمْ أَعْلَمْ أَحَدًا مِنْ أَصْحَابِنَا وَافَقَ مَالِكًا عَلَى قِسْمَةِ الْحَمَّامِ وَلَا سَمِعْت مَنْ يَسْتَجِيزُ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ شَاذٌّ لَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ إلَّا ابْنَ كِنَانَةَ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ نَافِعٍ وَابْنُ وَهْبٍ سَوَاءٌ ضَاقَ الْقَسْمُ عَنْ جَمِيعِهِمْ، أَوْ عَنْ بَعْضِهِمْ، وَإِنْ كَانَ أَصْغَرُهُمْ حَظًّا لَهُ انْتِفَاعٌ فِي وَجْهٍ مِنْ وُجُوهِ الْمَنَافِعِ وَإِنْ قَلَّ مِمَّا لَا ضَرَرَ فِيهِ فَالْقَسْمُ قَائِمٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَرَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ مُطَرِّفٌ وَاَلَّذِي آخُذُ بِهِ إنْ كَانَ لِبَعْضِهِمْ فِي ذَلِكَ مَنْفَعَةٌ لِسِعَةِ سَهْمِهِ وَبَعْضُهُمْ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ لِضِيقِ سَهْمِهِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا كَمَا قَالَ مَالِكٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَبَيْعُهُ وَقِسْمَةُ ثَمَنِهِ أَوْلَى بِالصَّوَابِ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِقَوْلِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا} [النساء: 7] .

وَقَالَ مَنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ أَصْحَابِنَا مَعْنَى الْآيَةِ ثُبُوتُ حَقِّهِ ثُمَّ يُقْسَمُ عَلَى السُّنَّةِ كَالْعَبْدِ الْوَاجِبِ فِيهِ نَصِيبُ كُلِّ وَارِثٍ وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ دُونَ عَيْنِهِ وَاحْتَجَّ ابْنُ الْقَاسِمِ بِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» ، وَهَذَا أَيْضًا يَحْتَاجُ إلَى تَأَمُّلٍ قَدْ ذَكَرْته فِي الِاسْتِيفَاءِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا يُقْسَمُ الْحَمَّامُ وَلَا الْفُرْنُ وَلَا الرَّحَا وَلَا الْبِئْرُ وَلَا الْعَيْنُ وَلَا السَّاقِيَةُ وَلَا الدُّكَّانُ وَلَا الْجِدَارُ وَلَا الطَّرِيقُ وَلَا الشَّجَرَةُ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ يُقْسَمُ الْجِدَارُ إنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِاخْتِلَافٍ وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَمَعْنَى الضَّرَرِ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ لَا يَبْقَى فِيهِ الْمَنْفَعَةُ الثَّابِتَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِثْلُ الدَّارِ الَّتِي تُقْسَمُ فَيَكُونُ مَا يَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا يَسْكُنُ، وَأَمَّا الْحَمَّامُ فَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَبْقَى نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَمَّامًا فِي الْأَغْلَبِ، وَلِذَلِكَ لَا يُقْسَمُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَيُرَاعَى مَعَ ذَلِكَ أَنْ لَا تُذْهِبَ الْقِسْمَةُ مُعْظَمَ مَنَافِعِهِ، وَإِنْ بَقِيَ عَلَى حُكْمِ مَنْفَعَتِهِ، وَأَمَّا مَا يُرَاعِيه ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَائِرُ أَصْحَابِنَا فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

. . . .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) وَأَمَّا مَا لَيْسَ مِنْ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ كَالْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ فَإِنَّ مِنْهُ مَا يُقْسَمُ دُونَ ضَرَرٍ وَمِنْهُ مَا لَا يُقْسَمُ إلَّا بِضَرَرٍ فَأَمَّا مَا يُقْسَمُ دُونَ ضَرَرٍ فَكَجَمَاعَةِ الْعَبِيدِ وَالدَّوَابِّ وَالثِّيَابِ فَأَمَّا الْعَبِيدُ فَإِنَّهُ يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ صِغَارُهُمْ وَكِبَارُهُمْ وَأَعْجَمِيُّهُمْ وَفَصِيحُهُمْ وَحَسَنُهُمْ وَقَبِيحُهُمْ زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْهَدِيمُ وَإِنْ تَقَارَبَتْ أَثْمَانُهُمْ إذَا اعْتَدَلَتْ فِي الْقِيمَةِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّقِيقِ الْمُشْتَرَكِ لِجَمَاعَةٍ فَأَرَادَ بَعْضُهُمْ قَسْمَهُ إنْ أُسْتُطِيعَ أَنْ يُقْسَمَ قُسِمَ وَإِلَّا بِيعَ فَإِنْ كَانَ مِنْ جَمَاعَةِ الرَّقِيقِ مَا لَا يَنْقَسِمُ كَالْخَمْسَةِ بَيْنَ الْعَشَرَةِ لَمْ تُقْسَمْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَلَا يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ الْخَيْلُ مَعَ الْبِغَالِ وَلَا الْبِغَالُ مَعَ الْحُمُرِ وَلَا الْإِبِلُ مَعَ الْبَقَرِ وَلَا الْبَقَرُ مَعَ الْغَنَمِ وَإِنْ اعْتَدَلَتْ الْغَنَمُ وَلَكِنْ يُقْسَمُ كُلُّ نَوْعٍ عَلَى حِدَتِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْبَرَاذِينِ صِنْفٌ عَلَى حِدَةٍ وَيُقْسَمُ بِالتَّرَاضِي، وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي الْعُتْبِيَّةِ بَلَغَنِي عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ لَا يُقْسَمُ شَيْءٌ مِنْ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ بِالْقِيمَةِ وَلَكِنْ يُبَاعُ ذَلِكَ وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَالَّذِي رَوَى عَنْهُ ابْنُ حَبِيبٍ خِلَافُ هَذَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مِمَّا تَصِحُّ فِيهِ الْقِسْمَةُ وَالْمُسَاوَاةُ بِالْقِسْمَةِ كَالْأَرَضِينَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَا لَا تَنْقَسِمُ آحَادُهُ فَلَا تَنْقَسِمُ جَمَاعَتُهُ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ فِي الْمَذْهَبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الثِّيَابُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ ذَهَبَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَى أَنَّ الْبَزَّ كُلَّهُ مِنْ الْخَزِّ وَالْحَرِيرِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالدِّيبَاجِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْهُ فِي الْقُطْنِ وَالصُّوفِ وَالْكَتَّانِ وَالْمَرْعَزِ وَالْفِرَاءِ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فِي الْقِسْمَةِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ إذَا كَانَ كُلُّ صِنْفٍ لَا يَتَحَمَّلُ أَنْ يُفْرَدَ بِالْقِسْمَةِ، وَأَمَّا الْبُسُطُ وَالْوَسَائِدُ فَلَا تُجْمَعُ مَعَ الْبَزِّ وَالثِّيَابِ وَعِنْدِي أَنَّ ظَاهِرَ هَذَا أَنَّ الْفِرَاءَ مِنْ جُمْلَةِ الْبَزِّ وَأَنَّ هَذَا الِاسْمَ يَقَعُ عَلَى كُلِّ مَا يُلْبَسُ مِنْ مَخِيطٍ أَوْ غَيْرِهِ اللِّبَاسُ الْمَرْئِيُّ بِمَعْنَى التَّجَمُّلِ عَلَى الْجَسَدِ وَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْبَزِّ الْأَكْسِيَةُ وَالْمَلَاحِفُ؛ لِأَنَّهَا تُلْبَسُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَبِذَلِكَ يَتَمَيَّزُ الْبَزُّ مِنْ غَيْرِهِ مِنْ الْأَجْنَاسِ وَهِيَ عِنْدَهُ عِلَّةُ الْجَمْعِ فِي الْقَسْمِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَخَالَفَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يُقْسَمُ ثِيَابُ الْخَزِّ وَالْحَرِيرِ مَعَ ثِيَابِ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ وَلَا مَعَ الْفِرَاءِ وَلَا يُقْسَمُ الصُّوفُ وَالْمِرْعِزَّى مَعَ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَثِيَابُ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِي الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُمُصٌ وَأَرْدِيَةٌ وَعَمَائِمُ زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَسَرَاوِيلَاتٌ، وَثِيَابُ الْخَزِّ وَالْحَرِيرُ مِنْ الْوَشْيِ وَغَيْرِهِ صِنْفٌ وَاحِدٌ إلَّا مَا كَانَ

مِنْ وَشْيٍ يُرِيدُ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَشْيَ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ فَلَا يُقْسَمُ مَعَ وَشْيِ الْخَزِّ وَالْحَرِيرِ وَلْيُقْسَمْ وَحْدَهُ قَالَ وَثِيَابُ الدِّيبَاجِ صِنْفٌ لَا تُقْسَمُ مَعَ ثِيَابِ الْخَزِّ وَالْحَرِيرِ وَثِيَابُ الصُّوفِ وَالْمِرْعِزَّى صِنْفٌ، وَإِنْ كَانَ مِنْهَا جُبَبٌ وَتِيجَانٌ وَفِرَاءُ الْخَزِّ فَإِنْ صِنْفٌ لَا يُضَمُّ إلَى فِرَاءِ الْفَنِلِّيَاتِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ كُلُّ مَا يَجُوزُ مِنْ هَذَا أَنْ يُبَاعَ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ إلَى أَجَلٍ فَلَا يُضَمُّ لَهُ فِي الْقَسْمِ؛ لِأَنَّهُمَا صِنْفَانِ وَكُلُّ مَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِيهِ فَهُوَ صِنْفٌ وَاحِدٌ يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ قَالَ أَشْهَبُ لَوْ جُمِعَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ بَزٍّ لَوَجَبَ أَنْ يُجْمَعَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ دَابَّةٍ فَيُقْسَمُ الرَّقِيقُ مَعَ الدَّوَابِّ وَالْخَيْلُ مَعَ الْحَمِيرِ وَالْإِبِلُ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ وَمَذْهَبُ أَشْهَبَ فِي هَذَا أَصَحُّ عِنْدَ سَحْنُونٍ وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ عَلَى هَذَا قِسْمَةُ الزَّيْتُونَةِ وَالنَّخْلَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَلِّمُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ رَأْسًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ اللُّؤْلُؤُ مَعَ الْيَاقُوتِ وَلَا الزَّبَرْجَدُ مَعَ الْيَاقُوتِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ الطَّعَامِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا، أَوْ مِمَّا لَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُون جُزَافًا أَوْ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا فَإِنْ كَانَ جُزَافًا وَكَانَ مِمَّا تَدْعُو إلَى قِسْمَتِهِ فِي رُءُوسِ شَجَرِهِ حَاجَةٌ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَأَشْهَبَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إجَازَةَ ذَلِكَ بِشُرُوطٍ أُتُّفِقَ عَلَى بَعْضِهَا فَمِمَّا اتَّفَقَا أَنْ تَخْتَلِفَ حَاجَتُهُمْ إلَى ذَلِكَ بِأَنْ يُرِيدَ بَعْضُهُمْ

(57/6)

. . . .

[المنتقى]

بَيْعًا وَبَعْضُهُمْ أَنْ يَأْكُلَ رُطَبًا وَبَعْضُهُمْ أَنْ يُيَبِّسَ، وَأَمَّا إنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا بَيْعَهُ وَالْآخَرُ أَكْلَهُ فَقَدْ جَوَّزَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْبَلَحِ الْكَبِيرِ وَأَنْكَرَهُ سَحْنُونٌ وَلَمْ يَرَهُ اخْتِلَافَ حَاجَةٍ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَبِيعُ يَجِدُ، وَقَدْ اجْتَمَعَا عَلَى الْجِدَادِ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ يُبْطِلُ الْقَسْمَ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ سَحْنُونٌ فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ مَالِكًا جَوَّزَ قِسْمَتَهُ مِنْ غَيْرِ جَدٍّ فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُعَجِّلَ الْجَدَّ عَجَّلَ، وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ أَخَّرَ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْجَدِّ لَمَا قُسِمَ إلَّا بِالْكَيْلِ، وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ إذَا أَثْمَرَ.

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَلَوْ اقْتَسَمَاهُ بَعْدَ مَا أَزْهَى حِينَ اخْتَلَفَتْ حَاجَتُهُمَا فَتَرَكَاهُ حَتَّى أَثْمَرَ لَمْ تُنْتَقَضْ

الْقِسْمَةُ.
وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهَا؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ ذَلِكَ بِالْخَرْصِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْحَاجَةِ قَبْضٌ وَالْخَرْصُ هُوَ الْكَيْلُ وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ يَجُدُّ وَيُبَاشِرُ بَيْعَهُ بَلْ يَبِيعُ حِصَّتَهُ مِنْ حَائِطِهِ أَوْ جَمِيعِهِ مِمَّنْ يُبَاشِرُ ذَلِكَ وَيُحَاوِلُهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَأْكُلَ لَا يُمْكِنُهُ جَدُّهُ إلَّا حَسَبَ حَاجَتِهِ إلَى أَكْلِهِ وَذَلِكَ لَا يَتَقَدَّرُ إلَّا بِحَسَبِ مَا يَبْدُو إلَيْهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ.
(فَرْعٌ) وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَنَّ ذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ إذَا طَابَ وَحَلَّ بَيْعُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ فَإِنْ لَمْ يَطِبْ النَّخْلُ وَالْعِنَبُ لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَهُمْ بِالْخَرْصِ قَالَ وَلَا يُقْسَمُ النَّخْلُ عَلَى حَالٍ إلَّا أَنْ يَجُدَّاهُ أَوْ يُتْرَكَ حَتَّى يَطِيبَ فَيَقْتَسِمَانِهِ.
وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَهُ هُوَ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَهُمْ قَسْمُ بَلَحِ الْأَرْضِ الْكَثِيرِ عَلَى الْخَرْصِ، وَإِنْ لَمْ يَجُدَّ أَحَدُهُمَا إلَّا بَعْدَ يَوْمٍ، أَوْ يَوْمَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ يُتْرَكْ الْبَلَحُ حَتَّى يَزْهَى فَتُنْتَقَضُ الْقِسْمَةُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ فَتَبَيَّنَ بِهَذَا أَنَّ مَنْعَهُ قِسْمَةَ الْبَلَحِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْقِيه حَتَّى يَزْهَى.
(فَرْعٌ) وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُخْرَصُ وَهُوَ النَّخْلُ وَالْعِنَبُ فَلَمْ يُجَوِّزْ ابْنُ الْقَاسِمِ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِمَا، وَقَالَ لَا تُقْسَمُ الْفَاكِهَةُ بِالْخَرْصِ، وَإِنْ احْتَاجَ إلَيْهَا أَهْلُهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي النَّخْلِ وَالْعِنَبِ.
وَقَدْ ذَكَرَ لِي بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ مَالِكًا رَخَّصَ فِيهِ فَسَأَلْته عَنْهُ فَقَالَ: لَا أَرَى ذَلِكَ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا بَأْسَ بِهِ فِي النَّخْلِ وَالْعِنَبِ وَالتِّينِ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَعْنَى شُرِعَ فِيهِ الْخَرْصُ فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَصَّ بِالنَّخْلِ وَالْعِنَبِ كَالزَّكَاةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحَاجَةَ فِي الزَّكَاةِ إلَى الْخَرْصِ إنَّمَا هِيَ؛ لِأَنَّهَا مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَكْلِهِ رُطَبًا فَخَرَصَ عَلَيْهِمْ لِيَتَقَرَّرَ مِقْدَارُ الزَّكَاةِ فِي الثَّمَرَةِ وَتُطْلَقُ أَيْدِيهِمْ عَلَيْهَا وَهَذَا مَعْنًى يَخْتَصُّ بِالنَّخْلِ وَالْعِنَبِ مِمَّا فِيهِ الزَّكَاةُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ، وَأَمَّا الْقِسْمَةُ فَالْحَاجَةُ إلَيْهَا فِي سَائِرِ الثِّمَارِ كَالْحَاجَةِ إلَيْهَا فِي النَّخْلِ وَالْعِنَبِ فَإِبَاحَةُ الْخَرْصِ لِلْقِسْمَةِ فِي جَمِيعِهَا إذْ لَا سَبِيلَ إلَيْهَا بِغَيْرِهِ.
(فَرْعٌ) وَالشَّرْطُ الرَّابِعُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ، وَقَدْ كَرِهَ مَالِكٌ ذَلِكَ فِي الثِّمَارِ الْكَثِيرَةِ جِدًّا؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُنَالُ بِعَجَلَةٍ وَلَا يَخْتَلِفُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إلَّا فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ.
(فَرْعٌ) وَالشَّرْطُ الْخَامِسُ أَنْ لَا يَخْتَلِفَ فَيَأْخُذَ أَحَدُهُمَا بُسْرًا وَالْآخَرُ رُطَبًا، وَإِنْ كَانَ بِالْخَرْصِ وَلَكِنْ لَا يَقْتَسِمَانِ الرُّطَبَ وَيَقْتَسِمَانِ الْبُسْرَ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ وَالْبُسْرِ بِالرُّطَبِ لِاخْتِلَافِ صِفَتِهِمَا وَتَعَذُّرِ مَعْرِفَةِ تَسَاوِيهِمَا حَالَ الِادِّخَارِ وَذَلِكَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ.
(فَرْعٌ) وَالشَّرْطُ السَّادِسُ أَنْ يَتَحَرَّى تَسَاوِي الْكَيْلِ فِي الْمَكِيلِ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْكَيْلِ أَفْضَلَ مِنْ بَعْضٍ

كَالْبَرْنِيِّ وَالصَّيْحَانِيِّ وَالْعَجْوَةِ وَالْعِنَبِ الْأَحْمَرِ وَالْأَسْوَدِ فَإِنَّهُ يُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ عَلَى تَسَاوِي الْكَيْلِ فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ أَحَدُهُمْ قُسِمَ كُلُّ نَوْعٍ مُفْرَدًا قَالَهُ مَالِكٌ قَالَ، وَإِنْ أَحَبَّا الْمُقَاوَمَةَ جَازَ ذَلِكَ، وَمَنْ طَلَبَ مِنْهُمَا الْقِسْمَةَ فَذَلِكَ لَهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَعِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ لَا تَجُوزُ إلَّا بِالْقُرْعَةِ وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّهَا تَمْيِيزٌ لِلْحَقِّ، وَأَمَّا لِلْمُرَاضَاةِ فَإِنَّهُ بَيْعٌ مَحْضٌ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْعَقِدَ فِي الْمَطْعُومِ إلَّا بِقَبْضٍ نَاجِزٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اُقْتُسِمَتْ الْأُصُولُ وَفِيهَا ثَمَرٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مُزْهِيًا، أَوْ غَيْرَ مُزْهٍ فَإِنْ كَانَتْ

(58/6)

. . . .

[المنتقى]

الثَّمَرَةُ بَلَحًا أَوْ طَلْعًا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقْسَمَ ذَلِكَ مَعَ النَّخْلِ مَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَكُونَ طَلْعًا أَوْ يَكُونَ بَلَحًا حُلْوًا فَلَا يَجُوزُ لِامْتِنَاعِ التَّفَاضُلِ فِيهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيد وَعِنْدِي أَنَّ مَنْعَهُ قِسْمَتَهَا مَعَ الطَّلْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتُهَا دُونَ الطَّلْعِ؛ لِأَنَّهَا ثَمَرَةٌ لَمْ تُؤَبَّرْ وَلَا يَجُوزُ قِسْمَتُهَا مَعَ الطَّلْعِ؛ لِأَنَّهُ مَأْكُولٌ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تُقْسَمُ الرِّقَابُ وَيُتْرَكُ الْبَلَحُ وَالطَّلْعُ وَأَنْكَرَ سَحْنُونٌ ذِكْرَهُ لِلطَّلْعِ، وَقَالَ إذَا لَمْ يُؤَبَّرْ لَمْ تَجُزْ قِسْمَتُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ كَالزَّرْعِ وَالْبُقُولِ فَإِنَّهُ لَا يُقْسَمُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِالْخَرْصِ حَتَّى يُجَذَّ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ كُلُّ مَا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ مِنْ الطَّعَامِ فَلَا يُقْسَمُ بِالتَّحَرِّي لَا زَرْعًا وَلَا حَصِيدًا وَلَا مَدْرُوسًا وَلَا مُصَبَّرًا إلَّا كَيْلًا فِيمَا يُكَالُ، أَوْ وَزْنًا فِيمَا يُوزَنُ، أَوْ عَدَدًا فِيمَا يُعَدُّ مَا خَلَا الثِّمَارَ إذَا بَدَا صَلَاحُهَا وَقَالَهُ مَالِكٌ وَمِنْ أَصْحَابِهِ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعَلَّلَ بِعِلَّتَيْنِ عَلَى أَصْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الْخَرْصُ فَلَا يَصِحُّ التَّسَاوِي فِيهِ وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا يُقْبَضُ فِي الْوَقْتِ وَعَدَمُ التَّقَابُضِ فِيهِ يُفْسِدُ قِسْمَتَهُ، وَحَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ كَرِهَ قِسْمَةَ الْبُقُولِ بِالْخَرْصِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ؛ لِأَنَّهُ لَا

يَقْبِضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا صَارَ إلَيْهِ، وَقَدْ أَخْطَأَ مَنْ قَالَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يُجِيزُ قِسْمَتَهُ بِالتَّحَرِّي بَعْدَ الْجَدِّ وَهُوَ يُجِيزُ التَّحَرِّي فِي الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ فَكَيْفَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ قَدْ أَزْهَتْ أُفْرِدَتْ الرِّقَابُ بِالْقِسْمَةِ ثُمَّ إنْ قُسِمَتْ الثَّمَرَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لِاخْتِلَافِ الْحَاجَةِ فَيَسْقِي كُلُّ وَاحِدٍ نَخْلَهُ، وَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَتُهَا لِغَيْرِهِ كَبَائِعِ ثَمَرَةِ نَخْلِهِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ سَحْنُونٌ.

وَقَالَ: الْقَسْمُ تَمْيِيزُ حَقٍّ وَالسَّقْيُ عَلَى مَنْ لَهُ الثَّمَرَةُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَلَوْ كَانَ كَالْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ عَلَى صَاحِبِ الْأَصْلِ إلَّا أَنْ يَسْقِيَ نِصْفَ مَا لَهُ فِي أَصْلِهِ وَنِصْفَ مَا فِي نَخْلِ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ قَدْ تَخْتَلِفُ فِي الْخَرْصِ فَتَعْدِلُ ثَمَرَةُ نَخْلَةٍ ثَمَرَةَ نَخَلَاتٍ فَيَخْتَلِفُ السَّقْيُ وَالْخَرْصُ سَوَاءٌ وَفَرَّقَ آخَرُ أَنَّ الْجَائِحَةَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْقِسْمَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ قَسَّمَهُ صُبُرًا فَلَا يَخْلُو أَنْ يُقْسَمَ بِمَقَادِيرِهِ أَوْ يُقْسَمَ بِالتَّحَرِّي فَإِنْ قُسِمَ بِمَقَادِيرِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي قَسْمِ الرُّطَبِ وَالتَّمْرِ وَالْعِنَبِ: إنَّهُ يُقَسِّمُ عَلَى الْأَكْثَرِ مَنْ شَأْنُهُ فِي الْبَلَدِ مِنْ الْوَزْنِ، أَوْ الْكَيْلِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا بَأْسَ أَنْ يُقَسِّمَ الْقَاضِي الزَّيْتَ كَيْلًا، أَوْ وَزْنًا أَيُّ ذَلِكَ شَاءَ فَعَلَ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمُدَوَّنَةِ: بَيْعُ الزَّيْتِ بِالْكَيْلِ فَأَمَّا بِالْوَزْنِ فَأَيُّ عَرَفَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْكَيْلِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ فَلَا خَيْرَ فِيهِ فَجَعَلَ الْأَصْلَ فِيهِ الْكَيْلَ، وَإِنْ قَسَمَ عَلَى التَّحَرِّي فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ، أَوْ مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا فَقَدْ حَكَى ابْنُ حَبِيبٍ فِي وَاضِحَتِهِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ مُصَبَّرًا بِالتَّحَرِّي إلَّا كَيْلًا فِي الْمَكِيلِ، أَوْ وَزْنًا فِي الْمَوْزُونِ، أَوْ عَدَدًا فِي الْمَعْدُودِ وَحَكَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَةُ الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَالْحِيتَانِ بِالتَّحَرِّي.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا وَيَلْزَمُ فِيهِ التَّسَاوِي وَلَا يُوصَلُ إلَى حَقِيقَةِ ذَلِكَ بِالتَّحَرِّي؛ لِأَنَّ التَّحَرِّي لَيْسَ بِمُقَدَّرٍ فِي نَفْسِهِ فَيُعْرَفُ بِهِ التَّسَاوِي، وَإِنَّمَا يَتَحَرَّى بِهِ الْمَوْزُونُ، أَوْ الْمَكِيلُ وَلَا يُدْرِكُ حَقِيقَةَ ذَلِكَ بِالتَّحَرِّي، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ التَّحَرِّي طَرِيقٌ إلَى مَعْرِفَةِ التَّسَاوِي وَالتَّفَاضُلِ كَالْوَزْنِ وَالْكَيْلِ وَلَا شَكَّ أَنَّ التَّسَاوِي فِي أَحَدِ الْمِقْدَارَيْنِ لَا يَمْنَعُ التَّفَاضُلَ بِالْمِقْدَارِ الثَّانِي.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْمَكِيلِ وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي الْمَوْزُونِ كَاللَّحْمِ وَالْخُبْزِ

وَالْحِيتَانِ وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ بِأَنَّ التَّحَرِّيَ إنَّمَا يَجُوزُ عِنْدَ عَدَمِ مَا يُقَدَّرُ بِهِ وَالْكَيْلُ لَا يُعْدَمُ، وَلَوْ بِالْحَفْنَةِ، وَإِنَّمَا يَعْدَمُ الْمَوَازِينُ وَظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الْخُبْزِ بِالتَّحَرِّي يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ مَعَ وُجُودِ الْمَوَازِينِ؛ لِأَنَّهُ فِي الْغَالِبِ إنَّمَا يُسْلَمُ إلَيْهِ فِي أَمَدٍ يُمْكِنُ تَحْصِيلُ الْمَوَازِينِ فِيهِ وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ فِيهِ اسْتِيفَاءُ مَا يُوزَنُ

(59/6)

. . . .

[المنتقى]

غَالِبًا يُوجَدُ فِيهِ الْمَوَازِينُ فَإِنْ قَالَ بِهَذَا أَحَدٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ فَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِهِ بِالتَّحَرِّي.

(فَرْعٌ) وَالشَّرْطُ الثَّانِي رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ ذَلِكَ فِي الشَّيْءِ الْقَلِيلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَثِيرَ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ التَّسَاوِي بِالتَّحَرِّي، وَإِنَّمَا يُوصَلُ إلَى مَا يَقْرُبُ مِنْ ذَلِكَ فِي الْيَسِيرِ بِأَنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَيْءٌ مِمَّا لَا يُعْتَبَرُ وَلَا يُقْصَدُ، وَأَمَّا الْكَثِيرُ فَرُبَّمَا كَانَ بَيْنَهُمَا مِنْ التَّفَاضُلِ مَا يَمْنَعُ الْإِبَاحَةَ وَيُنَافِيهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَالْحِنَّاءِ وَالْقُطْنِ وَالْمِسْكِ وَالزَّعْفَرَانِ وَالْحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ يَجُوزُ اقْتِسَامُهُ تَحَرِّيًا عَلَى التَّعْدِيلِ وَالتَّفْضِيلِ وَلَا يَجُوزُ عَلَى الشَّكِّ فِي التَّعْدِيلِ كَالتَّبَادُلِ فِيهِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا بَأْسَ أَنْ يَقْسِمَ الْحِنَّاءَ وَالْكَتَّانَ وَالْمِسْكَ وَالْعَنْبَرَ وَغَيْرَهُ مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ بِالتَّحَرِّي، وَقَدْ قِيلَ لَا يَجُوزُ وَإِجَازَتُهُ أَحَبُّ إلَيْنَا وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَسْمُ الْحِنَّاءِ وَالتِّبْنِ وَالنَّوَى وَالْكَتَّانِ وَالْمِسْكِ إلَّا كَيْلًا فِي الْمَكِيلِ، أَوْ وَزْنًا فِي الْمَوْزُونِ إلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ التَّفَاضُلُ الْبَيِّنُ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ: وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَبْعَدُ فِي الْأَصْلِ وَأَحَبُّ إلَيَّ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ فِي الْبُقُولِ: قَدْ أَخْطَأَ مَنْ قَالَ فِي الْبُقُولِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتَهَا بَعْدَ الْجَدِّ عَلَى التَّحَرِّي وَهُوَ غَيْرُ التَّحَرِّي فِي الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ فَكَيْفَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ، وَهَذَا خِلَافُ مَا اخْتَارَهُ فِي قِسْمَةِ الْحِنَّاءِ وَالْكَتَّانِ وَالْمِسْكِ وَالْخِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرٌ فِي الْمَذْهَبِ.

وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَوَازِ أَنَّهُ يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَإِذَا تَحَرَّى الْمُسَاوَاةَ فَهُوَ أَجْوَزُ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ يَجُوزُ فِيهِ التَّسَاوِي، وَقَدْ يَجُوزُ التَّسَاوِي فِيمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْمَنْعِ أَنَّ التَّحَرِّيَ مَعَ عَدَمِ التَّفَاضُلِ يُبَيِّنُ أَنَّ الْقَصْدَ الْمُخَاطَرَةُ وَالْمُغَابَنَةُ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْجَوَازَ كَمَا لَوْ شَكَّ فِي التَّسَاوِي وَالْقِيَاسُ عِنْدِي جَوَازُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَصْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ الْآخَرِ لَا يَمْنَعُ الْجَوَازَ كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ مَطْعُومٍ وَغَيْرِ مَطْعُومٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فِيمَا يُكَالُ وَيُوزَنُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ: لَا يَكُونُ فِيهِ السَّهْمُ يُرِيدُ لَا يُقْسَمُ بِالْقُرْعَةِ، وَكَذَلِكَ عِنْدِي مَا قُسِمَ بِالتَّحَرِّي؛ لِأَنَّ التَّحَرِّيَ بَدَلٌ مِنْ الْوَزْنِ وَذَلِكَ إذَا تَسَاوَتْ السِّهَامُ فِي الْجَوْدَةِ وَالْجِنْسِ وَالْقَدْرِ لَمْ يَحْتَجْ فِي ذَلِكَ إلَى سِهَامٍ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ بِخِلَافِ مَا يَحْتَاجُ إلَى النُّقُودِ فَإِنَّهُ لَا يَبْلُغُ حَقِيقَةَ التَّمَاثُلِ فِيهِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا مَا لَا يَنْقَسِمُ إلَّا بِضَرَرٍ فَمِنْهُ مَا لَا يَصِحُّ ذَلِكَ فِيهِ كَالْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَمِنْهُ مَا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِيهِ وَلَكِنْ يَدْخُلُ فِيهِ الضَّرَرُ كَالشِّقَّةِ مِنْ الْقُطْنِ، أَوْ الْكَتَّانِ أَوْ الصُّوفِ، أَوْ الْحَرِيرِ، أَوْ الْخَزِّ، أَوْ الْحُلِّ أَوْ الْجِذْعِ مِنْ الْخَشَبِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا تُقْسَمُ الْخَشَبَةُ فَإِنْ قِيلَ: مِنْ الْخَشَبِ مَا يَصْلُحُ بِالْقَطْعِ، وَكَذَلِكَ مِنْ الثِّيَابِ مَا يَكُونُ قَطْعُهُ صَلَاحًا وَلَا يُكَلَّفُ ذَلِكَ مَنْ أَبَاهُ، وَإِنَّمَا الْقِسْمَةُ فِي غَيْرِ الرِّبَاعِ مِنْ الْأَرَضِينَ فِيمَا لَا يُحَالُ عَنْ حَالٍ وَلَا يَحْدُثُ بِالْقِسْمَةِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مِنْ قَطْعٍ وَلَا زِيَادَةِ دَرَاهِمَ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ أَيْضًا لَا تُقْسَمُ الْخَشَبَةُ وَلَا الثَّوْبُ الْوَاحِدُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا كَانَ فِي حُكْمِ الْعَيْنِ الْوَاحِدِ كَاللِّبَاسِ وَالْخُفَّيْنِ وَالْجَوْرَبَيْنِ وَحُكْمُهُ فِي مَنْعِ الْقِسْمَةِ إذَا أَبَى ذَلِكَ أَحَدُهُمَا حُكْمَ الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا وَاخْتَلَفُوا فِي الْغِرَارَتَيْنِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ إنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ فَسَادُ قِسْمَتِهِمَا بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا فَسَادٌ لَمْ أَقْسِمْهُمَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا تُقْسَمُ وَجَعَلَهُمَا كَالْخُرْجِ وَجَوَّزَ أَشْهَبُ قِسْمَتَهُمَا فِي الْمَجْمُوعَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْغَالِبَ مِنْ حَالِهِمَا اسْتِعْمَالُهُمَا جَمِيعًا فِي الْحَمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَا يُقْسَمَانِ كَالْخُرْجِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ

قَدْ تُسْتَعْمَلُ الْوَاحِدَةُ مِنْهُمَا غَالِبًا عَلَى الدَّوَابِّ وَعَلَى ظُهُورِ الرِّجَالِ فَثَبَتَ لَهُمَا حُكْمُ الْقِسْمَةِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُقْسَمُ فَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى بَقَاءِ ذَلِكَ عَلَى حُكْمِ الشَّرِكَةِ جَازَ ذَلِكَ وَإِنْ أَرَادُوا أَنْ يَتَهَاوَنُوا فِي ذَلِكَ جَازَ وَلَا يُجْبَرُ أَحَدٌ

(60/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ مُحَيِّصَةُ «أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا»)

[المنتقى]

عَلَى ذَلِكَ، وَمَنْ دَعَا إلَى الْبَيْعِ أُجْبِرَ إشْرَاكُهُ عَلَى التَّسْوِيقِ مَعَهُ فَإِنْ أَرَادَ الْبَيْعَ مَنْ دَعَا إلَيْهِ قِيلَ لِمَنْ أَبَاهُ مِنْ إشْرَاكِهِ إمَّا أَنْ تَأْخُذَ حِصَّتَهُ بِمَا أَعْطَى فِيهَا وَإِمَّا أَنْ تَبِيعَ مَعَهُ.

[الْقَضَاءُ فِي الضَّوَارِي وَالْحَرِيسَةِ]

(الْقَضَاءُ فِي الضَّوَارِي وَالْحَرِيسَةِ) قَوْلُهُ الضَّوَارِي يُرِيدُ مَا ضَرِيَتْ أَكْلَ زُرُوعِ النَّاسِ مِنْ الْبَهَائِمِ، وَالْحَرِيسَةُ: الْمَاشِيَةُ الْمَحْرُوسَةُ وَالضَّوَارِي: هِيَ الَّتِي تُسَمَّى الْعَوَادِي.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالرَّمَكِ الَّتِي تَعْدُو فِي زَرْعِ النَّاسِ قَدْ ضَرِيَتْ ذَلِكَ: أَرَى أَنْ تُغَرَّبَ وَتُبَاعَ فِي بِلَادٍ لَا زَرْعَ فِيهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَرَى الْغَنَمَ وَالدَّوَابَّ بِحَسَبِهَا تُبَاعُ إلَّا أَنْ يَحْبِسَهَا أَهْلُهَا عَنْ النَّاسِ يُرِيدُ إنْ اسْتَطَاعَ أَهْلُهَا أَنْ يَحْبِسُوهَا لِكَوْنِ الدَّوَابِّ مُسْتَخْدَمَةً غَيْرَ مُهْمَلَةٍ وَالْغَنَمُ يَجِبُ حِفْظُ رَعْيِهَا فَذَلِكَ لَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِيعُوا ذَلِكَ وَوَصَلَ ضَرَرُهَا إلَى الزَّرْعِ بِيعَتْ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: قَالَ مَالِكٌ يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِبَيْعِهَا، وَإِنْ أُكْرِهَ رَبُّهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْإِضْرَارُ بِجِيرَانِهِ يَرْعَى زُرُوعَهُمْ وَإِفْسَادَ حَوَائِطِهِمْ وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ حِفْظَ مَاشِيَتِهِ لَمَا عُهِدَ مِنْ عُدْوَانِهَا عَلَى الزَّرْعِ وَتَعَذَّرَتْ الْقُدْرَةُ عَلَى حِفْظِهَا لَمْ يُمْكِنْ إزَالَةُ ضَرِرِهَا إلَّا بِبَيْعِهَا مِمَّنْ يُكَفُّ أَذَاهَا بِذَبْحٍ أَوْ تَغْرِيبٍ إلَى بَلَدٍ لَا زَرْعَ فِيهِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ صَاحِبُهَا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ بِهَا فَلَهُ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ الْحَيَوَانِ مِمَّا لَا يُسْتَطَاعُ حِرَاسَتُهُ وَمَنْعُهُ مِنْ الْأَذَى كَالنَّحْلِ يَتَّخِذُهَا الرَّجُلُ فِي الْقَرْيَةِ يَضُرُّ

بِشَجَرِ الْقَوْمِ، أَوْ يَتَّخِذُ فِيهَا بُرْجًا يَأْوِي إلَيْهِ الْعَصَافِيرُ وَالْحَمَامُ فَيُصِيبُ مِنْ فَرْخِهَا فَتَضُرُّ بِالزَّرْعِ قَالَهُ مُطَرِّفٌ أَرَى أَنْ يُمْنَعَ مِنْ اتِّخَاذِهَا مَا يَضُرُّ بِالنَّاسِ فِي زُرُوعِهِمْ وَشَجَرِهِمْ؛ لِأَنَّ هَذَا طَائِرٌ وَلَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَاسُ مِنْهُ كَمَا يُسْتَطَاعُ ذَلِكَ فِي الْمَاشِيَةِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الدَّابَّةِ الَّتِي ضَرِيَتْ بِإِفْسَادِ الزَّرْعِ وَلَا يَحْرُسُ مِنْهَا تُبَاعُ وَتُغَرَّبُ فَالنَّحْلُ وَالْحَمَامُ أَشَدُّ، وَكَذَلِكَ الدَّجَاجُ الطَّائِرَةُ وَالْأَوَزُّ وَشِبْهُهَا مِمَّا لَا يُسْتَطَاعُ الِاحْتِرَاسُ مِنْهُ، وَأَمَّا مَا يُسْتَطَاعُ الِاحْتِرَاسُ مِنْهُ فَلَا يُؤْمَرُ صَاحِبُهُ بِإِخْرَاجِهِ وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَاشِيَةَ وَمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَاسُ مِنْهُ بِالْحِفْظِ الْمَعْهُودِ لَا يُؤْمَرُ أَهْلُهُ بِبَيْعِهِ، وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِذَلِكَ فِيمَا تَعَذَّرَ وَلَا يُمْنَعُ بِالْحِفْظِ الْمُعْتَادِ لِمُثَابَرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النَّحْلِ وَالطَّيْرِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِإِزَالَتِهِ ابْتِدَاءً، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَلَى عَادَةِ جِنْسِهِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَفُّظُ مِنْهَا وَلَا دَفْعُ أَذَاهَا، وَقَالَ أَصْبَغُ النَّحْلُ وَالْحَمَامُ وَالدَّجَاجُ وَالْأَوَزُّ كَالْمَاشِيَةِ لَا يُمْنَعُ صَاحِبُهَا مِنْ اتِّخَاذِهَا، وَإِنْ ضَرِيَتْ وَعَلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ حِفْظُ زُرُوعِهِمْ وَشَجَرِهِمْ، وَكَذَلِكَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَزَادَ وَمَا أُحِبُّ أَنْ يُؤْذَى أَحَدٌ، وَوَجْهُ هَذَا أَنَّ هَذَا مَعَانٍ لَا تَضْرِي إلَّا بِالنَّهَارِ وَلَا يَجِدُ النَّاسُ بُدًّا مِنْ اتِّخَاذِهَا؛ لِأَنَّهَا مِنْ مَنَافِعِهِمْ وَمُعْظَمُ فَوَائِدِهِمْ فَلَا يُمْنَعُ مِنْ اتِّخَاذِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا أَصَابَتْ الْمَاشِيَةُ الَّتِي ضَرِيَتْ بِإِفْسَادِ الزُّرُوعِ وَالْحَوَائِطِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا أَصَابَتْهُ قَبْلَ التَّقْدِيمِ إلَى أَرْبَابِهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ فِيهِ وَمَا أَصَابَتْهُ بَعْدَ ذَلِكَ ضَمِنُوهُ لَيْلًا أَصَابَتْهُ، أَوْ نَهَارًا كَالْكَلْبِ الْعَقُورِ قَالَ: وَإِذَا أَخَذَ الْكَلْبُ الْعَقُورُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ مَنْ تَقَدَّمَ إلَيْهِ، أَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ مَا أَفْسَدَتْهُ الْمَوَاشِي حَيْثُ لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضِعِ مَسْرَحٍ وَلَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِإِرْسَالِ الْمَوَاشِي فِيهِ فَإِنَّ عَلَى أَهْلِهَا ضَمَانُ مَا أَفْسَدَتْهُ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا قَبْلَ التَّقَدُّمِ وَبَعْدَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : مَا قَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَحَدَ مَعْنَيَيْنِ إمَّا أَنَّ

. . . .

[المنتقى]

ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِمْ بِالشَّرْعِ لِمَا نَهَى عَنْهُ مِنْ إفْسَادِ الْأَمْوَالِ وَتَضْيِيعِهَا فَلَمَّا وَجَبَ لِذَلِكَ حِفْظُ الزُّرُوعِ الَّتِي هِيَ مُعْظَمُ الْأَقْوَاتِ وَسَبَبُ الْمَعَاشِ كَانَ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ يَلْزَمُ أَرْبَابَ الزُّرُوعِ وَلَا يَلْزَمُهُمْ ذَلِكَ بِاللَّيْلِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتَ رَاحَتِهِمْ وَنَوْمِهِمْ وَسُكُونِهِمْ وَلَيْسَ بِوَقْتِ رَعْيٍ لِلْمَاشِيَةِ فِي غَالِبِ الْحَالِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ أَهْلَ الزَّرْعِ إنْ أَرَادُوا حِفْظَ زُرُوعِهِمْ وَدَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهَا فَإِنَّ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ بِالنَّهَارِ لِمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ مِنْ رَعْيِ الْمَوَاشِي بِالنَّهَارِ وَلَا بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ الْأَعْمَالِ وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ لَهُ مَنْ يَرْعَى نَاقَتَهُ وَدَابَّتَهُ فَإِنْ مَنَعَهَا الرَّعْيَ أَضَرَّ بِهَا، وَإِنْ أَرَادَ الْحِفْظَ لَهَا لَمْ يُمْكِنْهُ ذَلِكَ لِعَدَمِ مَنْ يَحْفَظُ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَفَائِدَةُ الْكَلَامِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى أَصْحَابِ الْمَاشِيَةِ فِيمَا أَصَابَتْ بِالنَّهَارِ لِمَا ذَكَرْنَا وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَقَالَ اللَّيْثُ يَضْمَنُ أَرْبَابُ الْمَوَاشِي مَا أَفْسَدَتْ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

وَقَدْ رَأَيْت بَعْضَ مَنْ احْتَجَّ لَمَّا ذَكَّرْته بِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ} [الأنبياء: 78] قَالُوا وَالنَّفْشُ لَا يَكُونُ إلَّا بِاللَّيْلِ، وَقَدْ ذُكِرَ مِثْلُ هَذَا عَنْ شُرَيْحٍ، وَهَذَا لَيْسَ بِبَيِّنٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي الْآيَةِ التَّصْرِيحُ بِالْحُكْمِ أَنَّهُ ضَمِنَ أَهْلَ الْمَاشِيَةِ الَّتِي نَفَشَتْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَفْيُ الْحُكْمِ ذَلِكَ فِي الرَّاعِيَةِ بِالنَّهَارِ إلَّا مِنْ جِهَةِ دَلِيلِ الْخِطَابِ وَلَيْسَ عِنْدِي بِدَلِيلٍ صَحِيحٍ فَكَيْفَ وَالْآيَةُ لَمْ تَتَضَمَّنْ تَفْسِيرَ الْحُكْمِ وَلَا بَيَانَهُ، وَإِنَّمَا فِي ذَلِكَ قَوْلُ أَهْلِ التَّفْسِيرِ وَلَا حُجَّةَ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَسَوَاءٌ كَانَ مُحْظِرًا، أَوْ غَيْرَ مُحْظِرٍ عَلَيْهِ رَوَاهُ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ وَزَادَ فِي الْمُزَنِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَجَمِيعُ الْأَشْيَاءِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

1 –

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ وَمَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا بِمَعْنَى مَضْمُونٍ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَرَى أَنْ يَقْضِيَ فِيمَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ وَالزُّرُوعِ مِثْلَ الْحَوَائِطِ فِيمَا أَفْسَدَتْ الْبَهَائِمُ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا ضَمَانَ عَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي فِيمَا أَفْسَدَتْ فِي لَيْلٍ وَلَا نَهَارٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ وَالْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ وَهُوَ مَا أَفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ إهْمَالَهَا بِاللَّيْلِ مِنْ بَابِ

التَّعَدِّي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ رَعْيٍ مُعْتَادٍ فَوَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ مَا أَفْسَدَتْ فِيهِ كَالْقَائِدِ وَالسَّائِقِ فِيمَا أَفْسَدَتْ الدَّابَّةُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي ضَمَانُ مَا أَفْسَدَتْهُ بِاللَّيْلِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ عَلَيْهِمْ قِيمَةَ مَا أَفْسَدَتْ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ أَنْ يُتِمَّ، أَوْ لَا يُتِمَّ زَادَ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَإِنْ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ وَزَادَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قِيمَتَهُ لَوْ حَلَّ بَيْعُهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ وَلَا يَسْتَأْنِي بِالزَّرْعِ أَنْ يُنْبِتَ، أَوْ لَا يُنْبِتُ كَمَا يَصْنَعُ بِسِنِّ الصَّغِيرِ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ هُوَ حَقِيقَةُ مَا أَفْسَدَتْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ قَائِمًا عَلَى أَصْلِهِ بَيْنَ رَجَاءٍ وَخَوْفٍ أَنْ يَعُوقَهُ عَائِقٌ مِنْ كَثْرَةِ مَاءٍ، أَوْ قِلَّتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَعَلَى ذَلِكَ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ وَلَمَّا كَانَ قِيمَةُ هَذَا الزَّرْعِ يُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُهُ وَلَا يُحْكَمُ لِصَغِيرِهِ بِحُكْمِ كَبِيرِهِ لَزِمَ غُرْمُ قِيمَتِهِ عَلَى صِفَتِهِ وَلَمْ يُعْتَبَرْ بِأَنْ يَخْلُفَ بَعْدَ ذَلِكَ، أَوْ لَا يَخْلُفَ بِخِلَافِ السِّنِّ الَّذِي إنَّمَا يُرَاعِي الْجَمَالَ وَالْمَنْفَعَةَ بِهَا فَإِذَا نَبَتَتْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَيْهَا أَخَفَّ وَلَمْ يَلْزَمْ ضَمَانُهَا جُمْلَةً وَإِذَا يَئِسَ مِنْ نَبَاتِهَا لَزِمَتْ فِيهَا دِيَتُهَا دُونَ قِيمَتِهَا وَالدِّيَاتُ مُخْتَصَّةٌ بِمَا يَتْلَفُ وَلَا يَعُودُ فَلِذَلِكَ اُسْتُؤْنِيَ لِيَعْلَمَ مِنْ نَبَاتِهَا، أَوْ عَدَمِهِ مَا يَجِبُ مِنْ قِيمَتِهِ، أَوْ دِيَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي قِيمَةَ مَا أَفْسَدَتْ فَيَلْزَمُهُمْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ. وَقَالَ اللَّيْثُ إنَّمَا عَلَيْهِ الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهَا، أَوْ قِيمَةِ مَا أَفْسَدَتْ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَمَنْ تَابَعَهُ أَنَّ هَذِهِ الْجِنَايَةَ لَيْسَتْ مِنْ الْمَوَاشِي، وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ أَرْبَابِهَا فَلَا يَجُوزُ لَهُمْ تَسْلِيمُهَا وَلَا يَقْصُرُ الْأَرْشُ عَلَى قِيمَتِهَا كَمَا لَوْ أَصَابَتْهُ مَعَ الْقَائِدِ، أَوْ السَّائِقِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ نَبَتَ الزَّرْعُ قَبْلَ الْحُكْمِ فِيهِ بِالْقِيمَةِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ الَّذِي أَفْسَدَتْهُ مِمَّا كَانَتْ فِيهِ

(62/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ أَنَّ رَقِيقًا

[المنتقى]

مَنْفَعَةٌ حِينَ الرَّعْيِ، أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ لَا تَكُونُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ حِينَ رَعْيِهِ فَإِنْ كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ حِينَ الرَّعْيِ لَا يُرَاعَى فِيهِ رَجَاءٌ وَلَا خَوْفٌ مَعَ الْأَدَبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ وَعَلَيْهِ الْأَدَبُ بِقَدْرِ سَفَهِهِ وَإِفْسَادِهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ، وَإِنْ عَادَ لِهَيْئَتِهِ فَإِنَّهُ يَقُومُ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ نَبَتَ، أَوْ لَمْ يَنْبُتْ قَبْلَ الْحُكْمِ وَبَعْدَهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الزَّرْعَ لَهُ قِيمَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنْ يَكُونَ فِي نَفْسِهِ يَنْتَفِعُ بِهِ وَيُرْجَى تَزَايُدُ مَنْفَعَتِهِ، وَالثَّانِي أَنْ لَا يَكُونَ فِي عَيْنِهِ مَنْفَعَةٌ إلَّا مَا يُرْجَى مِنْ انْتِهَائِهِ إلَيْهِ فَإِنْ كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِنَفْسِهِ لَزِمَهُ إنْ حُكِمَ عَلَيْهِ قَبْلَ نَبَاتِهِ قِيمَةُ الْمَنْفَعَتَيْنِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَةَ مِثْلِ ذَلِكَ الزَّرْعِ عَلَى قُوَّةِ الرَّجَاءِ فِيهِ، وَإِنْ نَبَتَ قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ وَصَارَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فَقَدْ عَادَ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فَعَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُتْلِفْهُ عَلَيْهِ وَلَزِمَتْهُ قِيمَةُ الْبَقْلِ الَّذِي هُوَ مِنْ نَبَاتِ أَصْلِ زَرْعِهِ.

وَأَمَّا إنْ كَانَ حِينَ رَعْيِهِ لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ ثُمَّ عَادَ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْحُكْمِ فَلَمْ يُتْلِفْ شَيْئًا لَهُ فِيهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ مَا أُتْلِفَ عَلَيْهِ يَلْزَمُهُ فِيهِ قِيمَةُ الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ وَمَا تَلِفَ فَإِنَّمَا هُوَ فَائِدَةُ الْأَصْلِ الَّذِي فِي الْأَرْضِ فَهُوَ لَا يَأْخُذُ مِنْهُ قِيمَةَ الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ قِيمَةَ مَا أَبْطَلَ مِنْ الْفَرْعِ وَلِأَنَّهُ لَوْ أَبْطَلَتْ الْقِيمَةُ بِنَبَاتِهِ لَوَجَبَ أَنْ لَا يُحْكَمَ بِقِيمَتِهِ حَتَّى يَعْلَمَ هَلْ يَعُودُ بِالنَّبَاتِ فَتَبْطُلُ الْقِيمَةُ، أَوْ لَا يَعُودُ فَيَثْبُتُ وُجُوبُهَا كَسِنِّ الصَّبِيِّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ الزَّرْعِ وَالْحَوَائِطِ وَالْحَرْثِ، وَأَمَّا لَوْ خَرَجَتْ لَيْلًا فَوَطِئَتْ رَجُلًا قَائِمًا فَقَطَعَتْ رِجْلَهُ فَإِنَّهُ هَدَرٌ قَالَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا الْأَمْرَ لَا يَقْصِدُهُ الْمَوَاشِي غَالِبًا فَلَا تُحْرَسُ مِنْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا نَصٌّ ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ عِنْدِي فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الزَّرْعُ، أَوْ الْحَوَائِطُ مَعَ الْمَسَارِحِ وَالْمَوَاضِعِ عِنْدِي ثَلَاثَةُ أَضْرُبٍ: مَوْضِعٌ تَتَدَاخَلُ فِيهِ الْمَسَارِحُ وَالْمَرَاعِي، وَالثَّانِي: أَنْ تَنْفَرِدَ الْمَرَاعِي، أَوْ الْحَوَائِطُ وَلَيْسَ بِمَكَانِ مَسْرَحٍ، وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ مَوْضِعُ مَسْرَحٍ وَلَيْسَ بِمَوْضِعِ زَرْعٍ فَيَحْدُثُ فِيهِ إنْسَانٌ زَرْعًا فَإِنْ كَانَ مَوْضِعَ زَرْعٍ وَمَسَارِحَ فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ حُكْمِهِ وَهُوَ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ الْحُكْمُ عِنْدِي وَالْأَلِفُ وَاللَّامُ فِي الْحَائِطِ وَالْمَوَاشِي الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْحَدِيثِ لِلْعَهْدِ لِاجْتِمَاعِ الْأَمْرَيْنِ فِيهِ فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَهْلِ الْمَوَاشِي إرْسَالُهَا بِالنَّهَارِ فِيهَا لَخَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهَا مَسْرَحًا، وَلَوْ لَمْ يُرِدْ هَذَا بِالْحَدِيثِ وَأُرِيدَ بِهِ الشَّاذَّةَ مِنْ الْمَوَاشِي لِمَا قَضَى عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ بِحِفْظِهَا بِالنَّهَارِ؛ لِأَنَّ مَا يَشِذُّ وَيَنْدُرُ لَا يَحْتَاجُ إلَى الْحِفْظِ وَكَانَ حُكْمُ مَا أَصَابَتْ بِالنَّهَارِ حُكْمَ مَا أَصَابَتْ بِاللَّيْلِ، وَإِنْ كَانَ مَوْضِعُ زَرْعٍ دُونَ سَرْحٍ فَهَذِهِ عِنْدِي لَا يَجُوزُ إرْسَالُ الْمَوَاشِي فِيهَا وَمَا أَفْسَدَتْ لَيْلًا، أَوْ نَهَارًا فَعَلَى أَصْحَابِ الْمَوَاشِي ضَمَانُهُ.

وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْمُزَنِيَّة: لَيْسَ لِأَهْلِ الْمَوَاشِي أَنْ يُخْرِجُوهَا إلَى قُرَى الزَّرْعِ بِغَيْرِ ذُوَّادٍ وَلَكِنْ عَلَيْهِمْ أَنْ يَذُودُوهَا عَنْ الزَّرْعِ فَإِذَا بَلَغُوا الْمَرَاعِيَ وَالْمَسَارِحَ سَرَّحُوهَا هُنَالِكَ فَمَا شَذَّ مِنْهَا إلَى الزُّرُوعِ وَالْجَنَّاتِ فَعَلَى أَصْحَابِ الزَّرْعِ وَالْجَنَّاتِ دَفْعُهَا، وَأَمَّا الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ وَهُوَ مَوْضِعُ سَرْحٍ جَرَتْ عَادَةُ النَّاسِ بِإِرْسَالِ مَوَاشِيهِمْ فِيهِ لَيْلًا وَنَهَارًا فَأَحْدَثَ رَجُلٌ فِيهِ زَرْعًا مِنْ غَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ فِي الْإِحْيَاءِ فَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي الِامْتِنَاعُ مِنْ إرْعَاءِ مَوَاشِيهِمْ لَيْلًا، أَوْ نَهَارًا وَمَا أَفْسَدَتْهُ مِنْ زَرْعِهِ بِاللَّيْلِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ جَرّ الْجِنَايَةَ إلَى نَفْسِهِ حَيْثُ زَرَعَ بِمَوْضِعِ الْمَسْرَحِ وَأَرَادَ مَنْعَ النَّاسِ مِنْ مَنَافِعِهِمْ الَّتِي قَدْ ثَبَتَتْ لَهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الدَّوَابُّ تَعْبُرُ فِي الزَّرْعِ فَتُفْسِدُهُ فَحَفَرَ رَبُّ الزَّرْعِ حَوْلَ الزَّرْعِ حَفِيرًا لِمَكَانِ الدَّوَابِّ فَوَقَعَ بَعْضُهَا فِي ذَلِكَ فَمَاتَ فَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَوْ لَمْ يُنْذِرْهُمْ قَالَ أَصْبَغُ: وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَقَدْ قَالَ فِيمَنْ يَحْفِرُ لِلسَّارِقِ زُبْيَةً فَوَقَعَ السَّارِقُ، أَوْ غَيْرُهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ.

(63/6)

لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ فَانْتَحَرُوهَا فَرُفِعَ ذَلِكَ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ أَرَاك تُجِيعُهُمْ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ وَاَللَّهِ لَأُغَرِّمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْك ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِيِّ كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِك فَقَالَ الْمُزَنِيّ كُنْت وَاَللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَقَالَ عُمَرُ أَعْطِهِ ثَمَانَمِائَةِ دِرْهَمٍ قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا عَلَى أَنَّهُ إنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ، أَوْ الدَّابَّةَ يَوْمَ يَأْخُذُهَا)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَقِيقًا لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ فَانْتَحَرُوهَا لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ثَبَتَ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِقْرَارِ الْعَبِيدِ مَعَ دَعْوَى الْمُزَنِيّ، أَوْ بِدَعْوَى الْمُزَنِيّ فِي ذَلِكَ مَعْرِفَةُ حَاطِبٍ وَطَلَبِهِ يَمِينَهُ عَلَى ذَلِكَ فَنَكَلَ حَاطِبٌ وَحَلَفَ الْمُزَنِيّ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ نُكُولِ حَاطِبٍ وَحَلَفَ الْمُزَنِيّ فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي عَبْدٍ انْتَحَرَ حِمَارًا، وَقَالَ خِفْت أَنْ أَمُوتَ جُوعًا لَا يُقْطَعُ وَيُغَرَّمُ سَيِّدُهُ ثَمَنَ الْحِمَارِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَذَلِكَ إذَا ثَبَتَ أَنَّ السَّيِّدَ كَانَ يُجِيعُهُ فَيَغْرَمُ، أَوْ يُسَلِّمُهُ، وَإِنَّمَا غَرَّمَ

عُمَرُ حَاطِبًا وَتَرَكَ قَطْعَ عَبِيدِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُجِيعُهُمْ فَعَلَى هَذَا أَيْضًا لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ الْقَطْعِ وَالْقِيمَةِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ أَمَرَ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ بِقَطْعِ أَيْدِيهِمْ فَعَلَى رَأْيِ ابْنِ الْمَوَّازِ انْصَرَفَ عَنْهُ إلَى التَّقْوِيمِ لَمَّا ثَبَتَ عِنْدَهُ أَنَّهُ كَانَ يُجِيعُهُمْ وَعَلَى رَأْيِ أَصْبَغَ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ وَلَعَلَّهُ كَانَ لِلْعَبِيدِ مَالٌ فَوَقَعَ الْغُرْمُ مِنْهُ، وَقَالَ لِحَاطِبٍ لَأُغَرِّمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْك يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ مِنْ مَالِ عَبِيدِهِ الَّذِي كَانَ لَهُ أَخْذُهُ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ جَمِيعُهُ أَوْ الْكَثِيرُ مِنْهُ فَبِهِ كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى السَّعْيِ وَالتَّكَسُّبِ إنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِ الْعَبِيدِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: لَا يُقْبَلُ مِنْ إقْرَارِ الْعَبِيدِ إلَّا مَا يَنْصَرِفُ إلَى جَسَدِهِ فَأَمَّا مَا يَلْزَمُ سَيِّدَهُ بِهِ أَمْرٌ فَلَا، فَهَذَا عَلَى الْإِطْلَاقِ وَيُعَرَّى فِي الْقَضِيَّةِ مِمَّا يُقَوِّيهَا، وَأَمَّا إذَا اُقْتُرِنَ بِالْقَضِيَّةِ مَا يَشْهَدُ لَهَا مِنْ شَاهِدِ الْحَالِ فَإِنَّ إقْرَارَهُ مَقْبُولٌ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِ سَيِّدِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي عَبْدٍ أَصَابَ صَبِيًّا بِمُوضِحَةٍ فَأَتَى مُتَعَلِّقًا بِهِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ فَأَقَرَّ الْعَبْدُ بِمَا كَانَ قَرِيبًا مِنْ فِعْلِهِ وَيَأْتِي مَكَانَهُ مُتَعَلِّقًا بِهِ فَلْيُقْبَلْ مِنْهُ فَأَمَّا بَعْدُ، وَإِنَّمَا يَقُولُ كُنْت فَعَلْته فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي عَبِيدٍ دَخَلَ عَلَيْهِمْ وَعِنْدَهُمْ شَاتَانِ مَذْبُوحَتَانِ يَعْرِفَانِ لِجَارِهِمْ فَأَقَرَّ اثْنَانِ مِنْهُمْ، وَجَحَدَ الثَّالِثُ إنَّ غُرْمَ ذَلِكَ عَلَى سَادَتِهِمْ فَعَلَى هَذَا أَيْضًا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إنَّمَا أُغْرِمَ حَاطِبًا لَمَّا وُجِدَتْ النَّاقَةُ بَيْنَ أَيْدِي الْعَبِيدِ وَعُرِفَ أَنَّهَا كَانَتْ لِلْمُزَنِيِّ الطَّالِبِ لَهَا وَثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ قَالَ عِيسَى فِي الْمُدَوَّنَةِ مَعْنَى ذَلِكَ عِنْدَنَا أَنَّهُمْ سَرَقُوهَا مِنْ حِرْزِهَا وَلَمْ يَسْرِقُوهَا مِنْ الْمَرْعَى وَسَيَأْتِي مَعْنَى الْحِرْزِ مُفَسَّرًا فِي كِتَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَرَاك تُجِيعُهُمْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْعَبِيدُ قَدْ شَكَوْا ذَلِكَ إلَيْهِ وَاعْتَذَرُوا بِهِ لِسَرِقَتِهِمْ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ثَبَتَ ذَلِكَ عِنْدَهُ بِبَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ رَأَى فِيهِمْ مِنْ الضَّعْفِ مَا اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ عَلَيْهِ إجَاعَتَهُمْ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ السَّيِّدَ أَنْ لَا يُجِيعَ رَقِيقَهُ بَلْ يُشْبِعَهُمْ الْوَسَطَ أَوْ يَبِيعَهُمْ لِمَا رَوَى أَبُو ذَرٍّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إخْوَانُكُمْ خَوَلُكُمْ جَعَلَهُمْ اللَّهُ تَحْتَ أَيْدِيكُمْ فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ وَلَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ فَإِنْ كَلَّفْتُمُوهُمْ فَأَعِينُوهُمْ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَاَللَّهِ لَأُغَرِّمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْك يُرِيدُ بِهِ الْغُرْمَ الْكَثِيرَ الَّذِي يَعْلَمُ أَنَّ حَاطِبًا يَتَوَجَّعُ لَهُ مَعَ كَثْرَةِ مَالِهِ وَلَعَلَّهُ أَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ عَلَى وَجْهِ الْأَدَبِ وَالتَّعْزِيرِ لِحَاطِبٍ عَلَى إجَاعَتِهِ لِرَقِيقِهِ

وَإِحْوَاجِهِ لَهُمْ إلَى السَّرِقَةِ الَّتِي كَانَتْ سَبَبَ قَطْعِ أَيْدِيهِمْ وَسَبَبَ إتْلَافِ نَاقَةِ الْمُزَنِيّ فَرَأَى أَنْ يُغَرِّمَهُ إيَّاهَا وَلَعَلَّهُ قَدْ كَانَ كَرَّرَ نَهْيَهُ إيَّاهُ عَنْ ذَلِكَ وَحَدَّ لَهُ فِي قُوتِهِمْ حَدًّا لَمْ يَمْتَثِلْهُ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ اتَّخَذَ

(64/6)

. . . .

[المنتقى]

فِي مَاشِيَتِهِ كَلْبًا عَقُورًا فَتَقَدَّمَ إلَيْهِ الْإِمَامُ فِي إزَالَتِهِ فَلَمْ يُزِلْهُ وَقَتَلَ أَحَدًا أَنَّ عَلَى صَاحِبِهِ دِيَتَهُ وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ عَبْدًا لَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ غَشَّ لَبَنًا أَوْ زَعْفَرَانًا، أَوْ مِسْكًا لَا يُهْرَاقُ وَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ وَلَمْ يَخُصَّ قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ إنَّمَا ذَلِكَ فِي الْيَسِيرِ فَأَمَّا الْكَثِيرُ فَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ وَيُوجَعُ أَدَبًا هَذَا الَّذِي أَشَارَ إلَيْهِ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ هَذَا الْحَدِيثِ، وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ أَرَادَ الْغَرِيمَ لِمَا أَوْجَبَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ النَّاقَةِ لِمَا اعْتَقَدَهُ مِنْ كَثْرَةِ قِيمَتِهَا وَإِنَّ حَاطِبًا شَقَّ عَلَيْهِ غُرْمُ مِثْلِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَدْ سَأَلَ ابْنُ مُزَيْنٍ أَصْبَغَ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ لَيْسَ الْعَمَلُ عِنْدَنَا عَلَى تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ إنْ كَانَ مَالِكٌ يَرْعَى عَلَى السَّيِّدِ الْغُرْمَ مِنْ غَيْرِ تَضْعِيفٍ.

قَالَ أَصْبَغُ: لَا يَلْزَمُ السَّيِّدَ مِنْ ذَلِكَ إلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لَا أَقَلُّ وَلَا أَكْثَرُ لَا فِي مَالِهِ وَلَا فِي رِقَابِ الْعَبِيدِ الْقَطْعُ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِمْ قَالَ الدَّاوُدِيُّ: غَلِطَ مَنْ ظَنَّ أَنَّ الْقَطْعَ نَفَذَ، وَإِنَّمَا كَانَ عُمَرُ أَمَرَ بِقَطْعِهِمْ ثُمَّ قَالَ أَرَاك تُجِيعُهُمْ ثُمَّ أَمَرَ بِصَرْفِهِمْ وَلَمْ يَقْطَعْهُمْ وَعَذَرَهُمْ بِالْجُوعِ، وَهَذَا مَعْلُومٌ مِنْ سِيرَةِ عُمَرَ فِي عَامِ الرَّمَادَةِ فَإِنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ سَارِقًا.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ فِي مُوَطَّئِهِ هَذَا مُفَسَّرًا مِنْ حَدِيثِ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ حَاطِبٍ قَالَ تُوُفِّيَ حَاطِبٌ وَتَرَكَ أَعْبُدًا مِنْهُمْ مَنْ يَمْنَعُهُ مِنْ سِتَّةِ آلَافٍ يَعْمَلُونَ فِي مَالٍ لِحَاطِبٍ بِسَوَانٍ فَأَرْسَلَ عُمَرُ فَقَالَ هَؤُلَاءِ عَبِيدُك قَدْ سَرَقُوا وَوَجَبَ عَلَيْهِمْ مَا وَجَبَ عَلَى السَّارِقِ فَانْتَحَرُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ وَاعْتَرَفُوا بِهَا وَمَعَهُمْ الْمُزَنِيّ فَأَمَرَ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ ثُمَّ أَرْسَلَ وَرَاءَهُ مَنْ يَأْتِيه بِهِمْ فَجَاءَ بِهِمْ فَقَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ أَمَا لَوْلَا أَنِّي أَظُنُّكُمْ تَسْتَعْمِلُونَهُمْ وَتُجِيعُونَهُمْ حَتَّى لَوْ وَجَدُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ لَأَكَلُوهُ لَقَطَعْتهمْ وَلَكِنْ وَاَللَّهِ إذَا تَرَكْتهمْ لَأُغَرِّمَنَّك غَرَامَةً تُوجِعُك.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ لِلْعَبِيدِ أَمْوَالٌ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ إنَّمَا كَانَ يَكُونُ غُرْمُهَا فِي أَمْوَالِ الْعَبِيدِ لَوْ كَانَتْ لَهُمْ أَمْوَالٌ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ فِي رِقَابِهِمْ مَا كَانَ مِنْ سَرِقَةٍ لَا قَطْعَ فِيهَا فَيُخَيَّرُ السَّيِّدُ بَيْنَ إسْلَامِهِمْ، أَوْ افْتِكَاكِهِمْ بِقِيمَتِهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يُتْبَعُ فِي السَّرِقَةِ الَّتِي تُقْطَعُ فِي رَقَبَتِهِ وَلَا فِيمَا فِي يَدِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ إذَا لَمْ تُوجَدْ بِعَيْنِهَا؛ لِأَنَّ مَالَهُ إنَّمَا صَارَ لَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لِلْمُزَنِيِّ كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِك يُرِيدُ قِيمَتَهَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَمَّا انْتَفَى حَاطِبٌ مِنْ مَعْرِفَةِ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَدَأَ بِالْمُزَنِيِّ لِيَعْرِفَ مُنْتَهَى مَا يَدَّعِيه ثُمَّ تَوَقَّفَ حَاطِبٌ عَنْ الْإِقْرَارِ بِذَلِكَ وَالْإِنْكَارُ لَهُ وَهَكَذَا وَجْهُ الْعَمَلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ مُدَّعًى عَلَيْهِ حَتَّى يُعْلَمَ مُنْتَهَى دَعْوَى الْمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ تِلْكَ فِي قَدْرِهَا وَجِنْسِهَا فَيَصِحُّ تَوْقِيفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى ذَلِكَ لِيُقِرَّ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ يُنْكِرَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْمُزَنِيِّ كُنْت وَاَللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ عَلَى مَعْنَى الْإِخْبَارِ بِقِيمَتِهَا عَلَى التَّحَرِّي بِذَلِكَ، وَإِنْ ذَكَرَ أَقَلَّ مَا يُمْكِنُ مِنْ قِيمَتِهَا وَمَا كَانَ يَمْتَنِعُ مِنْ بَيْعِهَا بِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَسَمَهُ عَلَى مَعْنَى تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ وَالْإِخْبَارِ عَنْ تَيَقُّنِهِ كَمَا قَالَ وَمَا أَدْعَى مِنْ الْقِيمَةِ لَا عَلَى مَعْنَى الِاسْتِحْقَاقِ لِلْقِيمَةِ بِيَمِينِهِ، وَلَمْ يَحْتَجَّ عُمَرُ أَنْ يُحَلِّفَهُ إمَّا؛ لِأَنَّ حَاطِبًا صَدَقَ؛ لِأَنَّ قَوْمًا شَهِدُوا لَهُ بِذَلِكَ، أَوْ لِأَنَّهُ بَنَى أَنْ يَأْخُذَ لَهُ مِنْ حَاطِبٍ أَكْثَرَ مِنْ الْقِيمَةِ عَلَى مَعْنَى التَّأْدِيبِ لَهُ لِمَا جَنَاهُ بِإِجَاعَةِ رَقِيقِهِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَقْتَصِرْ عَلَى مَا ادَّعَاهُ الْمُزَنِيّ مِنْ قِيمَةِ نَاقَتِهِ حَتَّى أَضْعَفَ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَرَأْيُ الْمُزَنِيّ أَحَقُّ النَّاسِ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ بِتَفْوِيتِ نَاقَتِهِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ أَخَذَ قِيمَتَهَا أَرْبَعَمِائَةِ دِرْهَمٍ فَقَدْ كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي عَيْنِهَا فَفَوَّتَهُ عَيْنَهَا بِسَرِقَتِهَا وَنَحْرِهَا، وَهَذَا، وَإِنْ كَانَ وَجْهًا لِاجْتِهَادِ عُمَرَ فَالْقُضَاةُ الْيَوْمَ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ وَيَرَوْنَ عَلَى مَنْ جَنَى بِتَعَدٍّ، أَوْ غَيْرِهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ هَذَا إذَا حَمَلْنَا قَوْلَ عُمَرَ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ تَضْعِيفَ الْقِيمَةِ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ ذَلِكَ وَقَصَدَ وَجْهًا مِنْ وُجُوهٍ سَنَذْكُرُ بَعْضَهَا بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَعْطِهِ ثَمَانَمِائَةِ دِرْهَمٍ ظَاهِرُهُ تَضْعِيفُ الْقِيمَةِ الَّتِي ادَّعَاهَا الْمُزَنِيّ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ بِإِثْرِ

الْقَضَاءُ فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنْ الْبَهَائِمِ (ص) : (الْقَضَاءُ فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنْ الْبَهَائِمِ) (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنْ الْبَهَائِمِ أَنَّ عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا) .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ فَيَخَافُهُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَقْتُلُهُ، أَوْ يَعْقِرُهُ فَإِنَّهُ إنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إلَّا مَقَالَتُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ)

[المنتقى]

الْحَدِيثِ لَيْسَ الْعَمَلُ عِنْدَنَا عَلَى تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ، وَإِنَّمَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا أَنْ يَغْرَمَ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ يَوْمَ يَأْخُذُهُ ظَاهِرُهُ أَيْضًا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَرَى ظَاهِرَ حَدِيثِ عُمَرَ فِي تَضْعِيفِ الْقِيمَةِ عَلَى الْجَانِي قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ عُمَرُ إنَّمَا أَضْعَفَ الْقِيمَةَ؛ لِأَنَّ الْمُزَنِيّ ادَّعَى لِنَفْسِهِ قِيمَةَ نَاقَةٍ فِي بَلَدٍ، أَوْ زَمَنٍ غَيْرِ الْبَلَدِ وَالزَّمَنِ الَّتِي سُرِقَتْ بِهِ وَالْقِيمَةُ تَتَضَاعَفُ فِيهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ: وَإِنَّمَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ قِيمَةُ الْبَعِيرِ يَوْمَ أَخْذِهِ يُرِيدُ أَنَّ قِيمَتَهُ إنْ زَادَتْ بَعْدَ أَنْ عَرَفَ صَاحِبُهَا قِيمَتَهُ بِتَغْيِيرِ الْأَسْوَاقِ بِانْتِقَالِ زَمَنٍ، أَوْ بِنَقْلِهِ إلَى مَكَانٍ فَإِنَّ تِلْكَ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَلَوْ نَقَصَتْ لَكَانَ النُّقْصَانُ عَلَيْهِ.

وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ رَأَيْت لِابْنِ كِنَانَةَ أَنَّهُ إنَّمَا سَأَلَهُ عَنْ ثَمَنِ نَاقَتِهِ فَأَضْعَفَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُصَادِفَ تَضْعِيفَ الْقِيمَةِ قِيمَتُهَا الْيَوْمَ قَالَ غَيْرُهُ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ أَحَدٌ بَعْدَهُ لَمْ يَجِبْ الْقَوْلُ بِهِ، وَلَوْ أَجْمَعُوا عَلَى تَرْكِ الْعَمَلِ بِحَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَتَرَكَ وَعُلِمَ أَنَّهُمْ لَمْ يَجْمَعُوا إلَّا لِأَمْرٍ يَجِبُ الْمَصِيرُ إلَيْهِ غَيْرَ أَنَّ الْأَوَّلَ أَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ، وَإِنَّمَا يَغْرَمُ الرَّجُلُ قِيمَةَ الْبَعِيرِ يَوْمَ أَخْذِهِ يُرِيدُ أَنَّ مَا لَحِقَهُ مِنْ نَقْصٍ فِي ضَمَانِ مَنْ أَخَذَهُ فَإِنْ أَدْرَكَهُ نَقْصٌ ثُمَّ هَلَكَ ضَمِنَهُ الْآخِذُ سَالِمًا مِنْ النَّقْصِ، وَإِنْ وَجَدَهُ نَاقِصًا فَعَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ قَبْلَ هَذَا مِنْ مُرَاعَاةِ النَّقْصِ إنْ كَانَ مِنْ فِعْلِ الْآخِذِ، أَوْ مِنْ فِعْلِ غَيْرِهِ، وَإِنْ زَادَ عِنْدَ الْمُعْتَدِي فَوَجَدَهُ صَاحِبُهُ كَانَ لَهُ أَخْذُهُ بِزِيَادَتِهِ، وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ الزِّيَادَةِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إلَّا قِيمَتُهُ يَوْمَ الْأَخْذِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[الْقَضَاءُ فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنْ الْبَهَائِمِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ: إنَّ مَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنْ الْبَهَائِمِ فَنَقَصَتْهَا جِنَايَتُهُ نَقْصًا لَمْ يَمْنَعْ مَنْفَعَتَهَا الْمَقْصُودَةَ مِنْهَا كَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهَا، وَذَلِكَ أَنْ تَسَاوِيَ سَالِمَةً عَشَرَةَ دَنَانِيرَ

وَتَسَاوِيَ بِالْجِنَايَةِ ثَمَانِيَةً فَإِنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْهَا وَذَلِكَ خُمُسُ قِيمَتِهَا، وَذَلِكَ مَا لَمْ تَتْلَفْ مَنْفَعَتُهَا الْمَقْصُودَةُ مِنْهَا فَإِنْ أَتْلَفَتْ مَنْفَعَتُهَا الْمَقْصُودَةُ مِنْهَا مَنْ عَمِلَ بِهَا، أَوْ غَيْرُهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا مَا نَقَصَ مِنْهَا وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ وَالْبَقَرَةِ رُبْعُ ثَمَنِهَا وَفِي شَاةِ الْقَصَّابِ مَا نَقَصَهَا قَالَ الطَّحَاوِيُّ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي هَذَا فِي بَابِ الْقَضَاءِ فِي اسْتِهْلَاكِ الْحَيَوَانِ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَهُ أَنَّ مَنْ صَالَ عَلَيْهِ جَمَلٌ أَوْ دَابَّةٌ فَقَتَلَهَا، أَوْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ قَدْ خَافَهَا عَلَى نَفْسِهِ أَنْ تَقْتُلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ هُوَ ضَامِنٌ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مَنْ قَتَلَ مَخُوفًا عَلَى نَفْسِهِ دَفْعًا لَهُ عَنْهَا فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهِ كَالْعَبْدِ يُرِيدُ قَتْلَ الْحُرِّ فَيَقْتُلُهُ الْحُرُّ دَفْعًا لَهُ عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الْجَمَلِ إذَا صَالَ فَقَتَلَ، أَوْ عَضَّ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لَمْ يَشْتَهِرْ بِذَلِكَ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَالنَّاسِ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ ذَلِكَ مِنْهُ، أَوْ يَكُونَ قَدْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ حَتَّى شُهِرَ بِذَلِكَ وَخِيفَ مِنْ أَجْلِهِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَشْتَهِرْ بِذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ فِيهِ فَإِذَا تَقَدَّمَ إلَيْهِ فِيهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إذَا تَقَدَّمَ إلَيْهِ فِي الْبَعِيرِ أَوْ الدَّابَّةِ ضَمِنَ مَا أَفْسَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْلًا، أَوْ نَهَارًا.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ: لَا يَضْمَنُ رَبُّ الدَّابَّةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ تَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ فِي إزَالَتِهِ، أَوْ جِيرَانِهِ فَهُوَ حُكْمٌ عَلَيْهِ بِضَمَانِ مَا يُتْلِفُهُ فَلَزِمَهُ بِذَلِكَ كَالْحَائِطِ الْمَائِلِ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ اتِّخَاذَهُ مُبَاحٌ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ اتِّخَاذُهُ مُبَاحًا عَلَى

. . . .

[المنتقى]

الْإِطْلَاقِ لَضَمِنَ جِنَايَتَهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إلَيْهِ.

1 -

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا يَضْمَنُ فَهَلْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مَالِهِ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْجَمَلِ الصَّئُولِ قَدْ عُرِفَ بِذَلِكَ يُدْخِلُهُ صَاحِبُهُ الْمَدِينَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَصَابَ وَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا بَلَغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَعَلَى الْعَاقِلَةِ، وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذِهِ الْجِنَايَةَ تَكُونُ فِي مَالِ صَاحِبِ الْجَمَلِ الصَّئُولِ وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ وَلَا شَيْءَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ مُضَافٌ خَطَؤُهَا إلَى صَاحِبِ الدَّابَّةِ فَإِذَا بَلَغَتْ الثُّلُثَ فَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا لَوْ بَاشَرَهَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ مِنْ مَمْلُوكٍ فَلَمْ تَتَجَاوَزْ مَالَ صَاحِبِهِ إلَى الْعَاقِلَةِ أَصْلُ ذَلِكَ جِنَايَةُ الْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْكَلْبُ الْعَقُورُ فَإِنَّ الْمَعَانِيَ الْمُؤَثِّرَةَ فِي ضَمَانِ صَاحِبِهِ أَنْ يَتَّخِذَهُ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَعْقِرُ، وَالثَّانِي: أَنْ يَتَّخِذَهُ لِمَا لَا يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ، وَالثَّالِثُ: أَنْ يَتَّخِذَهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ، وَالرَّابِعُ: أَنْ يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ فِيهِ فَأَمَّا عِلْمُهُ بِعَقْرِهِ فَإِنْ كَانَ قَدْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ وَشُهِرَ بِهِ وَخِيفَ مِنْ أَجْلِهِ فَهُوَ أَشَدُّ مِنْ الْحَائِطِ الْمَائِلِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ الْمَخُوفِ الَّذِي بَلَغَ شِدَّةَ الْغَرَرِ فَلَمْ يَهْدِمْهُ، وَقَدْ أَمْكَنَهُ هَدْمُهُ يَضْمَنُ مَا سَقَطَ عَلَيْهِ أَشْهَدَ عَلَيْهِ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ كَمَنْ أَوْقَفَ دَابَّتَهُ بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ وَيَضْمَنُ إذَا تَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ، وَأَمَّا إذَا كَانَ الْكَلْبُ إنَّمَا جَرَى ذَلِكَ لَهُ مَرَّةً، أَوْ فِي النُّدْرَةِ وَلَمْ يَشْتَهِرْ فَهَذَا لَا يَضْمَنُ حَتَّى لَا يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْمَعْنَى الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَتَّخِذَهُ لِمَا لَا يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ مِثْلُ أَنْ يَتَّخِذَ كَلْبًا لِدَفْعِ السُّرَّاقِ عَنْ مَاشِيَتِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا عَقَرَ، وَلَوْ اتَّخَذَهُ لِدَفْعِ السِّبَاعِ عَنْهَا لَمْ يَضْمَنْ، وَأَمَّا الْمَعْنَى الثَّالِثُ بِأَنْ يَتَّخِذَهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ اتَّخَذَ كَلْبًا فِي دَارِهِ لِمَاشِيَتِهِ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا عَقَرَ قَالَ مُحَمَّدٌ؛ لِأَنَّهُ لِلنَّاسِ اتَّخَذَهُ؛ لِأَنَّ الْمَاشِيَةَ إنَّمَا يَخَافُ عَلَيْهَا فِي الدَّارِ مِنْ النَّاسِ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ اتِّخَاذُ الْكَلْبِ لِلزَّرْعِ وَالْحَرْثِ وَالْمَاشِيَةِ فِي مَوَاضِعِ رَعْيِهَا وَحَيْثُ يَدْفَعُ الذِّئَابَ عَنْهَا قَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ إنْ اتَّخَذَهُ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ لَمْ يَضْمَنْ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ فِيهِ، وَإِنْ اتَّخَذَهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ ضَمِنَ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْجَمَلِ الصَّئُولِ قَدْ عُرِفَ بِذَلِكَ يُدْخِلُهُ صَاحِبُهُ الْمَدِينَةَ يَضْمَنُ مَا أَصَابَ فَعَلَى هَذَا إنْ عَرَا مِنْ هَذِهِ الْمَعَانِي كُلِّهَا لَا يَضْمَنُ، وَإِنْ وُجِدَتْ فِيهِ كُلُّهَا ضَمِنَ وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إلَيْهِ، وَإِنْ وُجِدَ فِيهِ بَعْضُهَا فَعَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فِي الدَّابَّةِ تَصُولُ تَعْدُو عَلَى الصَّبِيِّ فَتَقْتُلُهُ مَرْبُوطَةً، أَوْ تَنْفَلِتُ مِنْ رِبَاطِهَا، وَقَدْ أَعْذَرَ إلَيْهِ الْجِيرَانُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَدْ رَبَطَهُ فِي مَوْضِعٍ يَجُوزُ لَهُ رَبْطُهُ فِيهِ عَلَى وَجْهٍ يُؤْمِنُ غَالِبًا حَتَّى يَكُونَ ذَلِكَ مُبِيحًا

لِاتِّخَاذِهِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ وَإِنَّمَا الْكَلْبُ الْعَقُورُ الَّذِي شُهِرَ بِذَلِكَ يَتَّخِذُهُ الرَّجُلُ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ لِعَقْرِ السِّبَاعِ فَهَذَا أَيْضًا إذَا عَقَرَ النَّاسَ وَآذَاهُمْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعٌ يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُهُ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يَضْمَنُ رَبُّ الدَّابَّةِ عَلَى حَالٍ تَقَدَّمَ إلَيْهِ السُّلْطَانُ، أَوْ جِيرَانُهُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ دَابَّةً خِيفَ ذَلِكَ مِنْهَا وَلَمْ يَتَقَدَّمْ لَهَا عُقْرٌ وَلَا شَهَرَتْ بِهِ فَيَكُونُ وِفَاقًا لِمَا تَقَدَّمَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الَّذِي تَقَدَّمَ لَهَا الصَّوْلُ وَالْأَذَى فَيَكُونُ خِلَافًا لِقَوْلِ مَالِكٍ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَلْبِ بِأَنَّ الْكَلْبَ مَنْهِيٌّ عَنْ اتِّخَاذِهِ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ اتِّخَاذُهُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَلَى وَجْهٍ مَا وَالْحِمَى مُبَاحٌ اتِّخَاذُهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ صَاحِبُهُ بِكَفِّ ضَرَرِهِ إذَا ثَبَتَ ضَرَرُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالتَّقَدُّمُ إلَى صَاحِبِ الْكَلْبِ وَالْجَمَلِ إنَّمَا يَكُونُ إذَا ثَبَتَ ضَرَرُهُ وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَتَقَدَّمَ إلَيْهِ فِيهِ إذَا ثَبَتَ أَنَّهُ عَلَى حَالٍ كَانَ يَتَّقِي ضَرَرَهُ وَلَا يُؤْمِنُ عُقْرَهُ كَالْحَائِطِ الْمَائِلِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ لَا يَكُونُ التَّقَدُّمُ إلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ إذَا كَانَ بِمَوْضِعٍ فِيهِ سُلْطَانٌ فَإِنْ كَانَ بِمَوْضِعٍ لَا سُلْطَانَ فِيهِ أَشْهَدَ عَلَيْهِ الْعُدُولَ بِالتَّقَدُّمِ إلَيْهِ فَقَطْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ

(67/6)

(ص) : (الْقَضَاءُ فِيمَا يُعْطَى الْعُمَّالُ) (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى الْغَسَّالِ ثَوْبًا يَصْبُغُهُ فَصَبَغَهُ فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: لَمْ آمُرْك بِهَذَا الصَّبْغِ، وَقَالَ الْغَسَّالُ: بَلْ أَنْتَ أَمَرْتنِي بِذَلِكَ فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدَّقٌ فِي ذَلِكَ وَالْخَيَّاطُ مِثْلُ ذَلِكَ وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذَلِكَ وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لَا يَسْتَعْمِلُونَ فِي مِثْلِهِ فَلَا يَجُوزُ قَوْلُهُمْ فِي ذَلِكَ وَلْيَحْلِفْ صَاحِبُ الثَّوْبِ فَإِنْ رَدَّهَا وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ الصَّبَّاغُ)

[المنتقى]

أَنَّ هَذَا حُكْمٌ وَلَا يَثْبُتُ حَيْثُ يَكُونُ حَاكِمٌ إلَّا بِحُكْمِهِ، وَأَمَّا مَوْضِعٌ لَا حَاكِمَ فِيهِ فَجَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ تَقُومُ مَقَامَ الْحَاكِمِ فِي مِثْلِ هَذَا مِنْ الْأُمُورِ الَّتِي يَضْطَرُّ النَّاسُ إلَيْهَا، وَهَذَا حُكْمُ مَنْ يَكُونُ التَّقَدُّمُ مِنْهُ، وَأَمَّا مَنْ يَكُونُ التَّقَدُّمُ إلَيْهِ فَهُوَ الْمَالِكُ وَالنَّاظِرُ لَهُ مِنْ أَبٍ، أَوْ وَصِيٍّ دُونَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ

عَبْدِ الْحَكَمِ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ اتِّخَاذُ كَلْبِ الصَّيْدِ فِي دَارِهِ رَوَى مَعْنَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَلَيْسَ لَهُ اتِّخَاذُهُ فِي دَارِهِ لِحِرَاسَةِ النَّاسِ وَلَا مِمَّنْ يَسْرِقُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ الْوُجُوهِ الَّتِي وَرَدَ الشَّرْعُ بِإِبَاحَةِ اتِّخَاذِهِ لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَهُ عَقْرُ السَّارِقِ وَلَا قَتْلُهُ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لَهُ طَرْدُهُ وَعَقْرُ السِّبَاعِ الْمُؤْذِيَةِ فِي الزَّرْعِ وَالْمَاشِيَةِ مُبَاحٌ وَكَذَلِكَ الصَّيْدُ لِلْمَأْكَلَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إلَّا قَوْلُهُ ضَمِنَ وَلَمْ يَذْكُرْ إنْ كَانَ يُثْبِتُ ذَلِكَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ أَمْ لَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ الْخِلَافُ عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا، وَأَمَّا إذَا صَالَ الْجَمَلُ فَقَتَلَ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ فِي الْكَلْبِ الْعَقُورِ، أَوْ الْجَمَلِ الصَّئُولِ وَالثَّوْرِ إنْ أَصَابُوا رَجُلًا بَعْدَ التَّقَدُّمِ إلَى أَرْبَابِهَا وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى ذَلِكَ إلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ أَنَّ وَرَثَتَهُ يَحْلِفُونَ يَمِينًا وَاحِدَةً وَيَسْتَحِقُّونَ دِيَةَ صَاحِبِهِمْ، وَقَالَ أَصْبَغُ لَا يَثْبُتُ مِنْ هَذَا إلَّا مَا شَهِدَ بِهِ شَاهِدَانِ وَأَنْكَرَ رِوَايَةَ عِيسَى فِي ذَلِكَ إنْكَارًا شَدِيدًا، وَقَالَ دِيَةُ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ لَا تَثْبُتُ بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ وَاحِدٍ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ لَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهَا غَيْرَ الْمَالِ بِوَجْهٍ فَثَبَتَتْ بِشَهَادَةِ يَمِينٍ كَالْقَرْضِ وَالْقِرَاضِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ أَصْبَغَ أَنَّ هَذِهِ جِنَايَةٌ فِي الْجَسَدِ عَلَى حُرٍّ فَلَمْ تَثْبُتْ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ كَمَا لَوْ جَنَاهَا إنْسَانٌ.

[الْقَضَاءُ فِيمَا يُعْطَى الْعُمَّالُ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ أَنَّ الصَّانِعَ إذَا دُفِعَ إلَيْهِ ثَوْبٌ فَصَبَغَهُ وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الثَّوْبِ أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُ بِذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَسَّالِ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِذَلِكَ، وَهَذَا ظَاهِرُ لَفْظِ الْكِتَابِ إلَّا أَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ قَدْ يُنْكِرُ وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَقُولَ أَمَرْتُك أَنْ تَصْبُغَهُ، وَالثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَمْ آمُرْك بِصَبْغِهِ فَإِذَا قَالَ أَمَرْتُك أَنْ تَصْبُغَهُ فَإِنَّهُ أَيْضًا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَقُولَ لَهُ أَمَرْتُك بِغَيْرِ هَذَا الصَّبْغِ وَالثَّانِي أَنْ يَقُولَ لَهُ أَمَرْتُك بِهَذَا الصَّبْغِ وَيَخْتَلِفَانِ فِي الْقَدْرِ فَإِنْ قَالَ أَمَرْتُك بِغَيْرِ هَذَا الصَّبْغِ وَلَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْعَمَلِ، أَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْعَمَلِ فَقَدْ قَالَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُفْتِ بِالْعَمَلِ، وَقَدْ تَحَالَفَا فِي صِفَةِ مَا وَقَعَ التَّبَايُعُ عَلَيْهِ فَوَجَبَ أَنْ يَتَحَالَفَا وَيَتَفَاسَخَا كَبَيْعِ الْأَعْيَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ تَحَالَفَا بَعْدَ الْعَمَلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّبَّاغِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الصُّنَّاعِ فِيمَا يَحُوزُهُ الصَّانِعُ بِالْفَوْتِ وَلِمَا لَهُ فِيهِ مِنْ الْعَمَلِ بِوَجْهِ حَقٍّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ الْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الصَّانِعَ حَائِزٌ فَلَا يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ مِنْهُ إلَّا بَعْدَ أَدَاءِ مَا لَهُ فِيهِ وَصَاحِبُ الثَّوْبِ مُدَّعٍ لِأَخْذِ مَا فِي يَدِهِ مِنْ الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ الَّذِي يُقِرُّ بِهِ الصَّبَّاغُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الصَّبَّاغِ.

وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَائِكِ يَقُولُ أَمَرْتنِي أَنْ أَنْسِجَ لَك سَبْعًا فِي ثَلَاثٍ، وَقَالَ صَاحِبُهُ بَلْ سَبْعًا فِي أَرْبَعٍ أَنَّ الْحَائِكَ مُصَدَّقٌ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَ الْبَنَّاءُ أَمَرْتنِي أَنْ أَبْنِيَ بَيْتًا

(68/6)

. . . .

[المنتقى]

خَمْسًا فِي خَمْسٍ، وَقَالَ رَبُّ الْعَرْصَةِ بَلْ عَشَرَةً فِي عَشَرَةٍ تَحَالَفَا فَإِنْ حَلَفَا فُسِخَ ذَلِكَ وَيَقْلَعُ الْبَنَّاءُ نَقْضَهُ إلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الْعَرْصَةِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا، وَإِنْ نَكَلَ الْبَنَّاءُ وَحَلَفَ صَاحِبُ الْعَرْصَةِ لَزِمَهُ مَا قَالَ الْبَنَّاءُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَائِكَ حَائِزٌ لِمَا صَارَ فِي يَدَيْهِ وَالْبَنَّاءُ لَمْ يَحُزْ الْعَرْصَةَ وَلَا مَا بَنَى فِيهَا بَلْ صَاحِبُ الْعَرْصَةِ حَائِزٌ لِذَلِكَ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا اخْتَلَفَا فِي الْعَمَلِ فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْأُجْرَةِ فَيَقُول الصَّانِعُ عَلَّمْته بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ، وَيَقُولُ صَاحِبُهُ اسْتَأْجَرْتُك بِدِرْهَمَيْنِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يُفْتِ بِالْعَمَلِ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا، وَإِنْ فَاتَ بِالْعَمَلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِع بِخِلَافِ الْبَنَّاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْعَرْصَةِ بَعْدَ الْبِنَاءِ ذَكَرَهُ ابْنُ نَافِعٍ فِي النَّوَادِرِ عَنْ مَالِكٍ، وَذَلِكَ أَنَّ الصَّانِعَ لَهُ يَدٌ عَلَى مَا صَنَعَ فِيهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا بِيَدِهِ وَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يُخْرِجَ عَمَلَهُ مِنْ يَدِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ صَاحِبُ الثَّوْبِ وَالْبَنَّاءُ عَلَيْهِ يَدُ صَاحِبِ الْعَرْصَةِ فَالْبَنَّاءُ يَدَّعِي عَلَيْهِ زِيَادَةً فِي ثَمَنِ عَمَلٍ قَدْ فَاتَ وَقُبِضَ مِنْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْعَرْصَةِ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ مُدَّعًى عَلَيْهِ فِيمَا بِيَدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَالَ الصَّانِعُ لَمْ تَأْمُرْنِي بِشَيْءٍ، وَقَالَ صَاحِبُهُ أَمَرْتُك بِكَذَا فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ فِي الْخَائِطِ يَقْطَعُ الثَّوْبَ

قَمِيصًا فِي قَوْلِ صَاحِبِهِ أَمَرْتُك بِقَطْعِهِ فَرَمْلًا أَنَّ الْخَيَّاطَ مُصَدَّقٌ وَلَا يَضْمَنُ إذَا حَلَفَ إلَّا أَنْ يَقْطَعَهُ قَطْعًا لَا يَلْبَسُهُ الْآمِرُ، وَقَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ إذَا أَقَرَّ الصَّانِعُ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِشَيْءٍ فَهُوَ مُعْتَدٍ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْجَوَابُ إذَا قَالَ لَهُ صَاحِبُ الثَّوْبِ اقْطَعْهُ عَلَى مَا تَرَى، وَقَدْ عَرَفَ مَا يَقْطَعُ لِلرَّجُلِ.

فَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَامِلَ لَمَّا كَانَ مُصَدَّقًا مَعَ يَمِينِهِ فِي الْعَمَلِ لِمَكَانِ الْيَدِ صُدِّقَ فِي إنْكَارِ الصِّفَةِ وَكَانَ سُكُوتُ رَبِّ الثَّوْبِ عَنْ الصَّانِعِ بِمَعْنَى اصْنَعْ مَا تَرَاهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ إذَا افْتَرَقَا عَنْ أَنْ يَشْرَعَ فِي الْعَمَلِ دُونَ وَصْفٍ، وَأَمَّا إذَا افْتَرَقَا عَنْ أَنْ يَعُودَ إلَيْهِ فَيَصِفُ لَهُ مَا يُرِيدُ فَهُوَ عَلَى مَا قَالَهُ ابْنُ مُيَسَّرٍ وَلَا يَكَادُ أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْ الْقِسْمَيْنِ قِسْمٌ ثَالِثٌ إلَّا بِأَنْ يُفَارِقَهُ صَاحِبُ الثَّوْبِ عَلَى أَنْ يَعُودَ إلَيْهِ لِلْوَصْفِ وَيَعْتَقِدَ الصَّانِعُ أَنَّهُ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِي الْعَمَلِ فَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَامِلِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُ مَا يَتْرُكُ عِنْدَهُ غَالِبًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ مُيَسَّرٍ أَنَّهُ أَقَرَّ الصَّانِعُ أَنَّهُ لَمْ يُؤْمَرْ بِشَيْءٍ فَهُوَ مُتَعَدٍّ لِإِقْدَامِهِ عَلَى الْعَمَلِ دُونَ صِفَةٍ وَدُونَ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ الْعُرْفِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَصِفْ لَهُ شَيْئًا فَيَقُولُ لَهُ صَاحِبُهُ أَرَدْت كَذَا وَيَقُولُ الصَّانِعُ رَأَيْت هَذَا مِمَّا يَصْلُحُ لَك فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى صَانِعٍ جِلْدًا لِيَعْمَلَ لَهُ خُفَّيْنِ إذَا عَمِلَ مَا يُشْبِهُ لِبَاسَ النَّاسِ وَلِبَاسَ الرَّجُلِ لَمْ يَضْمَنْ وَلِأَنَّهُ فَوَّضَ إلَيْهِ قَالَ، وَكَذَلِكَ الْخَيَّاطُ فِي الثَّوْبِ وَعَامِلُ الْقَلَانِسِ فِي الظِّهَارَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا قَالَ: أُصْبُغْ ثَوْبِي هَذَا لَوْنًا فَإِنَّ أَمْرَهُ يَتَنَاوَلُ كُلَّ لَوْنٍ فَأَيُّ لَوْنٍ صَبَغَهُ الصَّبَّاغُ كَانَ بِهِ مُمْتَثِلًا لِأَمْرِ الْآمِرِ، وَهَذَا إذَا كَانَ اللَّفْظُ يَقْتَضِي التَّفْوِيضَ لِصَنْعَتِهِ، أَوْ اُقْتُرِنَ بِهِ مَا يَقْتَضِي التَّفْوِيضَ، وَلَوْ اُقْتُرِنَ بِهِ مَا يَقْتَضِي لَوْنًا يَكُونُ إلَى رَبِّ الثَّوْبِ تَعْيِينُهُ لَكِنَّهُ أَخَّرَ ذَلِكَ لِوَجْهٍ رَآهُ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَمَّا الصَّبَّاغُ يَصْبُغُ الثَّوْبَ لَوْنًا بِغَيْرِ إذْنِ رَبِّهِ فَهُوَ ضَامِنٌ كَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ خَادِمٍ، أَوْ جَارِيَةٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْ صَاحِبِ الثَّوْبِ مَا يَقْتَضِي التَّفْوِيضَ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إذْنٌ لَهُ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْخُفَّيْنِ وَإِذَا تَقَدَّمَ هَذَانِ الْقِسْمَانِ فَإِنَّ قَوْلَ رَبِّ الثَّوْبِ اُصْبُغْ هَذَا الثَّوْبَ لَوْنًا يَقْتَضِي بِإِطْلَاقِهِ التَّفْوِيضَ إلَى الصَّبَّاغِ وَلَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْأَمْرَ عَلَى الْفَوْرِ، وَذَلِكَ أَيْضًا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ أَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ امْتِثَالُ الْأَمْرِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْفَوْرِ إلَّا أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ إلَّا أَنْ يَقْتَرِنَ بِهِ مَا يَمْنَعُ التَّفْوِيضَ، وَهَذَا أَيْضًا مَعْنَى قَوْلِهِ اشْتَرِ لِي خَادِمًا وَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ يَأْمُرُ الرَّجُلَ يَشْتَرِي لَهُ خَادِمَةً وَلَا يَصِفُهَا لَهُ أَنَّهُ إنْ اشْتَرَى لَهُ مَنْ يَكُونُ مِثْلُهَا مِنْ خَدَمِهِ لَزِمَتْ الْآمِرَ، وَهَذَا التَّخْصِيصُ بِالْعُرْفِ

. . . .

[المنتقى]

وَلَوْلَا الْعُرْفُ لَلَزِمَهُ أَيُّ خَادِمٍ اشْتَرَى لَهُ إذَا اقْتَضَى اللَّفْظُ ذَلِكَ وَتَعَدَّى عَمَّا يَصْرِفُهُ عَنْ مُقْتَضَاهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ: أَمَرْتُك بِهَذَا الصَّبْغِ وَاخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الصَّبَّاغِ يَصْبُغُ الثَّوْبَ فَيَقُولُ صَبَغْتُهُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَيَقُولُ صَاحِبُ الثَّوْبِ أَمَرْتُك بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ الْقَوْلُ قَوْلُ الصَّبَّاغِ إذَا كَانَ مَا فِي الثَّوْبِ مِنْ الصَّبْغِ يُشْبِهُ ذَلِكَ فَإِنْ أَتَى مِنْ ذَلِكَ بِمَا يَسْتَدِلُّ بِهِ عَلَى كَذِبِهِ وَيُشْبِهُ قَوْلَ صَاحِبِ الثَّوْبِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ، وَإِنْ أَتَى بِمَا لَا يُشْبِهُ رُدَّ إلَى إجَارَةِ الْمِثْلِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الصَّبَّاغِ بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ أَحَدُهَا مَا تَقَدَّمَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَا فِيهِ مِنْ الصَّبْغِ يُشْبِهُ مَا قَالَ، وَالشَّرْطُ الثَّانِي أَنْ يَتَّفِقَا، أَوْ يَقُولُ الصَّبَّاغُ لَمْ يَكُنْ فِيهِ صَبْغٌ فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَدْ كَانَ فِيهِ صَبْغٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ فِي الْمِقْدَارِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ إذَا كَانَ مَا زَادَ مِنْ الصَّبْغِ يُشْبِهُ مَا قَالَ، وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ يَعْمَلَهُ الصَّبَّاغُ عِنْدَهُ وَيُغَيِّبُ عَلَيْهِ فَأَمَّا إذَا لَمْ يَدْفَعْ إلَيْهِ الثَّوْبَ وَلَمْ يُغِبْ عَلَيْهِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِي مَسْأَلَةِ الثِّيَابِ مَا يَقْتَضِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ عَمِلْتَهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ وَلَا عِوَضٍ وَقَالَ الصَّبَّاغُ بَلْ بِأَجْرٍ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ إذَا أَتَى بِمَا يُشْبِهُ أَجْرَ مِثْلِهِ وَإِلَّا رَدَّ أَجْرَ مِثْلِهِ قَالَ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّ رَبَّ الثَّوْبِ مُقِرٌّ أَنَّهُ دَفَعَهُ إلَيْهِ لِيَصْبُغَهُ لَهُ وَيَدَّعِي عَلَيْهِ هَذِهِ الْأُجْرَةَ وَهَا هُنَا إنْ كَانَ ادَّعَى الصَّبَّاغُ أَجْرَ مِثْلِهِ فَلَا يَمِينَ عَلَى رَبِّ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ بِهِ شَيْئًا وَإِنْ ادَّعَى الصَّبَّاغُ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ مِثْلِهِ حَلَفَ رَبُّ الْمَتَاعِ لِيُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ مَا زَادَ مِنْ الْقِيمَةِ عَلَى أَجْرِ الْمِثْلِ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ لَمْ آمُرْكَ بِصَبْغِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقُولَ: دَفَعْتُهُ إلَيْك وَلَمْ آمُرْك بِصَبْغِهِ، أَوْ يَقُولَ: لَمْ أَدْفَعْهُ إلَيْك، فَإِنْ قَالَ: دَفَعْتُهُ إلَيْكَ وَدِيعَةً لَمْ آمُرْك فِيهِ بِعَمَلٍ، وَقَالَ الصَّانِعُ بَلْ أَمَرْتَنِي بِالْعَمَلِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ إذَا صَبَغَهُ

مَا يُشْبِهُ، وَقَالَ غَيْرُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ الْعَامِلُ مُدَّعٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْيَدَ لِلْعَامِلِ وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ أَقَرَّ صَاحِبُهُ بِتَسْلِيمِهِ إلَيْهِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَامِلِ فِي صِفَةِ الْقَبْضِ وَلَا يَكُونُ لِلدَّافِعِ قَبْضُهُ مِنْهُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ اتِّفَاقٍ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ إقْرَارَ رَبِّ الثَّوْبِ إنَّمَا هُوَ فِي تَسْلِيمِهِ إلَيْهِ، وَأَمَّا الْإِذْنُ فِيمَا فِيهِ مِنْ الْعَمَلِ فَقَدْ ادَّعَاهُ الْعَامِلُ وَأَنْكَرَ رَبُّ الثَّوْبِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَامِلِ بَيِّنَةٌ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ فِيمَا يُشْبِهُ مِنْ الْأُجْرَةِ وَإِلَّا رُدَّ إلَى أُجْرَةِ مِثْلِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَالَ غَيْرُهُ لَهُ الْأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ، أَوْ مَا ادَّعَاهُ.

وَقَدْ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْحَقِّ أَنَّ الْعَامِلَ إذَا ادَّعَى مَا يُشْبِهُ أُجْرَتَهُ فَلَا يَمِينَ عَلَى رَبِّ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحُطُّ عَنْ نَفْسِهِ بِهَا شَيْئًا، وَإِنْ ادَّعَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ لِيَحُطَّ عَنْ نَفْسِهِ مَا زَادَ عَلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ سُرِقَ مِنِّي وَلَمْ أَدْفَعْهُ إلَيْك، وَقَالَ بَلْ اسْتَعْمَلْتَنِيهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ يَتَحَالَفَانِ، وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَتَاعِ خُذْهُ مَعْمُولًا وَادْفَعْ أُجْرَةَ مِثْلِهِ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلْعَامِلِ خُذْهُ وَادْفَعْ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ هَذَا بِقِيمَةِ عَمَلِهِ، وَهَذَا بِقِيمَةِ مَتَاعِهِ غَيْرَ مَعْمُولٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى صَاحِبِهِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ وَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةَ الصَّبْغِ، أَوْ يَلْزَمُهُ قِيمَةُ الثَّوْبِ غَيْرَ مَصْبُوغٍ إلَّا أَنْ يَشَاءَ الصَّبَّاغُ أَنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا بِغَيْرِ شَيْءٍ فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ صَاحِبِ الثَّوْبِ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَالصَّبَّاغُ بِمَا زَادَتْ قِيمَتُهُ بِالصَّبْغِ رَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ الْغَيْرُ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ وَالْعَامِلُ مُدَّعٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شُبْهَةٌ وَلَمْ يَعْلَمْ بِتَعَدِّي الْعَامِلِ أَدَّتْهُمَا الْإِبَايَةُ إلَى الشَّرِكَةِ كَالَّذِي يَبْنِي فِي أَرْضِ غَيْرِهِ بِشُبْهَةٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّ

(70/6)

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الصَّبَّاغِ يَدْفَعُ إلَيْهِ الثَّوْبَ فَيُخْطِئُ بِهِ فَيَدْفَعُهُ إلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِي أَعْطَاهُ إيَّاهُ أَنَّهُ لَا غُرْمَ عَلَى الَّذِي لَبِسَهُ وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ، وَذَلِكَ إذَا لَبِسَ الثَّوْبَ الَّذِي دُفِعَ إلَيْهِ عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فَإِنْ لَبِسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ)

الصَّانِعَ مُدَّعٍ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُدْخِلَ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ وَيُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الثَّوْبِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَوَجْهُ الْعَمَلِ فِي التَّحَالُفِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ إنْ اخْتَارَ رَبُّ الثَّوْبِ أَنْ يَأْخُذَ ثَوْبَهُ وَيُعْطِيَهُ قِيمَةَ الصَّبْغِ وَكَانَتْ قِيمَةُ الصَّبْغِ أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَى الصَّانِعُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَدَّى ذَلِكَ رَبُّ الثَّوْبِ وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الصَّبْغِ مِثْلَ مَا ادَّعَى الصَّانِعُ حَلَفَ رَبُّ الثَّوْبِ مَا دَفَعَهُ إلَيْهِ وَيُؤَدِّي قِيمَةَ الصَّبْغِ فَإِنْ قَالَ أُرِيدُ أَنْ أُضَمِّنَهُ فَإِنْ طَاعَ الصَّبَّاغُ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ أَبْيَضَ فَلَا يَمِينَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ أَبَى تَحَالَفَا وَكَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوْبِ هَذَا مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّ الصَّانِعَ مُدَّعٍ فَيَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ أَنَّهُ مَا دَفَعَهُ إلَيْهِ ثُمَّ يُجْبَرُ الصَّانِعُ عَلَى دَفْعِ قِيمَةِ الثَّوْبِ هَذَا قَوْلُ الصَّقَلِّيِّينَ وَالْقَرَوِيِّينَ مِنْ شُيُوخِنَا وَهُوَ مُخَالِفٌ لِظَاهِرِ لَفْظِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ لَفْظِ الْكِتَابِ يَقْتَضِي التَّحَالُفَ قَبْلَ التَّخْيِيرِ وَعَلَى مَا تَأَوَّلُوهُ يَثْبُتُ التَّخْيِيرُ قَبْلَ التَّحَالُفِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ عَلَى ظَاهِرِهِ أَوْلَى وَهُوَ أَنْ يُبْدَأَ بِأَيْمَانِهِمَا قَبْلَ التَّخْيِيرِ؛ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ إنَّمَا يُسْتَحَقُّ بَعْدَ الْأَيْمَانِ فَحَلَفَ أَوَّلًا رَبُّ الثَّوْبِ لِيُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ مِنْ الْإِذْنِ فِي الصَّبْغِ وَيَحْلِفُ الصَّانِعُ لِيُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ مِنْ التَّعَدِّي فَإِذَا كَمُلَ ذَلِكَ بَيْنَهُمَا بُدِئَ بِتَخْيِيرِ رَبِّ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ لَهُ، وَقَدْ بَسَطْت الْقَوْلَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي شَرْحِ الْمُدَوَّنَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ الصَّبَّاغَ يَضْمَنُ مَا أَخْطَأَ بِهِ مِنْ الثِّيَابِ الَّتِي بَعْضُهَا لِلْقَابِضِ لَهَا يَقْتَضِي ضَمَانَ الصُّنَّاعِ مِمَّا ضَاعَ عِنْدَهُمْ مِمَّا قَبَضُوهُ عَلَى مَا نُفَسِّرُهُ بَعْدَ هَذَا وَضَمَانُهُمْ فِي الْجُمْلَةِ مِمَّا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْعُلَمَاءُ، وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إلَّا ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا: وَذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ وَإِذْ لَا غِنَى بِالنَّاسِ عَنْهُمْ كَمَا نُهِيَ عَنْ تَلَقِّي السِّلَعِ وَبَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي لِلْمَصْلَحَةِ وَبِمِثْلِ ذَلِكَ ضَمِنَ الْأَكْرِيَاءُ الطَّعَامَ خَاصَّةً لِلْمَصْلَحَةِ وَمَا أَدْرَكْتُ الْعُلَمَاءَ إلَّا وَهُمْ يُضَمِّنُونَ الصُّنَّاعَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصْلَحَةٌ وَنَظَرٌ لِلصُّنَّاعِ وَأَرْبَابِ السِّلَعِ وَفِي تَرْكِهِ ذَرِيعَةٌ إلَى إتْلَافِ الْأَمْوَالِ، وَذَلِكَ أَنَّ بِالنَّاسِ ضَرُورَةً إلَى الصُّنَّاعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ أَنْ يَخِيطَ ثَوْبَهُ أَوْ يُقَصِّرَهُ، أَوْ يُطَرِّزَهُ، أَوْ يَصْبُغَهُ فَلَوْ قُلْنَا الْقَوْلُ قَوْلُ الصُّنَّاعِ فِي ضَيَاعِ الْأَمْوَالِ لَتَسَرَّعُوا إلَى دَعْوَى ذَلِكَ وَلَلَحِقَ أَرْبَابَ السِّلَعِ ضَرَرٌ؛ لِأَنَّهُمْ بَيْنَ أَمْرَيْنِ: إمَّا أَنْ يَدْفَعُوا إلَيْهِمْ الْمَتَاعَ فَلَا يُؤْمَنُ مِنْهُمْ مَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لَا يَدْفَعُوهُ فَيَضُرُّ بِهِمْ فَكَانَ تَضْمِينُهُمْ خِلَافًا لِلْفَرِيقَيْنِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ قَبَضَ الْعَيْنَ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ لِلْأَخْذِ بِعَقْدٍ مُتَقَدِّمٍ فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي

تَلَفِهَا كَالرَّهْنِ وَالْعَارِيَّةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ شَرَطَ الصَّانِعُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ لَمْ يَنْفَعْهُ الشَّرْطُ. وَرُوِيَ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ ذَلِكَ يَنْفَعُهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَحَلٌّ لِلضَّمَانِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهُ بِالشَّرْطِ كَشَرْطِهِ فِي الْقَرْضِ وَالْبَيْعِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ شَرَطَ الضَّمَانَ فِيمَا يُسْقِطُ عَنْهُ الضَّمَانَ بِالْبَيِّنَةِ عَنْ تَلَفِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ فَوَجَبَ أَنْ يَنْفَعَهُ ذَلِكَ وَيَسْقُطُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ تَصْدِيقُهُ فِي الضَّيَاعِ وَمِنْ شَرْطِ التَّصْدِيقِ نَفْعُهُ كَمَنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الِاقْتِضَاءِ وَالْمَشْهُورُ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ ضَامِنٌ مَعَ الْبَيِّنَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْطَى ثَوْبَهُ لِصَانِعٍ يَعْمَلُ فِيهِ فَقَالَ يَكُونُ عِنْدِي حَتَّى آتِي فَأُعَامِلَك فِيهِ فَيَضِيعَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّهُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهُ عِنْدَهُ عَلَى الْعَمَلِ لَا عَلَى الْأَمَانَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الصَّانِعُ

(71/6)

. . . .

[المنتقى]

خَاصًّا أَوْ مُشْتَرَكًا خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ: يَضْمَنُ الْمُشْتَرَكَ وَلِلشَّافِعِيِّ فِي قَبْضِ الْمُشْتَرَكِ قَوْلَانِ هَذَا الَّذِي حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَحَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يَضْمَنُ الصَّانِعُ الْخَاصَّ وَهُوَ الَّذِي يَحْمِلُهُ إلَى مَكَانِهِ يَصْنَعُ فِيهِ وَالَّذِي يَعْمَلُ فِي حَانُوتِهِ هُوَ الْمُشْتَرَكُ قَالَ وَقَالَهُ كُلَّهُ أَصْبَغُ وَإِذَا كَانَ مَعْنَى الْخَاصِّ الَّذِي يَعْمَلُ عِنْدَك فَالْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا، وَإِنْ كَانَ مَعْنَى الْخَاصِّ الَّذِي لَمْ يَنْصِبْ نَفْسَهُ لِلْعَمَلِ، وَإِنَّمَا عَمِلَ بِهَذَا خَاصَّةً فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ عِيسَى مَنْ دَفَعَ ثَوْبًا إلَى رَجُلٍ يُقَصِّرُهُ، أَوْ يَخِيطُهُ، أَوْ يُرَقِّعُهُ فَضَاعَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ إذَا لَمْ يَنْصِبْ نَفْسَهُ صَانِعًا وَهُوَ كَالْأَمِينِ حَتَّى يَنْصِبَ نَفْسَهُ لِذَلِكَ فَيَضْمَنَ فَإِذَا قُلْنَا: إنَّ الْخَاصَّ هُوَ مَنْ عَمِلَ فِي مَنْزِلِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ

وَأَنَّهُ لَا يَضْمَنُ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ وَهْبٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا أَصَابَ الثَّوْبَ مِنْ حَرْقٍ، أَوْ فَسَادٍ إلَّا أَنْ يَغِرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَيَضْمَنَ وَجْهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ صَانِعٌ فَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ عَلَى حُكْمِ ضَمَانِ الصُّنَّاعِ كَالْمُشْتَرَكِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ غَيْرُ قَابِضٍ لِمَا يَصْنَعُ فِيهِ فَلَمْ يَضْمَنْهُ بِالْيَدِ كَمَا لَوْ تَلِفَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الصَّانِعُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ عَمِلُوهُ بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ فَإِنَّهُمْ ضَامِنُونَ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ لَا يَضْمَنُ مِنْ عَمَلٍ بِغَيْرِ أَجْرٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ صَانِعٌ لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى هَلَاكِ مَا قَبَضَهُ لِلْعَمَلِ فَكَانَ ضَامِنًا كَمَا لَوْ عَمِلَهُ بِأَجْرٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَضْمَنُ الصَّانِعُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ صَاحِبُ الْمَتَاعِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَمَرَ الثَّوْبَ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ فَقَطَّهُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ وَلَا تَعَدٍّ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الصَّانِعَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ الثَّوْبَ مِمَّا لَمْ تَقُمْ بِهِ بَيِّنَةٌ وَإِذَا أَصَابَهُ أَمْرٌ مِنْ قِبَلِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ قَصْدَهُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ كَانَ صَاحِبُ الثَّوْبِ يَعْمَلُ مَعَهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ مَا أَصَابَهُ مِنْ عَمَلِ صَاحِبِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّانِعِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَمَلِ الصَّانِعِ فَهُوَ مِنْهُ، وَإِنْ جُهِلَ ذَلِكَ فَهُوَ مِنْهُمَا يَلْزَمُ الصَّانِعَ نِصْفُ مَا نَقَصَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنْ فِعْلِهِمَا لَكَانَ مِنْهُمَا فَإِذَا تَرَدَّدَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَخَصَّ بِهِ مِنْ الْآخَرِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَكُونَ مِنْ فِعْلِهِمَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَضْمَنُ الصَّانِعُ مَا أَصْلَحَ فِيهِ الْيَسِيرُ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَجْرٍ مِثْلِ فَصِّ خَاتَمٍ وَرُقْعَةِ ثَوْبٍ، أَوْ زِرِّهِ، أَوْ سَيْرٍ فِي قِلَادَةٍ بِقِيمَتِهِ إذَا أَسْلَمَ ذَلِكَ إلَيْهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَمِثْلُهُ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ لَمَّا ضَمِنُوا مَا أَسْلَمَ إلَيْهِمْ لِلضَّرُورَةِ الْعَامَّةِ فَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي مَسْأَلَتِنَا وَإِذَا أَفْسَدَ الْخَيَّاطُ، أَوْ الْقَصَّارُ الثَّوْبَ فَسَادًا يَسِيرًا، فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمُخْتَصَرِ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهُ بَعْدَ أَنْ يَرْفَأَهُ يُقَالُ مَا قِيمَتُهُ يَوْمَ دَفَعَهُ إلَيْهِ صَحِيحًا وَمَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ الْيَوْمَ مَرْفُوًّا فَيَغْرَمُ مَا بَيْنَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَثُرَا ضَمِنَ قِيمَتَهُ كُلَّهُ يَوْمَ دَفَعَهُ إلَيْهِ.

وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا أَفْسَدَهُ بِخِيَاطَةٍ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ يَوْمَهُ صَحِيحًا، وَقَالَ مَالِكٌ فِي

الْمَوَّازِيَّةِ وَلَا يَضْمَنُ مَنْ دُفِعَتْ إلَيْهِ لُؤْلُؤَةٌ لِثَقْبِهَا إذَا كُسِرَتْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَوْ يَخْرِمُ مَوْضِعَ الثَّقْبِ، وَلَوْ تَعَدَّى الثُّقْبَ لَضَمِنَ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ الْقَوْسُ تُدْفَعُ لِمَنْ يَعْمُرُهَا وَالرُّمْحُ لِمَنْ يُقَوِّمُهُ وَالْفَصُّ لِمَنْ يَنْقُشُهُ وَالدَّابَّةُ يُسْرِجُهَا الْبَيْطَارُ وَالسَّيْفُ يُقَوِّمُهُ الصَّقَّالُ فَيَنْكَسِرُ ذَلِكَ كُلُّهُ، أَوْ الْمَرِيضُ يُسْقَى الدَّوَاءَ، أَوْ يَكْوِيهِ الطَّبِيبُ فَيَمُوتُ مِنْ كيه، أَوْ الْخَاتِنُ يَخْتِنُ الصَّبِيَّ فَيَمُوتُ مِنْ خِتَانَتِهِ، أَوْ الْحَجَّامُ يَقْلَعُ الضِّرْسَ فَيَمُوتُ صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ أَحَدٌ مِنْهُمْ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ مَا قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ الْغَالِبَ فِي هَذَا كُلِّهِ الْغَرَرُ فَصَاحِبُهُ إذَا أَذِنَ فِي الْعَمَلِ وَعَمِلَ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنْ الْعَمَلِ فَقَدْ عَرَضَهُ لِمَا حَدَثَ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّانِعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِالتَّعَدِّي أَوْ بِتَلَفٍ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَعَدٍّ وَلَا تَلَفٍ مَجْهُولٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمُدَوَّنَةِ فِي الْفَرَّانِ لَا يَضْمَنُ مَا أَحْرَقَ مِنْ الْخُبْزِ وَالْغَزْلِ؛ لِأَنَّ احْتِرَاقَهُ لَيْسَ مِنْ سَبَبِهِ وَهُوَ مِنْ غَلَبَةِ النَّارِ إلَّا أَنْ يَغُرَّ مِنْ نَفْسِهِ، أَوْ

(72/6)

. . . .

[المنتقى]

يُفَرِّطَ فَيَضْمَنَ، وَذَلِكَ إذَا غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَقَدْ تَعَدَّى مَنْ تَنَاوَلَ مَا لَا يُحْسِنُ، وَقَدْ فَسَدَ بِسَبَبِهِ وَعَمَلُهُ فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ وَالْفَرَّانُ إذَا غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ وَهُوَ لَا يُحْسِنُ الْخُبْزَ وَفَرَّطَ فَقَدْ وُجِدَ مِنْهُ التَّعَدِّي الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ، وَأَمَّا الْخَيَّاطُ تُفْسِدُ الثَّوْبَ خِيَاطَتُهُ وَالطَّاحِنُ يُفْسِدُ الْقَمْحَ طَحِينُهُ فَإِنَّ الْفَسَادَ مِنْ سَبَبِهِ عَلَى وَجْهٍ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ غَالِبًا فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ، وَكَذَلِكَ فِي الْخُبْزِ لَوْ كَانَ احْتِرَاقُهُ بِسَبَبِهِ عَلَى وَجْهٍ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ لَضَمِنَ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّهُ لَوْ احْتَرَقَ بِتَضْيِيعٍ مِنْهُ، أَوْ عَبَثٍ فِي وَقِيدٍ لَضَمِنَ، وَكَذَلِكَ فِي اللُّؤْلُؤَةِ إذَا تَنَاوَلَ ثُقْبَهَا مَوْضِعَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ انْخَرَمَتْ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ غَالِبٌ، وَإِنْ قَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ أَنَّهُ تَنَاوَلَهُ مِنْ غَيْرِ مَوْضِعِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ.

(فَرْعٌ) إذَا كَمُلَ ذَلِكَ فَنَرْجِعُ إلَى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فَعَلَى الصَّانِعِ فِي ضَمَانِ الثَّوْبِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حِينَئِذٍ ضَمِنَهُ كَالْغَاصِبِ وَالْمُشْتَرِي، وَلَوْ تَلِفَ بَعْدَ كَمَالِ الصَّنْعَةِ وَقَامَتْ بَيِّنَةٌ بِتَمَامِ الصَّنْعَةِ فِيهِ

ثُمَّ تَلِفَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَنَحْوُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِضَيَاعِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ هُوَ مِنْ صَاحِبِهِ وَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ الْعَمَلَ إلَى صَاحِبِهِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ الْعَمَلَ لَمَّا صَارَ فِي الثَّوْبِ كَانَ ذَلِكَ قَبْضًا مِنْ صَاحِبِهِ لِلْعَمَلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ فِيمَا يَمْلِكُهُ فَكَانَ عَلَيْهِ عِوَضُ ذَلِكَ الْعَمَلِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ حُصُولَ الصَّنْعَةِ فِي الثَّوْبِ لَيْسَ بِقَبْضٍ لَهَا، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْقَبْضُ لَهَا بِرُجُوعِ الثَّوْبِ إلَى يَدِ صَاحِبِهِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ تَلِفَ الثَّوْبُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَقَدْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِتَمَامِ الصَّنْعَةِ لَمْ يَلْزَمْ صَاحِبُ الثَّوْبِ الْعِوَضُ مِنْهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا ادَّعَى الْفَرَّانُ احْتِرَاقَ الْخُبْزِ بِغَلَبَةِ النَّارِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ إنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ عَنْ الْفَرَّانِ إذَا بَقِيَ مِنْ الْخُبْزِ، أَوْ الْغَزْلِ مَا يَعْلَمُ بِهِ أَنَّهُ خُبْزُ ذَلِكَ الرَّجُلِ، أَوْ غَزْلُهُ فَأَمَّا لَوْ ذَهَبَ أَصْلًا وَلَمْ يُعْرَفْ إلَّا بِقَوْلِهِ أَنَّهُ احْتَرَقَ لَضَمِنَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا ادَّعَى ضَيَاعًا وَتَلَفًا غَيْرَ مَعْلُومٍ فَهُوَ عِنْدِي عَلَى وَجْهِ الضَّمَانِ وَلَا يُصَدَّقُ فِيهِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ الْخُبْزُ بَاقِيًا فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي قَوْلِهِ أَنَّهُ غَلَبَتْهُ النَّارُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَصَاحِبُهُ مُدَّعٍ التَّعَدِّيَ قَالَ ذَلِكَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي ثُقْبِ اللُّؤْلُؤَةِ ثُمَّ قَالَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ صَاحِبِ صَنْعَةٍ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى وَكَذَلِكَ ذَكَرَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي قَرْضِ الْفَأْرِ وَلَحْسِ السُّوسِ إذَا ادَّعَى صَاحِبُ الثَّوْبِ تَضْيِيعَ الْقَصَّارِ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعٍ فِي ذَلِكَ وَالْقَصَّارُ مُصَدَّقٌ؛ لِأَنَّ التَّعَدِّيَ لَا يُلْزَمُ بِالدَّعْوَى.

(فَرْعٌ) وَلَوْ تَلِفَ الْخُبْزُ عِنْدَ الْفَرَّانِ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا هُوَ لَهُ ضَامِنٌ وَقَدْ أَسْلَمَهُ إلَيْهِ صَاحِبُهُ.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ لَوْ تَرَكَهُ صَاحِبُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْفَرَّانُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِتَسْلِيمِهَا إلَيْهِ فَفِي سَمَاعِ ابْنِ وَهْبٍ وَالْمُخْتَصَرِ الْكَبِيرِ لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُعْطِيَهُ غَيْرَ خُبْزَتِهِ وَلْيُعْطِهِ مِثْلَهَا وَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ أَصْغَرَ مِنْ خُبْزَتِهِ وَلَا يَأْخُذُ أَكْبَرَ مِنْهَا، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا يَأْخُذُ غَيْرَ خُبْزَتِهِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ أَنَّ الْفَرَّانَ ضَامِنٌ لِلرَّجُلَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْخَاتِنُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَوْتِ الصَّغِيرِ إلَّا أَنْ يُخْطِئَ بِقَطْعِ الْحَشَفَةِ، أَوْ بَعْضِهَا فَعَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ فَأَكْثَرُ وَمَا قَصُرَ عَنْ الثُّلُثِ فَفِي مَالِهِ إنْ كَانَ مِمَّنْ يُحْسِنُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُحْسِنُ وَغَرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَالِهِ، وَكَذَلِكَ الطَّبِيبُ وَقَالِعُ الضِّرْسِ وَالْبَيْطَارُ وَيُعَاقَبُونَ مَعَ ذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ

عَنْ مَالِكٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا ادَّعَى الصَّانِعُ بَعْدَ ذَهَابِ الْمَتَاعِ بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ سُرِقَ لَمْ يُصَدَّقْ فِي ذَهَابِ الْمَتَاعِ، وَكَذَلِكَ لَوْ احْتَرَقَ بَيْتُهُ وَرَأَى ثَوْبَ الرَّجُلِ يَحْتَرِقُ فِيهِ رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ مَالِكٍ هُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ قَالَ مُحَمَّدٌ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّ النَّارَ مِنْ غَيْرِ سَبَبِهِ، أَوْ سَيْلٌ يَأْتِي، أَوْ يَنْهَدِمُ الْبَيْتُ فَهَذَا وَشَبَهُهُ يَسْقُطُ فِيهِ الضَّمَانُ، وَهَذَا الَّذِي رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ مَالِكٍ مُخَالِفٌ لِمَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي قَرْضِ الْفَأْرِ، وَادَّعَى صَاحِبُ الثَّوْبِ بِتَعَدِّي الصَّانِعِ وَتَضْيِيعِهِ وَقَوْلُ مَالِكٍ الصَّانِعُ مُصَدَّقٌ وَالتَّعَدِّي لَا يَلْزَمُ بِدَعْوَى صَاحِبِ الْمَتَاعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، فَعَلَى هَذَا فَفِيمَا أَشْكَلَ وَجْهُ سَبَبِهِ رِوَايَتَانِ: إحْدَاهُمَا أَنَّ

(73/6)

. . . .

[المنتقى]

الصَّانِعَ ضَامِنٌ وَالثَّانِيَةُ أَنَّهُ مُصَدَّقٌ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ التَّعَدِّيَ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ فَوَجَبَ أَنْ يُثْبِتَ حُكْمُهُ بِالتُّهْمَةِ فِي حَقِّ الصَّانِعِ أَصْلُ ذَلِكَ الْمَغِيبِ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّ التَّعَدِّيَ لَا يَثْبُتُ بِالدَّعْوَى وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ التَّلَفَ ظَاهِرٌ وَهُوَ تَبَرُّؤٌ مِنْ سَبَبِ الضَّمَانِ الَّذِي هُوَ الْمَغِيبُ عَلَى الْمَصْنُوعِ، وَهَذَا فِيمَا أَشْكَلَ وَجْهُ سَبَبِهِ، وَتَيَقُّنُ السَّبَبِ كَالْحَرْقِ وَقَرْضِ الْفَأْرِ، وَأَمَّا إذَا أَشْكَلَ السَّبَبُ نَفْسُهُ فَلَمْ يُعْلَمْ هَلْ هُوَ قَرْضُ فَأْرٍ أَوْ غَيْرُهُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْفَأْرِ يَقْرِضُ الثَّوْبَ عِنْدَ الْقَصَّارِ قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ يَعْلَمُ فِي مَسْأَلَتِك أَنَّ الْفَأْرَ قَرَضَهُ يَضْمَنُ الْقَصَّارُ حَتَّى يَقُومَ بِبَيِّنَةٍ أَنَّ الْفَأْرَ قَرَضَهُ، وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَيَتَبَيَّنُ ذَلِكَ لِلنَّاظِرِ إلَيْهِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ غَيْرِ تَضْيِيعٍ فَلَا يَضْمَنُ، وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي قَرْضِ الْفَأْرِ وَلَحْسِ السُّوسِ، وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ فَالصَّانِعُ ضَامِنٌ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ قَرْضُ فَأْرٍ، أَوْ لَحْسُ سُوسٍ وَلَمْ يَكُنْ ضَيَّعَ فَفِي هَذَا الْوَجْهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَهُوَ الضَّمَانُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا جَعَلَ الْخَيَّاطُ وَجْهَ الثَّوْبِ إلَى دَاخِلٍ فَإِنَّهُ يَفْتُقُهُ وَيُعِيدُهُ فَإِنْ كَانَ الْفَتْقُ يَنْقُصُهُ خُيِّرَ رَبُّهُ بَيْنَ أَنْ

يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ يَوْمَ قَبْضِهِ، أَوْ يَأْمُرُهُ بِفَتْقِهِ وَإِعَادَةِ خِيَاطَتِهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا عَمَلٌ يَنْقُصُهُ وَيُمْنَعُ لِبَاسُهُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ مِنْ مَقْصُودِ الْجَمَالِ وَهُوَ مِمَّا يُسْتَطَاعُ تَغْيِيرُهُ وَاسْتِدْرَاكُهُ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَا يُنْقِصُ الثَّوْبَ لَزِمَهُ اسْتِدْرَاكُهُ وَإِزَالَةُ مَا دَخَلَ مِنْ الْفَسَادِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَنْقُصُهُ فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّخْيِيرِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ دَفَعَ النَّقْصَ عَنْ نَفْسِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَخْرَجَ الْقَصَّارُ الثَّوْبَ أَسْوَدَ رَدِيئًا فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ عَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَهُ حَتَّى يُجَوِّدَهُ فَإِنْ كَانَ رَدُّهُ يُفْسِدُهُ بِأَنْ يَسْتَرْخِيَ وَيُنَكَّسَ وَجْهُهُ وَخِيفَ أَنْ يَحْتَرِقَ فَلَا يَرُدُّهُ وَيَنْظُرُ فَإِنْ أَفْسَدَهُ بِذَلِكَ فَسَادًا بَيِّنًا ضَمِنَ قِيمَتَهُ أَسْمَرَ يُرِيدُ عِنْدِي يَوْمَ قَبْضِهِ خَامًا، وَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ يَسِيرًا أَعْطَاهُ رَبُّهُ قِيمَةَ الْعَمَلِ الرَّدِيءِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ مَا لَمْ يُجَاوِزْ شَرْطَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِدْرَاكَ تَبْيِيضِهِ إذَا أَمْكَنَ مِنْ غَيْرِ إفْسَادِ الثَّوْبِ لَزِمَهُ عَمَلُهُ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ الْأَوَّلَ الَّذِي اُسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يُتِمَّهُ بَعْدُ فَعَلَيْهِ إتْمَامُهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتِمُّ ذَلِكَ إلَّا بِإِفْسَادِ الثَّوْبِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ، أَوْ يَأْخُذَهُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ، وَقَالَ فِي الْفَسَادِ الْكَثِيرِ يُضَمِّنُهُ قِيمَتَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي إنْ شَاءَ أَنْ يُضَمِّنَهُ، وَقَالَ فِي الْفَسَادِ الْيَسِيرِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةَ الْعَمَلِ الرَّدِيءِ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ خِيَارًا فِي تَضْمِينِهِ الْقِيمَةَ وَهُوَ الصَّوَابُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كِيلَ الْقَمْحُ عَلَى الطَّحَّانِ وَأَسْلَمَ إلَيْهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ ضَامِنٌ لَهُ قَالَ مَالِكٌ أَرْجُو أَنْ يَكُونَ تَضْمِينُهُ خَفِيفًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنْ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الصُّنَّاعِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ فَهُوَ ضَامِنٌ لِلطَّعَامِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْحَمَّالِينَ فَهُوَ ضَامِنٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْحَمَّالَ الْمُنْفَرِدَ لِحَمْلِ الطَّعَامِ هُوَ ضَامِنٌ لَهُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّهُ ضَامِنٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُعْطَى قَدْرَ مَا نَقَصَ دَقِيقًا عَلَى مَا يَعْرِفُ النَّاسُ يُرِيدُ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِالْكَيْلِ فَيُعْطَى مِنْ كَيْلِ الدَّقِيقِ مَا يَعْلَمُ النَّاسُ أَنَّهُ يَنْتَهِي إلَيْهِ بِالطَّحْنِ مَا نَقَصَ مِنْ الْقَمْحِ وَلِلطَّحَّانِ الْأُجْرَةُ كَامِلَةً، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَلَيْهِ قَمْحُ مِثْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ قَدْ اُسْتُؤْجِرَ عَلَى طَحْنِ الْقَمْحِ وَلَا يَتَعَيَّنُ بِالْإِجَارَةِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِقَمْحٍ مِثْلِهِ وَيَطْحَنُهُ وَتَكُونُ لَهُ الْأُجْرَةُ وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَضْمَنُ قَمْحًا مِثْلَهُ وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ طَحْنُهُ وَسَقَطَ مِنْ الْأُجْرَةِ بِقَدْرِهِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ اُخْتُصَّتْ بِتِلْكَ الْعَيْنِ لِاخْتِلَافِ الْقَمْحِ فِي الطَّحْنِ، أَوْ لِأَنَّ الضَّيَاعَ جَاءَ مِنْ قِبَلِ الطَّحَّانِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا طَحَنَ الطَّحَّانُ الْقَمْحَ عَلَى النَّقْشِ فَأَفْسَدَهُ بِالْحِجَارَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ أَشْهَبَ عَلَيْهِ قَمْحُ مِثْلِهِ، وَقَالَ بِهِ أَصْبَغُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَفْسَدَ الْحَائِكُ الثَّوْبَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ يَضْمَنُ الْغَزْلَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ وَجَدَ مِثْلَ الْغَزْلِ الْحَائِكُ أَتَاهُ بِهِ وَعَلَيْهِ عَمَلُهُ وَإِنْ تَعَذَّرَ مِثْلُهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ

(74/6)

. . . .

[المنتقى]

يَوْمَ يَقْبِضُهُ وَتَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بَيْنَهُمَا هَذَا الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الَّذِي يَضْمَنُ الْحَائِكُ؛ لِأَنَّهُ نَسَجَهُ لَهُ عَلَى أَقَلّ مِنْ الْعَرْضِ وَالطُّولِ الَّذِي شَرَطَهُ لَهُ قِيمَةُ غَزْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ مِثْلُهُ، وَمَنْ اسْتَهْلَكَ غَزْلَ رَجُلٍ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ ثَوْبًا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ فَكَذَلِكَ الْغَزْلُ وَقَالَ غَيْرُهُ أَصْلُ الْغَزْلِ الْوَزْنُ فَعَلَى مَنْ تَعَدَّى فِيهِ مِثْلُهُ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ لَيْسَ لَهُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجَدُ مِثْلُهُ غَالِبًا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ لَيْسَ لَهُ مِثْلُهُ، وَإِنْ وُجِدَ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ الثَّوْبِ الَّذِي تَلْزَمُ فِيهِ الْقِيمَةُ وَهُوَ الْأَظْهَرُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْغَزْلَ يَتَعَذَّرُ فِيهِ التَّمَاثُلُ لِاخْتِلَافِ أَصْلِهِ وَلِاخْتِلَافِ الصَّنْعَةِ فِيهِ عَلَى وَجْهٍ يَتَقَارَبُ فَلِذَلِكَ عَدَلَ فِيهِ الْقِسْمَةُ، وَإِنْ كَانَ مَوْزُونًا كَمَا عَدَلَ فِي الثَّوْبِ إلَى الْقِيمَةِ، وَإِنْ كَانَ مَذْرُوعًا لَكِنَّهُ لَمَّا اخْتَلَفَ جِنْسُ أَصْلِهِ فِي الْجَوْدَةِ وَكَانَتْ صِنَاعَتُهُ مُخْتَلِفَةً مُتَفَاوِتَةً وَلَمْ يَنْظُرْ إلَى تَمَاثُلِهِ مِنْ جِهَةِ الذَّرْعِ عُدِلَ إلَى الْقِيمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَجْهُ الْقَوْلِ بِالْمِثْلِ مَا احْتَجَّ بِهِ الْغَيْرُ مِنْ أَنَّ أَصْلَهُ الْوَزْنُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ عَلَيْهِ الْقِيمَةَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذُكِرَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بَيْنَهُمَا وَحَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّ الْإِجَارَةَ قَائِمَةٌ بِأَخْذِ الْقِيمَةِ وَيَأْتِي بِغَزْلٍ مِثْلِهِ فَيَنْسِجُهُ لَهُ وَاخْتَارَ ابْنُ حَبِيبٍ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ بِأَنَّهُ غَزْلٌ مُعَيَّنٌ فَإِذَا ذَهَبَتْ الْعَيْنُ وَعَدِمَتْ بَطَلَ الْعَمَلُ الْمُخْتَصُّ بِهَا وَهَذَا فِيهِ نَظَرٌ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ وَجْهُ ذَلِكَ مَا بَنَى عَلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ عَدَمِ التَّمَاثُلِ فِيهِ وَتَفَاوُتِهِ فِي الرِّقَّةِ وَالْغِلَظِ وَالْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ، وَإِذَا أُخْتُلِفَ مَا يَعْمَلُ فِيهِ وَتَفَاوَتَ وَعَدِمَتْ الْعَيْنُ الْمُخْتَصَّةُ بِالْعَقْدِ وَجَبَ نَسْجُهُ كَرِضَاعِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيمِ الْأَعْمَالِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ بِأَنَّهُ لَيْسَ الْغَرَضُ نَفْسَ الْغَزْلِ، وَلَوْ شَرَطَ ذَلِكَ لَمْ تَجُزْ الْإِجَارَةُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ أَعْطَاهُ الْغَزْلَ لِيَنْسِجهُ سَبْعًا فِي ثَمَانٍ فَنَسَجَهُ سِتًّا فِي سَبْعٍ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْحَائِكَ قِيمَةَ غَزْلِهِ، أَوْ يَأْخُذَهُ وَعَلَيْهِ جَمِيعُ أَجْرِهِ، وَقَالَ غَيْرُهُ لَهُ مِنْ الْأُجْرَةِ بِحِسَابِ عَمَلِهِ.

فَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَى مَا قَالَهُ الْفَضْلُ بْنُ سَلَمَةَ أَنَّ النَّقْصَ إنَّمَا هُوَ فِي هَذَا الثَّوْبِ عَيْبٌ مِنْ الْعُيُوبِ فِي الْعَمَلِ فَإِذَا رَضِيَ بِهِ كَانَ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْعِوَضِ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّهُ مِنْ بَابِ النَّقْصِ مِنْ جُمْلَةِ مَا اُسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ فَوَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ عِوَضِهِ كَالطَّعَامِ يَنْقُصُ بَعْضَ مَا اشْتَرَى مِنْ مَكِيلِهِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ الْغَيْرِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يَنْظُرَ إلَى أَجْرِ مِثْلِهِ فِيمَا شُرِطَ وَأَجْرِ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ فَيَسْقُطُ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ الْمُسَمَّى قَالَهُ بَعْضُ الْقَرَوِيِّينَ.

(فَرْعٌ) فَلَوْ زَادَ عَلَى الْأَذْرُعِ الْمَشْرُوطَةِ فَقَدْ قَالَ الْفَضْلُ بْنُ سَلَمَةَ لَا أُجْرَةَ لَهُ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ عَيْبٌ وَلَهُ الْأَجْرُ عَلَى قَوْلِ الْغَيْرِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ مَا يُعْمَلُ فِيهِ فَأَمَّا ضَيَاعُ مَا لَا يُعْمَلُ فِيهِ عِنْدَ الصُّنَّاعِ فَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ظَرْفٌ، أَوْ مِثَالٌ فَأَمَّا الظَّرْفُ فَعَلَى قِسْمَيْنِ قِسْمٌ يُسْتَغْنَى عَنْهُ مَا يَعْمَلُهُ وَقِسْمٌ لَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ مَا يَعْمَلُهُ فَأَمَّا مَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ فَالَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ الصَّانِعُ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ أَصْبَغُ عَنْ أَشْهَبَ فِي الثَّوْبِ يُدْفَعُ إلَى الصَّانِعِ فِي مِنْدِيلٍ إنْ كَانَ الثَّوْبُ رَفِيعًا يَحْتَاجُ إلَى وِقَايَةٍ ضَمِنَهُ الصَّانِعُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إلَيْهَا لَمْ يَضْمَنْهُ قَالَ فِي الْوَاضِحَةِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مِنْدِيلَ الثَّوْبِ إذَا ضَاعَ، وَقَدْ ضَاعَ مَلْفُوفًا بِهِ، أَوْ قَدْ زَايَلَهُ إذْ لَا ضَرُورَةَ بِالثَّوْبِ إلَيْهِ وَلَا يَضْمَنُ الْفَرَّانُ مَا ضَاعَ مِنْ صِحَافِ الْخُبْزِ فَارِغَةً، وَلَوْ ضَاعَتْ بِمَا فِيهَا لَضَمِنَهَا مَعَ الْخُبْزِ إذْ لَا غِنَى بِالْخُبْزِ عَنْهَا فَإِنَّمَا يَكُونُ الْخِلَافُ بَيْنَ أَشْهَبَ وَابْنِ حَبِيبٍ فِي صِفَةِ الْحَاجَةِ لَا فِي مُرَاعَاةِ الْحَاجَةِ فَعِنْدَ أَشْهَبَ أَنَّ ضَمَانَهُ مَا يَحْتَاجُ إلَى صِيَانَةٍ عَنْ الْحَاجَةِ الْمُؤَثِّرَةِ فِي الضَّمَانِ وَلَيْسَ ذَلِكَ عِنْدَ ابْنِ حَبِيبٍ بِمُؤَثِّرٍ وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ الْمُؤَثِّرَةُ أَنْ لَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَتَى بِخُفَّيْنِ إلَى خَرَّازٍ يُصْلِحُ أَحَدَهُمَا فَضَاعَا فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ أَصْبَغَ لَا يَضْمَنُ إلَّا الَّذِي فِيهِ الْعَمَلُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِعَمَلِهِ بِهِ كَالظَّرْفِ الَّذِي يُسْتَغْنَى عَنْهُ

. . . .

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا تَدْعُو الْحَاجَةُ إلَيْهِ مِنْ الظُّرُوفِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ حَبِيبٍ فِيهِ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ إذَا ضَاعَ الْقَمْحُ بِقُفَّتِهِ عِنْدَ الطَّحَّانِ، أَوْ ضَاعَ عِنْدَ الْفَرَّانِ لَوْحُ الْخَبَّازِ، أَوْ قَصْعَتُهُ، أَوْ ضَاعَ عِنْدَ الصَّيْقَلِ غِمْدُ السَّيْفِ، أَوْ عِنْدَ الْخَيَّاطِ مِنْدِيلُ الثَّوْبِ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَيَضْمَنُ الْمِثَالَ لِيَعْمَلَ عَلَيْهِ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ ضَمَانُ الْمِثْلِ.

وَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ لَا يَضْمَنُ الْوَرَّاقُ الْأُمَّ الَّتِي يَكْتُبُ مِنْهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْمِثَالَ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ فِي نَفْيِ ضَمَانِ الظَّرْفِ وَإِثْبَاتِهِ فِي الْمِثَالِ أَنَّ الظُّرُوفَ لَا يَتَعَلَّقُ عَمَلُهُ بِهَا فَلَمْ يَضْمَنْهَا وَالْمِثَالُ عَمَلُهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ قَالَ مَالِكٌ لَا غِنَى بِهِ عَنْهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّهُ لَا يَعْمَلُ فِيهِ، وَإِنَّمَا يَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ فَكَانَ الْمِثَالُ كَالظُّرُوفِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

فَهَذَا حُكْمُ الصُّنَّاعِ وَأَمَّا الْأُجَرَاءُ فَهُمْ عَلَى ضَرْبَيْنِ أُجَرَاءُ لِلصُّنَّاعِ وَأُجَرَاءُ لِلْحِفْظِ وَالرِّعَايَةِ فَأَمَّا أُجَرَاءُ الصُّنَّاعِ فَالَّذِي رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ أَجِيرَ الْقَصَّارِ لَا يَضْمَنُ وَالْقَصَّارُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَهُ أَجِيرُهُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَلَا يَضْمَنُ الْأَجِيرُ لِلْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ شَيْئًا، وَهَذَا فِي الْأَجِيرِ الْمُتَصَرِّفِ بَيْنَ يَدَيْ الْقَصَّارِ بِحَسَبِ اخْتِيَارِهِ وَلَيْسَ بِحَائِزٍ لِمَا يَعْمَلُهُ فَأَمَّا إنْ كَانَ يَتَصَرَّفُ فِي الْعَمَلِ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ وَيَحُوزُ مَا يَعْمَلُ فِيهِ فَقَدْ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ أَشْهَبَ إنْ كَثُرَ عَلَى الْغَسَّالِ الثِّيَابُ فَآجَرَ أُجَرَاءَ فَبَعَثَهُمْ إلَى الْبَحْرِ بِالثِّيَابِ فَيَدَّعُونَ تَلَفَهَا أَنَّهُمْ ضَامِنُونَ، وَكَذَلِكَ أُجَرَاءُ الْخَيَّاطِ يَتَصَرَّفُونَ فِي الثِّيَابِ فَتَتْلَفُ فَهُمْ ضَامِنُونَ، وَقَالَ ابْنُ مَيْسَرَةَ، وَذَلِكَ إذَا آجَرَهُمْ عَلَى عَمَلِ أَثْوَابٍ مُقَاطَعَةٍ فَهَذَا مَعْنَى مَا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ إذَا قُوطِعَ عَلَى عَمَلِهَا فَقَدْ صَارَ لَهُ حُكْمُ الصَّانِعِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ يَعْمَلُ مُيَاوَمَةً، أَوْ مُشَاهَرَةً فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأُجَرَاءِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأُجَرَاءُ لِلْحِفْظِ فَعَلَى قِسْمَيْنِ: قِسْمٌ لَهُمْ تَعَلُّقٌ بِالْعَمَلِ، وَقِسْمٌ لَا تَعَلُّقَ لَهُمْ بِالْعَمَلِ فَأَمَّا مَنْ لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْعَمَلِ فَكَصَاحِبِ الْحَمَّامِ يُوضَعُ عِنْدَهُ ثِيَابُ النَّاسِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ

قَدْ أَمَرْت صَاحِبَ السُّوقِ أَنْ يُضَمِّنَ أَصْحَابَ الْحَمَّامَاتِ ثِيَابَ النَّاسِ فَيَضْمَنُونَهَا، أَوْ يَأْتُونَ بِمَنْ يَحْرُسُهَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِهِ بِإِثْرِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

وَقَدْ قَالَ أَيْضًا فِي كِتَابٍ آخَرَ لَا يَضْمَنُونَ، وَهَذَا الَّذِي أَشَارَ إلَيْهِ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ قَدْ أَشَارَ إلَيْهِ غَيْرُهُ مِنْ شُيُوخِنَا وَلَا أَعْلَمُ أَنَّهُمْ يُشِيرُونَ إلَّا إلَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي كِتَابِ الْجُعْلِ وَالْإِجَارَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ: لَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ يَجْلِسُ لِحِفْظِ ثِيَابِ مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَّامَ مَا ضَاعَ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ، وَهَذَا الَّذِي أَشَارُوا إلَيْهِ لَيْسَ عِنْدِي مِمَّا نَحْنُ فِيهِ بِسَبِيلٍ؛ لِأَنَّ أُجَرَاءَ الصُّنَّاعِ لَا يَضْمَنُونَ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ الصَّانِعُ، أَوْ مَنْ هُوَ فِي حُكْمِ الصَّانِعِ وَصَاحِبُ الْحَمَّامِ لَيْسَ بِأَجِيرٍ مَحْضِ الْإِجَارَةِ بَلْ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْعَمَلُ وَالصِّنَاعَةُ مِنْ التَّنْظِيفِ وَالِاغْتِسَالِ فَيَضْمَنُ مَا لَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ مِنْ عَمَلِهِ فِيهِ مِنْ ثِيَابِهِ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى عَلَى الصَّانِعِ ضَمَانَ مَا لَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ مَا اسْتَعْمَلَ فِيهِ وَلَا يَضْمَنُ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى عَلَيْهِ ضَمَانًا فِي ذَلِكَ، أَوْ يَكُونُ أَجِيرًا لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْعَمَلِ فَيَكُونُ كَالْحَمَّالِ يَسْتَأْجِرُ عَلَى الْحَمْلِ فَيَضْمَنُ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَسَرُّعِهِ إلَيْهِ كَالطَّعَامِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ عَادَةُ الْحَمَّالِينَ بِالْخِيَانَةِ فِيهِ وَالتَّسَرُّعِ إلَيْهِ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُ الْحَمَّامِ وَهُوَ الْمَالِكُ لِأَمْرِهِ وَالْمُسْتَعْمِلُ لَهُ بِالْعَمَلِ يَجِبُ أَنْ يَضْمَنَ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِخِيَانَتِهِ فِيهِ وَالتَّسَرُّعُ إلَيْهِ وَهِيَ ثِيَابُ النَّاسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَمَغِيبُهُ عَنْ ثِيَابِهِ إلَى دَاخِلِ الْحَمَّامِ مَغِيبٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى مَنْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِمَغِيبِ صَاحِبِ الثِّيَابِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي الْوَاضِحَةِ فِي الطَّحَّانِ يَطْحَنُ الْقَمْحَ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ لَا يَضْمَنُ ظَرْفًا وَلَا قَمْحًا إلَّا أَنْ يَخْرُجَ النَّاسُ عَنْ الرَّحَى لِلزَّحْمَةِ فَيَضْمَنُ الْقَمْحَ وَظَرْفَهُ، وَكَذَلِكَ الْفَرَّانُ فَجَعَلَ الْخُرُوجَ عَنْ الرَّحَى وَالْفُرْنِ مَغِيبًا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الْحَافِظِ الَّذِي لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْعَمَلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحَافِظُ الَّذِي لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْعَمَلِ فَالْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي النَّوْمِ وَالْغَفْلَةِ، وَإِنَّمَا الضَّمَانُ عَلَيْهِ فِي التَّعَدِّي.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُسْتَأْجِرِ لِيَحْرُسَ بَيْتًا، أَوْ خَيْلًا، أَوْ غَنَمًا

. . . .

فَيَنَامُ فَيُسْرَقُ مَا فِي الْبَيْتِ، أَوْ يُذْهَبُ بِالْخَيْلِ، أَوْ الْغَنَمِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَلَهُ أَجْرُهُ كَامِلًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَضْمَنُ الْأَجِيرُ إلَّا مَا ضَيَّعَ أَوْ فَرَّطَ.
وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَضْمَنُ جَمِيعَ الْحُرَّاسِ إلَّا بِالتَّعَدِّي كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ طَعَامٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْعَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ كَالْمُودَعِ.
وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ الرَّاعِيَ الْخَاصَّ لَا يَضْمَنُ وَالْمُشْتَرَكُ يَضْمَنُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَمَنْ أَخَذَ بِهِ فَهُوَ حَسَنٌ فَحَمَلَ هَذَا عَلَى ظَاهِرِهِ، وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ مَعْنَى الْمُشْتَرَكِ هَاهُنَا أَنْ يَأْخُذَ مَا لَا يَقْوَى عَلَيْهِ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الْأَجِيرُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ الشِّرَاءِ فَالَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إنْ ضَاعَ الْمَبِيعُ، أَوْ ضَاعَ ثَمَنُهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ مُسْتَحْفِظٌ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْعَمَلِ فَلَمْ يَضْمَنْ مَا ضَاعَ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ كَالْمُودَعِ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا ضَمِنَ بِالتَّضْيِيعِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ التَّضْيِيعِ أَنْ يَتْرُكَ مَا وُكِّلَ بِهِ وَيَذْهَبُ إلَى غَيْرِهِ فَلَيْسَ النَّوْمُ وَالْغَفْلَةُ مِنْ التَّضْيِيعِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا بُدَّ لِكُلِّ أَحَدٍ مِنْهُ وَلَا يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ فَأَمَّا مَنْ تَرَكَ حِفْظَ مَا وُكِّلَ بِحِفْظِهِ وَالِاسْتِعْمَالِ لِغَيْرِهِ فَمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ وَلَا يُمْكِنُ الْحِفْظُ مَعَهُ.
(فَرْعٌ) وَأَمَّا الْحَارِسُ الَّذِي لَا تَعَلُّقَ لِحِرَاسَتِهِ بِعَمَلِهِ فَلَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا، وَإِنْ ضَاعَ مَا اُسْتُحْفِظَ، وَأَمَّا حَامِلُ الْمَتَاعِ أَوْ الطَّعَامِ يَهْلَكُ فِي الطَّرِيقِ بِفِعْلِهِ فَلَا أُجْرَةَ لَهُ حَتَّى يُبَلِّغَهُ، وَكَذَلِكَ مَا يَعْطَبُ فِي السَّفَرِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ سَبَبِ السَّفِينَةِ يَهْلَكُ، وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ لِلْبَيْعِ، أَوْ الشِّرَاءِ يُتْلِفُ السِّلْعَةَ، أَوْ يُتْلِفُ ثَمَنَهَا أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لَهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ الْجُعْلِ فَلَا جُعْلَ لَهُ بِتَمَامِ الْعَمَلِ وَهُوَ أَنْ يُوصِّلَ إلَيْهِ مَا ابْتَاعَ لَهُ، أَوْ ثَمَنَ مَا بَاعَ لَهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ بَعَثَ مَعَهُ بِخَادِمٍ يَبْلُغُهَا بِجُعْلٍ فَنَامَ فِي الطَّرِيقِ فَذَهَبَتْ أَنَّ لَهُ مِنْ الْأَجْرِ بِحِسَابِ مَا بَلَغَ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ أَنَّهَا إجَارَةٌ لَيْسَتْ بِجُعْلٍ.
وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إنْ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ فِي الطَّرِيقِ فَلَهُ الْأُجْرَةُ كَامِلَةً وَعَلَيْهِ أَنْ يُتِمَّ لَهُ بَقِيَّةَ سَفَرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ هَذَا عَلَى وَجْهِ الْجُعْلِ فَلَا أَجْرَ لَهُ إلَّا بِتَمَامِهِ وَمَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْإِجَارَةِ فَهَاهُنَا اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فَمَرَّةً فَسَخَ الْإِجَارَةَ بِفَوَاتِ الْعَيْنِ وَجَعَلَ لَهُ مِنْ الْأَجْرِ بِحِسَابِ مَا عَمِلَ وَمَرَّةً أَبْقَاهَا وَجَعَلَ لَهُ الْأَجْرَ كَامِلًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ اُسْتُؤْجِرَ لِيُخْبِرَ بِعَمَلِهِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ مَعَ ذَلِكَ عَمَلٌ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ عَمَلٌ فَأَمَّا الَّذِي لَهُ مَعَ عَمَلِهِ عَمَلٌ فَكَالْوَكِيلِ يُخْطِئُ الطَّرِيقَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَالْكِرَاءُ لَهُ، وَأَمَّا الْجَاهِلُ بِهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا شَيْءَ لَهُمَا قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ إذَا بَلَغَهُمْ الْبَصِيرُ بِالدَّلَالَةِ، وَقَدْ أَخْطَأَ فَلَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُمْ فَلَهُ مِنْ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا بَلَغَهُمْ إلَى أَنْ يُسْتَغْنَى عَنْهُ لِمَا ظَهَرَ لَهُمْ مِنْ خَطَئِهِ، وَإِنْ غَرَّهُمْ وَهُوَ جَاهِلٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَعَلَيْهِ الْأَدَبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِخَيَّاطٍ إنْ كَسَانِي هَذَا الثَّوْبُ اشْتَرَيْتُهُ فَقَالَ يَكْسُوك فَلَمْ يَكْسُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ الشِّرَاءُ لَهُ لَازِمٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْخَيَّاطِ وَلَهُ الْأَجْرُ كَامِلًا إنْ كَانَ بَصِيرًا وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي تَخْمِينِهِ إذَا غَرَّ بِجَهْلِهِ فَقَالَ يَضْمَنُ، وَقَالَ لَا يَضْمَنُ وَلَا أَجْرَ لَهُ.

وَقَالَ ابْنُ دِينَارٍ الْمَدَنِيُّ فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَنْقُدُ مَالًا فَوَجَدَ فِيهِ رَدِيئًا إنْ كَانَ بَصِيرًا، وَهَذَا الرَّدِيءُ مِمَّا يُخْتَلَفُ فِيهِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُخْتَلَفُ فِيهِ لِبَيَانِ فَسَادِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ قَصَّرَ فِيمَا كَانَ يُدْرِكُهُ لَوْ اجْتَهَدَ فَلَوْ كَانَ جَاهِلًا غُرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَإِنْ كَانَ الرَّدِيءُ بَيِّنًا لَا يَخْتَلِفُ فِي مِثْلِهِ ضَمِنَ وَعُوقِبَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُخْتَلَفُ فِي مِثْلِهِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُجْرَتُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَا غُرْمَ عَلَى اللَّابِسِ وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْمُوَطَّأِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ، وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ عَنْهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَذَلِكَ إذَا لَبِسَهُ أَيَّامًا إلَّا أَنْ يَكُونَ أَبْلَاهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي النَّوَادِرِ، وَإِنْ دَفَعَ الصَّبَّاغُ ثَوْبَ هَذَا إلَى هَذَا وَثَوْبَ هَذَا إلَى هَذَا فَإِنْ لَبِسَاهُمَا

. . . .

[المنتقى]

حَتَّى خَلِقَا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ قِيمَةَ الثَّوْبِ الَّذِي لَبِسَ، وَإِنْ لَمْ يَخْلُقَا غَرِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مَا نَقَصَ الثَّوْبُ الَّذِي لَبِسَ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْغَسَّالِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ صَاحِبُ الثَّوْبِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُغَرِّمَ اللَّابِسَ، أَوْ الْغَسَّالَ فَإِنْ أَغْرَمَ اللَّابِسَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَسَّالِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ أَغْرَمَ الْغَسَّالَ رَجَعَ عَلَى اللَّابِسِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا احْتَجَّ بِهِ عَلَى الْغَسَّالِ مِنْ أَنَّ اللَّابِسَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ إنْ تَلِفَ سَلَّطَهُ عَلَى لُبْسِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا صَبَغَهُ لِيَلْبَسَهُ فَإِذَا رَدَّهُ إلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ ثَوْبُهُ فَقَدْ سَلَّطَهُ عَلَى لُبْسِهِ وَالثَّوْبُ يَتَغَيَّرُ بِالْعَمَلِ فَلَمْ يُمَيِّزْهُ صَاحِبُهُ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ وَلَوْ لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَلَحِقَ النَّاسَ الْمَشَقَّةُ وَالِامْتِنَاعُ مِنْ لُبْسِ ثِيَابِهِمْ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ أَكْثَرُ مَا فِي حَالِ اللَّابِسِ أَنَّهُ مُخْطِئٌ بِإِتْلَافِ مَالِ غَيْرِهِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ وَالْإِتْلَافُ إنَّمَا وُجِدَ مِنْ اللَّابِسِ فَوَجَبَ أَنْ يَبْدَأَ بِالضَّمَانِ فَلَوْ تَعَذَّرَ وُجُودُهُ، أَوْ أَفْلَسَ لَكَانَ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْغَسَّالِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ إتْلَافِ ثَوْبِهِ بِدَفْعِهِ إلَى مَنْ أَتْلَفَهُ وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ جِهَتِهِ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا لَا يَضْمَنُ اللَّابِسُ مَا أَتْلَفَ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ الْمَلْبُوسِ دِينَارَيْنِ وَقِيمَةُ الْآخَرِ دِينَارًا نَظَرَ كَمْ يَنْقُصُ ثَوْبُهُ عَنْ الثَّانِي إنْ لَوْ لَبِسَ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ فَإِنْ كَانَ يَنْقُصُ نِصْفَ دِينَارٍ، وَقَدْ نَقَصَ مِنْ الْمَلْبُوسِ دِينَارٌ كَانَ عَلَى اللَّابِسِ الَّذِي لَمْ يَلْبَسْ ثَوْبَهُ نِصْفُ دِينَارٍ وَنِصْفٌ آخَرُ عَلَى الْغَسَّالِ، وَإِنْ كَانَ الْمَلْبُوسُ نَقَصَ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ فَلَيْسَ عَلَى اللَّابِسِ إلَّا ذَلِكَ الْأَقَلَّ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْغَسَّالِ، وَلَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الْمَلْبُوسِ دِينَارًا وَقِيمَةُ الَّذِي لَمْ يَلْبَسْ دِينَارَيْنِ وَكَانَ ثَوْبُ اللَّابِسِ لَوْ لَبِسَهُ ذَلِكَ نَقَصَ نِصْفَ دِينَارٍ، وَقَدْ نَقَصَ الْمَلْبُوسُ رُبْعُ دِينَارٍ غَرِمَ اللَّابِسُ رُبْعَ دِينَارٍ إلَى مَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنْ الْقِيمَةِ مَا لَمْ يُجَاوِزْ نِصْفَ دِينَارٍ فَلَا يَغْرَمُ أَكْثَرَ مِنْهُ، وَلَوْ لَبِسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَوْبَ صَاحِبِهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ يَرْجِعُ مَنْ لَهُ فَضْلٌ عَلَى الْغَسَّالِ وَحَكَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فَرَجَعَ هَذَا التَّفْسِيرُ إلَى أَنَّ اللَّابِسَ إنَّمَا عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا كَانَ عَلَيْهِ بِتَلَفِ لِبَاسِهِ مِنْ ثَوْبِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ لَبِسَ هَذَا الثَّوْبَ فَيُقَالُ لَهُ هَبْكَ أَنَّك لَبِسْت ثَوْبَك عَلَيْك عِوَضَ مَا كَانَ يَنْقُصُهُ لُبْسُك؛ لِأَنَّهُ بَاقٍ يُسَلَّمُ إلَيْك لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهُ مِنْ ثَوْبِك فَعَلَيْك ذَلِكَ الْمِقْدَارُ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَعَلَى الْغَسَّالِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَتْلَفَهُ فَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُوَطَّأِ عَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا أَتْلَفَ مِنْ مَالِ صَاحِبِ الثَّوْبِ الَّذِي لَبِسَ، وَأَمَّا قَدْرُ مَا كَانَ يُتْلِفُهُ مِنْ ثَوْبِهِ لَوْ لَبِسَهُ فَلَيْسَ بِمَعْنَى الْغُرْمِ الَّذِي وَقَعَ التَّنَازُعُ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ لِمَا بَقِيَ مِنْ ثَوْبِهِ لَمْ يَذْهَبْ بِلُبْسِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَحْكَمُ وَمَعْنَاهُ عَلَى رِوَايَةِ أَشْهَبَ أَنَّهُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا لَبِسَهُ مَنْ دَفَعَ إلَيْهِ فَأَمَّا لَوْ قَطَعَهُ فَإِنَّ لِي أَنْ آخُذَ ثَوْبِي وَأُضَمِّنَهُ الْقَصَّارَ دُونَ الَّذِي قَطَعَهُ، أَوْ نَقَصَهُ الْقَطْعُ أَوْ الْخِيَاطَةُ لَمْ يَكُنْ لِي أَنْ آخُذَ ثَوْبِي وَمَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: إذَا نَقَصَتْهُ الْخِيَاطَةُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ لِلْخِيَاطَةِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَضَمِنَ الْقَصَّارُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ الثَّوْبَ مِمَّنْ قَطَعَهُ يُجْبَرُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَلِذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ مَا نَقَصَتْهُ الْخِيَاطَةُ وَالْغَاصِبُ يَرُدُّ مَا قَطَعَ وَمَا يَنْقُصُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ، وَمَنْ وَجَدَ بِثَوْبٍ عَيْبًا بَعْدَ أَنْ قَطَعَهُ رَدَّهُ وَمَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى رَدِّهِ بَلْ لَهُ إمْسَاكُهُ وَأَخْذُ مَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَخَذَهُ قَدْ قَطَعَهُ وَخَاطَهُ فَإِنَّ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ أَنْ يُضَمِّنَ الْقَصَّارَ ثَوْبَهُ غَيْرَ مَقْصُورٍ أَوْ يَأْخُذَهُ وَيَغْرَمُ خِيَاطَتَهُ وَيُعْطِي الْقَصَّارَ أَجْرَهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِأَجْرِ الْخِيَاطَةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ أَبَى صَاحِبُ الثَّوْبِ أَنْ يَدْفَعَ أُجْرَةَ الْخِيَاطَةِ فَلِلَّذِي خَاطَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَتَهُ صَحِيحًا، أَوْ يَدْفَعَهُ إلَيْهِ مَخِيطًا فَإِنْ دَفَعَهُ إلَيْهِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ، أَوْ يُضَمِّنَ الْقَصَّارَ قِيمَتَهُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ إذَا أَبَى صَاحِبُ الثَّوْبِ مِنْ دَفْعِ أُجْرَةِ الْخِيَاطَةِ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا أَنْ يُضَمِّنَ الْقَصَّارَ فَإِنْ ضَمِنَهُ قِيلَ

(78/6)

. . . .

[المنتقى]

لِلْقَصَّارِ ادْفَعْ أُجْرَةَ الْخِيَاطَةِ لِلَّذِي خَاطَهُ وَخُذْهُ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلْآخَرِ ادْفَعْ إلَيْهِ قِيمَةَ الثَّوْبِ فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ هَذَا بِقِيمَةِ الثَّوْبِ، وَهَذَا بِقِيمَةِ الْخِيَاطَةِ.

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ فَإِنْ لَبِسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ فَهُوَ ضَامِنٌ يُرِيدُ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا نَقَصَهُ لُبْسُهُ قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ قَالَهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْغَسَّالِ إلَّا أَنْ يُعْدِمَ اللَّابِسُ فَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ وَيَتْبَعُهُ بِهِ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ لَبِسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الثَّوْبَ الَّذِي دُفِعَ إلَيْهِ عَالَمِينَ وَاخْتَلَفَتْ قِيمَةُ اللُّبْسِ وَرَجَعَ مَنْ لَهُ

فَضْلٌ عَلَى صَاحِبِهِ فَإِنْ اسْتَوَتْ لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ شَيْئًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ عَمَلًا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِعِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ كُلَّ مَا يُعْرَفُ صِفَةُ خُرُوجِهِ بَعْدَ الْعَمَلِ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَيَشْتَرِطَ عَلَى الْبَائِعِ عَمَلَهُ كَالنَّعْلِ عَلَى أَنْ يَخْرِزَ وَالْقَمِيصِ عَلَى أَنْ يُخَاطَ وَالْقَلَنْسُوَةِ عَلَى أَنْ تُعْمَلَ وَالْقَمْحِ عَلَى أَنْ يُطْحَنَ، وَقَدْ فَرَضَ مَالِكٌ الْقَمْحَ فِي بَعْضِ قَوْلِهِ وَأَجَازَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَجَازَ النُّحَاسَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَهُ تَوْرًا وَقِيلَ لِسَحْنُونٍ قَدْ أَجَازَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ مَا ذَكَرْنَا مِنْ شِرَاءِ الثَّوْبِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَهُ قَمِيصًا وَالظِّهَارَةَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَهَا جُبَّةً وَالْحَدِيدَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَهُ قِدْرًا، أَوْ عُودًا يَنْحِتُهُ سَرْجًا وَهُوَ بَيْعٌ وَإِجَارَةٌ، وَقَدْ جَرَى فِي مَسَائِلِ مَالِكٍ فِي الْغَزْلِ عَلَى أَنْ يَنْسِجَهُ وَالزَّيْتُونِ عَلَى أَنْ يَعْصِرَهُ أَنَّهُ كَرِهَهُ، قَالَ إنَّمَا خَفَّفَهُ مَالِكٌ فِي الطَّحِينِ وَخِيَاطَةِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ خُرُوجَ ذَلِكَ مَعْرُوفٌ وَقَدْ عَمَّرَهُ أَيْضًا مَالِكٌ فِي الْغَزْلِ عَلَى أَنْ يَنْسِجَهُ وَالزَّيْتُونِ عَلَى عَصْرِهِ إلَّا مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ خَفَّفَهُ وَكُلُّ بَيْعٍ مَعَ إجَارَةٍ فِي الشَّيْءِ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ مَنَعَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِهِ فَإِجَارَة وَكُلُّ بَيْعٍ وَشَرِكَةٍ دَاخِلَةٍ فِي الْمَبِيعِ فَأَجِزْهَا، وَإِنْ خَرَجَتْ عَنْهُ فَلَا تُجِزْهَا فَتَحَصَّلَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَا يُجْهَلُ صِفَةُ الْخَارِجِ مِنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَوْلًا وَاحِدًا وَفِيمَا تُعْرَفُ صِفَةُ الْخَارِجِ مِنْهُ الْقَوْلَانِ الْمَنْعُ وَالْإِجَازَةُ الْمَعْرُوفَةُ، وَجْهُ الْإِجَازَةِ بِصِفَتِهِ كَمَا لَوْ كَانَ الْعَمَلُ فِي غَيْرِهِ، وَوَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّهُ مَبِيعٌ مُعَيَّنٌ لَا يَقْبِضُ إلَى مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ يَخَافُ ضَيَاعَهُ فِيهَا فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فِيهِ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا بِالْجَوَازِ فَتَلِفَ الثَّوْبُ بِيَدِ الْخَيَّاطِ، فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يَضْمَنُ الْخَيَّاطُ وَيُحَطُّ عَنْ الْمُشْتَرِي مِنْ الثَّمَنِ بِقَدْرِ خِيَاطَةِ الثَّوْبِ وَطَحْنِ الْقَمْحِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ مِمَّنْ يَعْمَلُ تِلْكَ الصَّنْعَةَ فَيَضْمَنُ كَالصُّنَّاعِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ هُوَ الصَّانِعُ فَقَدْ خَرَجَ عَنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ إلَى ضَمَانِ الصَّانِعِ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ هُوَ الصَّانِعُ فَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ عَلَى أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى صَانِعٍ غَيْرِهِ وَكَانَ يَجِبُ عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ يَعْمَلُ الْأَعْمَالَ وَالْتَزَمَ إتْمَامَ الصِّنَاعَاتِ فِيمَا دُونَ أَنْ يَتَوَلَّى عَمَلَهَا، وَإِنَّمَا يَدْفَعُهَا إلَى الصُّنَّاعِ، وَقَدْ عُلِمَ ذَلِكَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعَمَلِ وَلَا مَعْرُوفًا بِتَنَاوُلِهِ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَهَذَا الَّذِي بَا عَ الثَّوْبَ عَلَى أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى الْخَيَّاطِ قَدْ الْتَزَمَ خِيَاطَتَهُ بِأُجْرَةٍ وَهِيَ مِنْ جُمْلَةِ الثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مَنْ قَالَ لِلْخَيَّاطِ إذَا خِطْتَهُ فَادْفَعْهُ إلَى غَسَّالٍ فَزَعَمَ أَنَّهُ ضَاعَ قَبْلَ أَنْ يُتِمَّ خِيَاطَتَهُ، أَوْ بَعْدَ تَمَامِهَا قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى الْغَسَّالِ فَهُوَ ضَامِنٌ وَإِذَا قَالَ ضَاعَ عِنْدَ الْغَسَّالِ صُدِّقَ كَمَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ رَدَدْته عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ قَالَ وَيُضَمِّنُهُ الْغَسَّالُ إنْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ.

وَيَجِيءُ عَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ أَنْ لَا يُصَدَّقَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عِنْدَهُ فِي قَوْلِهِ رَدَدْته إلَيْك

كَانَ يَجِبُ أَيْضًا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنْ لَا يُصَدَّقَ فِي قَوْلِهِ دَفَعْته إلَى الْغَسَّالِ إذَا أَنْكَرَ الْغَسَّالُ، وَقَدْ صَدَقَ فِي قَوْلِهِ إذَا قَالَ رَدَدْته إلَيْك كَالْوَكِيلِ يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ رَدَدْته إلَيْك وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ دَفَعْته إلَى الصَّانِعِ إذَا أَكْذَبَهُ الصَّانِعُ وَعَلَى أَنَّ مَسْأَلَةَ ابْنِ حَبِيبٍ هَذِهِ إنْ كَانَ الْتَزَمَ الْخَيَّاطُ الْغَسْلَ فِي ذِمَّتِهِ بِأُجْرَةٍ أَخَذَهَا مَعَ أُجْرَةِ خِيَاطَتِهِ فَهِيَ تُشْبِهُ مَسْأَلَةَ سَحْنُونٍ، وَإِنْ كَانَ إنَّمَا نَابَ فِي تَسْلِيمِهِ إلَى الْغَسَّالِ عَنْ الْمُشْتَرِي إمَّا بِأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى اسْتِئْجَارِ الْغَسَّالِ عَلَى ذَلِكَ وَإِمَّا بِأَنْ اسْتَأْجَرَ هُوَ الْغَسَّالَ وَأَذِنَ لِلْخَيَّاطِ فِي تَسْلِيمِهِ إلَيْهِ فَحُكْمُهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ حُكْمُ الْوَكِيلِ وَحُكْمُهُ فِي الْوَجْهِ الْآخَرِ حُكْمُ مَنْ يَدْفَعُ إلَى

(79/6)

(ص) : (الْقَضَاءُ فِي الْحَمَالَةِ وَالْحَوْلِ) (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ إنْ أَفْلَسَ الَّذِي أُحْتِيلَ عَلَيْهِ، أَوْ مَاتَ فَلَمْ يَدَّعِ وَفَاءً فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِي أَحَالَهُ شَيْءٌ وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ الْأَوَّلِ قَالَ مَالِكٌ، وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا)

.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ثُمَّ يَهْلَكُ الْمُتَحَمِّلُ، أَوْ يُفَلِّسُ فَإِنَّ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الْأَوَّلِ)

[المنتقى]
الْوَكِيلِ وَكَانَ الْأَظْهَرُ مِنْ مَسْأَلَةِ سَحْنُونٍ أَنْ يَضْمَنَ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ أَخَذَ ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ عَمَلًا لَزِمَهُ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ، أَوْ فِي عَمَلِهِ بِيَدِهِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الصُّنَّاعِ وَهُمْ يَتَسَاوُونَ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي الْحَمَالَةِ وَالْحَوْلِ وَفِيهِ أَبْوَاب]
(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ عَقْدَ الْحَوَالَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ يَقْتَضِي إبْرَاءَ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ مِنْ دَيْنِ الْمُحَالِ فَمَا طَرَأَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنْ تَلَفٍ بِمَوْتِهِ، أَوْ تَشَغُّبٍ بِفَلْسِهِ فَلَا رُجُوعَ لِلْمُحَالِ بِذَلِكَ عَلَى الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ طَرَأَ عَلَى مَا قَدْ صَارَ إلَيْهِ حَالَ سَلَامَتِهِ وَرَضِيَ بِهِ فَلَا انْتِقَالَ لَهُ عَنْهُ بِمَا يَحْدُثُ فِيهِ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ كَانَ الْعَدَمُ مَوْجُودًا قَبْلَ الْحَوَالَةِ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُحِيلُ فَلَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ

عَلِمَ بِهِ وَكَتَمَهُ وَغُرَّ مِنْهُ فَالرُّجُوعُ عَلَيْهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْبُيُوعِ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ: إنَّ مَنْ تَحَمَّلَ لِرَجُلٍ بِمَالٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ حَقُّهُ مِنْ ذِمَّةِ الْمُتَحَمَّلِ عَنْهُ إلَى ذِمَّةِ الْمُتَحَمِّلِ وَإِنَّمَا الْحَمِيلُ وَثِيقَةٌ مِنْ حَقِّهِ عَلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ فَإِنْ أَفْلَسَ الْمُحِيلُ، أَوْ مَاتَ لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بَلْ هُوَ ثَابِتٌ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ عَلَى غَرِيمِهِ، وَإِنَّمَا الْحَمَالَةُ مَعْنَاهَا أَنْ يَلْزَمَ الْمُتَحَمِّلَ إحْضَارُ مَا تَحَمَّلَ بِهِ وَهِيَ الْكَفَالَةُ وَالزَّعَامَةُ وَالضَّمَانُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: كُلُّ ذَلِكَ بِمَعْنًى وَاحِدٍ.
وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إذَا قَالَ أَنَا لَك ضَامِنٌ، أَوْ كَفِيلٌ، أَوْ حَمِيلٌ، أَوْ زَعِيمٌ، أَوْ هُوَ لَك عِنْدِي، أَوْ عَلَيَّ، أَوْ قِبَلِي فَهُوَ كُلُّهُ ضَمَانٌ لَازِمٌ فِي الْحَقِّ وَالْوَجْهِ قَالَ وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهَا قَوْله تَعَالَى {وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف: 72] وَهَذَا إنْ اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى ثُبُوتِ هَذَا الِاسْمِ لَهَا مِنْ جِهَةِ اللُّغَةِ فَبَيِّنَ، وَأَمَّا إنْ اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى ثُبُوتِ حُكْمِهَا عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى رَأْيِ مَنْ يَقُولُ: إنَّ شَرْعَ مَنْ قَبْلَنَا شَرْعٌ لَنَا إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْحَمَالَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ حَمَالَةٌ بِالْوَجْهِ وَحَمَالَةٌ بِالْمَالِ فَأَمَّا الْحَمَالَةُ بِالْوَجْهِ فَهِيَ جَائِزَةٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي مَنْعِهِ مِنْ ذَلِكَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا الْمَالُ؛ لِأَنَّهُ حَمِيلٌ بِوَجْهِ الْغَرِيمِ لِيُطَالِبَ بِالْمَالِ فَنَقُولُ أَنَّهُ وَثِيقَةٌ يُتَوَصَّلُ بِهَا إلَى الْمُطَالَبَةِ بِالْمَالِ فَصَحَّ تَعَلُّقُهَا بِالْوَجْهِ كَالشَّهَادَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْحَمَالَةُ بِالْوَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْحَمَالَةُ بِالْوَجْهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَإِنْ جَاءَ الْكَفِيلُ بِالْمُتَكَفَّلِ بِهِ بَرِئَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ وَفَّاهُ مَا تَحَمَّلَ لَهُ مِنْ إحْضَارِ وَجْهِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا لَمْ يُعَيِّنْ لِمَجِيئِهِ بِهِ وَقْتًا فَمَتَى جَاءَ بِهِ بَرِئَ، وَإِنْ ضَرَبَ لِمَجِيئِهِ بِهِ أَجَلًا فَجَاءَهُ بِهِ عِنْدَ الْأَجَلِ بَرِئَ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَتَى بِهِ عَلَى مَا شَرَطَ فَوَجَبَ أَنْ يَبْرَأَ، وَلَوْ تَحَمَّلَ بِوَجْهِهِ عَلَى أَنْ يُحْضِرَهُ بَعْدَ شَهْرٍ فَأَحْضَرَهُ مِنْ الْغَدِ فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ عِنْدَ الْأَجَلِ رَوَاهُ أَبُو زَيْدٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ شَرْطَ إحْضَارِهِ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ فَلَا يَبْرَأُ بِحُضُورِهِ قَبْلَهُ أَصْلُ ذَلِكَ حُضُورُهُ يَوْمَ الْحَمَالَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْإِحْضَارِ أَنْ يُحْضِرَهُ الْحَمِيلُ، أَوْ وَكِيلُهُ عَلَى ذَلِكَ فَإِنْ أَحْضَرَهُ أَجْنَبِيٌّ وَسَلَّمَهُ إلَى الطَّالِبِ لَمْ يَبْرَأْ بِذَلِكَ الْحَمِيلُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَتَى الْغَرِيمُ الطَّالِبَ وَأَشْهَدَ أَنَّهُ قَدْ أَسْلَمَ نَفْسَهُ إلَيْهِ عَنْ الْحَمِيلِ لَمْ يَبْرَأْ الْحَمِيلُ بِذَلِكَ قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ زَادَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ إلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْحَمِيلُ بِذَلِكَ فَيَكُونُ ذَلِكَ كَدَفْعِ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَكَّلَهُ عَلَى النِّيَابَةِ عَنْهُ فِي ذَلِكَ فَإِذَا أَشْهَدَ بِذَلِكَ لَزِمَ الطَّالِبَ وَإِنْ أَبَاهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ –

(80/6)

. . . .

[المنتقى]

وَهَذَا عِنْدِي إذَا لَمْ يُرِدْ الطَّالِبُ قَبُولَهُ إلَّا بِتَسْلِيمِ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَ فَلِلطَّالِبِ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ مِنْ غَيْرِهِ وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ فَيَبْرَأَ الْحَمِيلُ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَدَفَعَهُ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ فَإِنَّ لِلطَّالِبِ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ مِنْ الْأَجْنَبِيِّ إلَّا بِتَوْكِيلِ الْغَرِيمِ وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ فَيَبْرَأَ بِذَلِكَ الْغَرِيمُ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا عَلَى إطْلَاقِ الْحَمَالَةِ، وَلَوْ شَرَطَ الْحَمِيلُ عَلَى الطَّالِبِ إذَا لَقِيت غَرِيمَك فَتِلْكَ بَرَاءَتِي فَقَدْ رَوَى حُصَيْنُ بْنُ عَاصِمٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ إنْ لَقِيَهُ بِمَوْضِعٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ فَقَدْ بَرِئَ وَلَهُ شَرْطُهُ، وَلَوْ لَقِيَهُ بِمَوْضِعٍ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَمْ يَبْرَأْ الْحَمِيلُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْإِحْضَارِ أَنْ يُحْضِرَهُ وَيُسَلِّمَهُ إلَيْهِ حَيْثُ تُنَفَّذُ الْأَحْكَامُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ بَلَدِهِ، وَأَمَّا إنْ دَفَعَهُ إلَيْهِ بِحَيْثُ لَا يَسْتَطِيعُ حَبْسَهُ، أَوْ لَا سُلْطَانَ فِيهِ وَلَا حَاكِمَ، أَوْ حَالَ فِتْنَةٍ أَوْ مَفَازَةٍ، أَوْ مَوْضِعٍ يَقْدِرُ الْغَرِيمُ عَلَى الِامْتِنَاعِ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ بِذَلِكَ قَالَهُ كُلُّهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَوْ أَسْلَمَهُ إلَيْهِ وَهُوَ مَحْبُوسٌ فِي دَمٍ، أَوْ دَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ فَقَدْ بَرِئَ وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ قَدْ بَرِئْت إلَيْك مِنْهُ وَهُوَ فِي السِّجْنِ فَشَأْنَك بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا تَكُونُ الْبَرَاءَةُ بِتَسْلِيمٍ مُتَمَكَّنٍ بِهِ مِنْ طَلَبِ حَقِّهِ، وَأَمَّا بِتَسْلِيمٍ لَا يَتَمَكَّنُ بِهِ مِنْ طَلَبِ حَقِّهِ وَاسْتِيفَائِهِ مِنْهُ فَلَيْسَ هُوَ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ وَلَا يَتَوَصَّلُ بِهِ إلَى الْغَرَضِ مِنْ الْحَمَالَةِ فَلَا يَبْرَأُ بِهِ الْحَمِيلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْغَرِيمُ لَسَقَطَتْ الْحَمَالَةُ عَنْ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا تَحَمَّلَ لِلطَّالِبِ بِإِحْضَارِ نَفْسِهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً وَنَفْسُهُ قَدْ ذَهَبَتْ لِمَوْتِهِ وَعُدِمَ بِذَلِكَ شَرْطُ التَّمَكُّنِ مِنْ إحْضَارِهَا.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إنْ مَاتَ بِبَلَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَلْزَمَ الْحَمِيلَ إحْضَارُهُ، أَوْ بَعْدَهُ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ: لِأَنَّهُ، وَإِنْ كَانَ حَانَ الْأَجَلُ فَلَمْ يُطْلَبْ بِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَاتَ بِغَيْرِ الْبَلَدِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا أُبَالِي مَاتَ غَائِبًا، أَوْ فِي الْبَلَدِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ لَا يَغْرَمُ الْحَمِيلُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يَغْرَمُ فِي مَوْتِ الْغَائِبِ إنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا قَرُبَتْ الْغَيْبَةُ، أَوْ بَعُدَتْ فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا فَمَاتَ قَبْلَهُ بِمُدَّةٍ طَوِيلَةٍ لَوْ خَرَجَ إلَيْهِ لَجَاءَ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةٍ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَجِيءَ بِهِ إلَّا بَعْدَ الْأَجَلِ فَهُوَ ضَامِنٌ وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْمَالِ بِمَغِيبِ الْغَرِيمِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَمَانَ لَهُ يَتَسَبَّبُ بِهِ إلَى اسْتِيفَاءِ مَالِهِ فَلَمَّا لَمْ يَفِ بِذَلِكَ لَزِمَهُ الْمَقْصُودُ الَّذِي أُتُّفِقَ عَلَيْهِ بِمَا تَعَذَّرَ مِنْ إحْضَارِهِ وَهُوَ الْمَالُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَانَ الْأَجَلُ فَطَلَبَ الْحَمِيلُ بِالْغُرْمِ، وَقَدْ غَابَ فَسَأَلَ أَنْ يُؤَجِّلَ الثَّانِيَ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ الْيَوْمَ وَنَحْوَهُ مِمَّا لَا مَضَرَّةَ فِيهِ عَلَى الطَّالِبِ فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدَ الْغَيْبَةِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلْيَغْرَمْ مَكَانَهُ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا غَابَ الْغَرِيمُ قُضِيَ عَلَى الْحَمِيلِ بِالْغُرْمِ وَلَا يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ لِيَطْلُبَهُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ ابْنُ وَهْبٍ مَنْعَ التَّأْجِيلِ الْبَعِيدِ الْغَيْبَةِ وَلَا يُمْنَعُ التَّأْجِيلُ الْخَفِيفُ الْقَرِيبُ الْغَيْبَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فِي الْغَيْبَةِ الْبَعِيدَةِ إنْ ضُرِبَ لَهُ أَجَلٌ قَرِيبٌ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ فِي الظَّاهِرِ، وَإِنْ ضُرِبَ لَهُ أَجَلٌ بَعِيدٌ دَخَلَتْ مَضَرَّةٌ عَلَى الطَّالِبِ وَفِي الْغَيْبَةِ الْقَرِيبَةِ يُضْرَبُ لَهُ الْأَجَلُ الْقَرِيبُ رَجَاءَ أَنْ يُحْضِرَهُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ لَا مَضَرَّةَ فِيهَا عَلَى الطَّالِبِ فَيَبْرَأُ الْحَمِيلُ وَلَا يُسْتَضَرُّ الطَّالِبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ لِلْغَرِيمِ مَالٌ حَاضِرٌ فَسَأَلَ الْحَمِيلُ أَنْ يُبَاعَ لَهُ فَفِي سَمَاعِ يَحْيَى مِنْ الْعُتْبِيَّةِ وَهُوَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ غَيْرِهِ إنْ كَانَ عَلَى مَسِيرَةِ عَشَرَةِ أَيَّامٍ بِيعَ مَالُهُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا عَلَى يَوْمَيْنِ فَلَا وَلْيُكَاتِبْ حَتَّى يَبْعَثَ، أَوْ يَيْأَسَ مِنْهُ فَيُبَاعُ عَلَيْهِ وَلَا يُؤَخَّرُ حَمِيلُ الْمَالِ وَهُوَ كَالْغَرِيمِ نَفْسِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ يُبَاعُ لَهُ الرِّبَاعُ وَغَيْرُهَا، وَذَلِكَ أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ اخْتَلَفَ فِي الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ فِي الرِّبَاعِ.

وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي عَشْرَتِهِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنَّمَا اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الْحُكْمِ فِيهَا، وَأَمَّا بَيْعُهَا فِي الدَّيْنِ فَقَوْلُهُ أَنَّهَا تُبَاعُ فِي الدَّيْنِ وَوَفَائِهِ، مُخَالَفَةُ الْعُتْبِيَّةِ لِرِوَايَةِ يَحْيَى فِي عَشْرَتِهِ وَمُتَضَمَّنُهُ أَنَّ الْخِلَافَ فِي بَيْعِهَا فِي الدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ غَابَ الْغَرِيمُ فَتَلَوَّمَ عَلَى الْحَمِيلِ ثُمَّ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْغُرْمِ

(81/6)

. . . .

[المنتقى]

ثُمَّ حَضَرَ الْغَرِيمُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَدْ مَضَى عَلَيْهِ الْحُكْمُ وَلَزِمَهُ الْمَالُ، وَلَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ بَعْدَ الْغُرْمِ إنَّ الْغَرِيمَ كَانَ مَيِّتًا قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ لَارْتَجَعَ مَالَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ بِمَوْتِ الْغَرِيمِ يَبْرَأُ مِنْ الْحَمَالَةِ فَإِذَا ظَهَرَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا يَوْمَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ فَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حُكِمَ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَلْزَمُهُ فَلِذَلِكَ وَجَبَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الْحَمِيلِ بِالْمَالِ أَنَّ الطَّالِبَ إذَا حَكَمَ لَهُ عَلَى الْحَمِيلِ بِحَقِّهِ وَبِمَا عَجَزَ عَنْهُ الْغَرِيمُ ثُمَّ أَيْسَرَ الْغَرِيمُ رَجَعَ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ حَمَالَةِ الْوَجْهِ وَهِيَ الْحَمَالَةُ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِيهَا أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ الْمَالِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إنَّ شَرْطَ حَمَالَةِ الْوَجْهِ لَيْسَتْ مِنْ الْمَالِ فِي شَيْءٍ، قَالَ مُحَمَّدٌ، أَوْ يَقُولُ لَا أَضْمَنُ لَك إلَّا الْوَجْهَ فَهَذَا لَا يَضْمَنُ إلَّا الْوَجْهَ غَابَ الْغَرِيمُ، أَوْ حَضَرَ، أَوْ مَاتَ، أَوْ أَفْلَسَ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا إحْضَارُهُ وَفَائِدَةُ هَذِهِ الْحَمَالَةِ يَضْمَنُ الْإِحْضَارَ خَاصَّةً وَأَنْ يَكْفِيَهُ مُؤْنَةَ طَلَبِهِ وَيُؤْمِنَهُ مِنْ مَغِيبِهِ فَإِذَا قَيَّدَ الْحَمَالَةَ بِأَنَّهُ لَا تَتَعَلَّقُ حَمَالَتُهُ بِالْمَالِ لَمْ يَلْزَمْهُ غَيْرُ مَا الْتَزَمَ مِنْ الْإِحْضَارِ وَجَازَتْ هَذِهِ الْحَمَالَةُ لِتَعَلُّقِهَا فِي الْجُمْلَةِ بِالْمَالِ الْمُتَعَلِّقِ بِالذِّمَّةِ وَلَوْلَا أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا طَلَبُ الذِّمَّةِ لَمَا جَازَتْ هَذِهِ الْحَمَالَةُ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا يَصِحُّ تَعَلُّقُ الضَّمَانِ بِهَا كَمَنْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ دَابَّةً مُعَيَّنَةً يُحْضِرُهَا، أَوْ عَبْدًا يُحْضِرُهُ لَهُ، أَوْ ضَمِنَ مَنْ وَجَبَ

عَلَيْهِ حَدٌّ، أَوْ تَعْزِيرٌ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالذِّمَّةِ وَلَا مَالِ إنْ طَلَبَهَا، وَلِذَلِكَ لَمْ تَصِحَّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَحْضَرَ الْحَمِيلُ بِالْوَجْهِ عَلَى شَرْطِ الْغُرْمِ بَرِئَ، وَإِنْ جَاءَ الْأَجَلُ فَلَمْ يُحْضِرْهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إلَّا إحْضَارُهُ لَا يُكَلَّفُ غَيْرُهُ مَالٌ وَلَا غَيْرُهُ، وَرَوَى حُسَيْنُ بْنِ عَاصِمٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ أَجَّلَ فِي طَلَبِهِ آجَالًا كَثِيرَةً فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ طَلَبِهِ، وَإِنْ طَالَ ذَلِكَ فَعَلَى مَا شَرَطَ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ قَالَ لَهُ الطَّالِبُ هُوَ بِمَوْضِعِ كَذَا فَاخْرُجْ إلَيْهِ فَقَدْ رَوَى حُسَيْنُ بْنُ عَاصِمٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ مِثْلُهُ يَقْدِرُ عَلَى الْمَسِيرِ إلَيْهِ أُمِرَ بِذَلِكَ، وَإِنْ ضَعُفَ عَنْهُ لَمْ يُكَلِّفْهُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ جَهِلَ مَكَانَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ طَلَبُهُ وَلَا الْغُرْمُ عَنْهُ وَإِنْ عَرَفَ مَكَانَهُ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ إلَيْهِ فِيمَا قَرُبَ أَوْ بَعُدَ عَلَى مَسِيرَةِ الْأَيَّامِ الَّتِي تَكُونُ مِنْ أَسْفَارِ النَّاسِ فَيَخْرُجُ، أَوْ يُرْسِلُ إلَيْهِ، أَوْ يُغَرَّمُ إلَّا فِي الْبَعِيدِ الْمُتَفَاحِشِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مُرَاعَاةُ حَالِ الْحَمِيلِ فِيمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنْ الْأَسْفَارِ أَوْ يَضْعُفُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا دَخَلَ عَلَى مَا يُطِيقُهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مُرَاعَاةُ مَا يَتَكَلَّفُ مِنْ الْأَسْفَارِ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ إنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى مُبَاشَرَةِ الْمَسِيرِ إلَيْهِ اسْتَنَابَ غَيْرَهُ.

(فَرْعٌ) وَلَا يَضْمَنُ الْمَالَ إلَّا أَنْ يَلْقَاهُ فَيَتْرُكَهُ، أَوْ يُغَيِّبَهُ فِي بَيْتِهِ فَإِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ ضَمِنَ وَرَوَى حُسَيْنٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ،.

وَقَالَ أَشْهَبُ إذَا لَقِيَهُ فَتَرَكَهُ ضَمِنَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَضْمَنُ إحْضَارَهُ دُونَ إحْضَارِ الْمَالِ، وَإِنْ غَابَ عَنْهُ وَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ إحْضَارُهُ فَهُوَ عَلَى شَرْطِهِ، وَإِنْ تَرَكَ إحْضَارَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ فَقَدْ أَتْلَفَ عَلَى الرَّجُلِ مَالَهُ حِينَ تَرَكَهُ الْحَمِيلُ بِمَا يَضْمَنُ مِنْ إحْضَارِهِ ثُمَّ قَصَدَ إلَى تَرْكِهِ، أَوْ يَسْتُرُهُ فِي بَيْتِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْحَمَالَةُ بِالْمَالِ فَمَعْنَاهَا: الْتِزَامُ إيصَالِ الْمَالِ إلَى مَنْ تَحَمَّلَ لَهُ بِهِ وَلَا تَبْرَأُ بِذَلِكَ ذِمَّةُ الْمُتَحَمِّلِ عَنْهُ خِلَافًا لِابْنِ أَبِي لَيْلَى فِي قَوْلِهِ إنَّ ذَلِكَ يُبَرِّئُ ذِمَّةَ الْمُتَحَمِّلِ عَنْهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ فَلَمْ يَبْرَأْ بِهَا مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ كَالرَّهْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَفِي الْحَمَالَةِ بِالْمَالِ سِتَّةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلِ فِيمَا تَصِحّ بِهِ الْحَمَالَةُ وَتَمْيِيزُهَا مِمَّا لَا تَصِحُّ بِهِ الْحَمَالَةُ وَالْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ تَصِحُّ الْحَمَالَةُ مِنْهُ وَتَمْيِيزُهُ مِمَّنْ لَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ مِنْهُ وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَنْ تَصِحُّ

الْحَمَالَةُ عَنْهُ وَتَمْيِيزُهُ مِمَّنْ لَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ عَنْهُ وَالْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا لِلطَّالِبِ مِنْ مُطَالَبَةِ الْحَمِيلِ وَالْبَابُ الْخَامِسِ فِي رِفْقِ الطَّالِبِ بِالْحَمِيلِ، أَوْ الْغَرِيمِ وَالْبَابُ السَّادِسُ فِي قَضَاءِ الْحَمِيلِ عَنْ الْغَرِيمِ.

(82/6)

. . . .

[المنتقى]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ بِهِ]

) الْحَمَالَةُ تَصِحُّ فِي الْمَعْلُومِ وَالْمَجْهُولِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي مَنْعِهَا مِنْ الْمَجْهُولِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذِهِ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ فَصَحَّتْ فِي الْمَجْهُولِ كَالشَّهَادَةِ بِالْوَصِيَّةِ إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ أَوْصَى وَلَدَهُ أَوْ غَيْرَهُمْ أَنْ يَضْمَنُوا عَنْهُ دَيْنَهُ فَذَلِكَ جَائِزٌ سَمَّى الدَّيْنَ، أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ وَالْغُرَمَاءُ حُضُورٌ، أَوْ غُيَّبٌ فِي الصِّحَّةِ، أَوْ فِي الْمَرَضِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ مَا لَا يَدْرِي كَمْ هُوَ وَتَرَكَ مَالًا مِنْ عَيْنٍ وَعَرْضٍ لَمْ يُحْصَرْ وَلَا يَدْرِي كَمْ هُوَ فَتَحَمَّلَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ بِدَيْنِهِ إلَى أَجَلٍ عَلَى أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِهِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ بَعْدَ وَفَاءِ الدَّيْنِ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَ نُقْصَانٌ فَعَلَيْهِ وَحْدَهُ إنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ كَانَ الَّذِي تَحَمَّلَ بِهِ نَقْدًا، أَوْ مُؤَجَّلًا؛ لِأَنَّهُ صَانَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى أَنَّ لَهُ الْفَضْلَ وَعَلَيْهِ النَّقْصَ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ فَاسِدٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ طَرَأَ غَرِيمٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْوَارِثُ لَزِمَهُ أَنْ يَقْضِيَهُ وَلَا يَنْفَعُهُ قَوْلُهُ لَمْ أَعْلَمْ بِهِ قَالَ ذَلِكَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ الْتَزَمَ أَدَاءَ دُيُونِهِ عَلَى الْعُمُومِ وَلَمْ يَخُصَّ مَا يَعْلَمُهُ دُونَ مَا لَا يَعْلَمُهُ وَالْتِزَامُ ذَلِكَ عَنْ الْمَيِّتِ، أَوْ الْمُفْلِسِ جَائِزٌ لَازِمٌ وَالْتِزَامُ الْمَجْهُولِ لَازِمٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَا قَضَى بِهِ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ وَهُمَا غَائِبَانِ، أَوْ حَاضِرَانِ، أَوْ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ؛ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ مَنْ أَوْجَبَ الْمَعْرُوفَ عَلَى نَفْسِهِ لَزِمَهُ وَالْكَفَالَةُ مَعْرُوفٌ فَلَزِمَتْ لُزُومَ الدَّيْنِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ بَايِعْ فُلَانًا وَأَنَا ضَامِنٌ لِمَا بِعْته بِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ إذَا ثَبَتَ مَا بَاعَهُ بِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَالَ غَيْرُهُ إنَّمَا يَلْزَمُهُ مِنْ ذَلِكَ مَا يُشْبِهُ أَنْ يُعَامَلَ بِهِ الْمُتَحَمِّلُ عَنْهُ وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مَذْهَبَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَيُرَاعَى فِيهِ أَيْضًا حَالُ الْمُتَحَمَّلِ لَهُ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى ثَلَاثَةِ أُصُولٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ ضَمَانَ الْمَجْهُولِ جَائِزٌ وَالثَّانِي: أَنَّ ضَمَانَ الْحَقِّ قَبْلَ وُجُوبِهِ جَائِزٌ كَقَوْلِهِ أَلْقِ مَالَك فِي الْبَحْرِ وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، وَالثَّالِثُ: أَنَّ إطْلَاقَ مِثْلِ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ قَالَ لِبَائِعِ فَاكِهَةٍ يُرِيدُ مُبَايَعَةَ رَجُلٍ بِالدِّرْهَمِ وَالدِّرْهَمَيْنِ أَنَا ضَامِنٌ لِمَا بَايَعْت بِهِ فُلَانًا فَعَامِلْهُ بِثِيَابٍ فُرْقُبِيَّةٍ بَاعَهَا مِنْهُ، أَوْ يَوَاقِيتَ وَجَوَاهِرَ لَهَا الثَّمَنُ الْكَثِيرُ مِنْ آلَافِ الدَّنَانِيرِ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ هَذِهِ الْمُعَامَلَةَ وَلَا ضَمَانَ هَذَا الْمِقْدَارِ مِنْ الْأَثْمَانِ، وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ فِي مِثْلِهِ مِنْ مُبَايَعَةِ مِثْلِهِ فِيمَا يَبْتَاعُهُ عَلَى وَجْهِ التَّفَكُّهِ الشَّيْءَ بَعْدَ الشَّيْءِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ رَجَعَ الْحَمِيلُ قَبْلَ أَنْ يُعَامِلَهُ الْمُتَحَمِّلُ مِنْهُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَهُ ذَلِكَ بِخِلَافِ مَنْ قَالَ لِمَنْ يُخَاصِمُ أَخَاهُ احْلِفْ عَلَى مَا تَدَّعِيه قَبْلَ أَخِي وَأَنَا ضَامِنٌ ثُمَّ أَرَادَ الرُّجُوعَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَمِيلَ لَمَّا لَمْ يُعَامِلْ بِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَمْ يَتَحَمَّلْ شَيْئًا مَاضِيًا وَلَاحِقًا ثَابِتًا، وَإِنَّمَا وَعَدَ بِالْحَمَالَةِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ إذَا وَجَدَ الدَّيْنَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ أَنْ يَلْزَمَ الْحَمَالَةَ بِوُجُودِ الدَّيْنِ، وَاَلَّذِي قَالَ لَهُ: احْلِفْ بِمَا تَدَّعِيه وَأَنَا لَهُ ضَامِنٌ يَضْمَنُ أَمْرًا قَدْ تَقَدَّمَ وُجُودُهُ فَكَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ يُحَقِّقَ وُجُودَهُ فِي الْمَاضِي بِيَمِينِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَضَمَّنَ دَيْنًا مَاضِيًا عَلَى صِفَةٍ وَهِيَ وُجُودُ الْيَمِينِ الْمُثْبِتَةُ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَكَفَّلَتْ لَهُ بِمَا أَدْرَكَهُ فِيهَا مِنْ دَرْكٍ لَزِمَهُ ضَمَانُ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ بِالْمَجْهُولِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِهَا حَمِيلًا وَلَا تَجُوزُ الْحَمَالَةُ بِكِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ لَمْ

يَتعَجَّلْ الْعِتْقَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إنْ عَجَّلَ عِتْقَهُ عَلَى مَالٍ لَزِمَهُ ذَلِكَ الْمَالُ فِي ذِمَّتِهِ فَلِذَلِكَ صَحَّتْ الْحَمَالَةُ بِهِ وَمَا عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ غُرْمِ كِتَابَتِهِ فَغَيْرُ مُعَلَّقٍ بِصِفَةٍ وَلَا هُوَ دَيْنٌ ثَابِتٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِالْعَجْزِ عَنْهُ فَلِذَلِكَ لَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ حَمِيلًا لِمُعَيَّنٍ اشْتَرَيْتُهُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ: لِأَنَّ

(83/6)

. . . .

[المنتقى]

مَالِكًا قَالَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ حَمِيلًا بِسِلْعَةٍ غَائِبَةٍ اشْتَرَيْتُهَا بَعِيدَةً كَانَتْ، أَوْ قَرِيبَةً يَجُوزُ فِيهَا النَّقْدُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَيْنَ الْمُعَيَّنِ لَا يَقْدِرُ الْحَمِيلُ عَلَى إحْضَارِهَا وَلَا تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ وَمَعْنَى الْحَمَالَةِ تَعَلُّقُ الْحَقِّ الْمُتَحَمَّلِ بِهِ بِذِمَّةِ الْحَمِيلِ وَالْأَعْيَانُ لَا تَتَعَلَّقُ بِالذِّمَمِ فَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ بِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ فِي الْحُدُودِ وَلَا التَّعْزِيرُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِمُعَيَّنَيْنِ وَلَا تَعَلُّقَ لَهَا بِالذِّمَمِ فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ فِيهَا، وَمَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا أَوْ صَانِعًا مُعَيَّنًا لَمْ تَصِحَّ فِيهِ الْكَفَالَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ فِي الْعَمَلِ وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ الْعَمَلُ بِتِلْكَ الْعَيْنِ دُونَ غَيْرِهَا مِنْ الْأَعْيَانِ وَالذِّمَمِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَلَوْ كَانَتْ خِدْمَةً فِي الذِّمَّةِ مُقَدَّرَةً بِزَمَنٍ، أَوْ عَمَلٍ لَصَحَّتْ الْحَمَالَةُ بِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْحَمَالَةُ بِالْجُعْلِ حَرَامٌ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تُعْطِيَ الْمُتَحَمِّلَ جُعْلًا عَلَى حَمَالَتِهِ، قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَيَرُدُّ مَا أَخَذَ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْحَقِّ عَالِمًا بِذَلِكَ سَقَطَتْ الْحَمَالَةُ وَرَدَّ الْجُعْلَ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ فَالْحَمَالَةُ لَازِمَةٌ وَالْجُعْلُ مَرْدُودٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ عَقْدٌ يَخْتَصُّ بِالْمَعْرُوفِ فَلَمْ يَصِحَّ فِيهِ الْعِوَضُ كَالْقَرْضِ.

وَقدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: كُلُّ حَمَالَةٍ وَقَعَ حَرَامُهَا بِعَقْدٍ بَيْنَ الْحَمِيلِ وَالْمَطْلُوبِ بِغَيْرِ عِلْمِ الطَّالِبِ فَالْحَمَالَةُ لَهُ ثَابِتَةٌ وَإِنَّمَا يُفْسِدُهَا عِلْمُ الطَّالِبِ، قَالَ مُحَمَّدٌ وَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ سَبَبِهِ وَمُعَامَلَتِهِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ سَبَبِهِ وَلَا عَلِمَ بِهِ فِي الْحَمَالَةِ فَالْحَمَالَةُ ثَابِتَةٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَكُلُّ حَمَالَةٍ وَقَعَتْ عَلَى حَرَامٍ مِنْ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي أَوَّلِ أَمْرِهِمَا، أَوْ بَعْدَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ عَلِمَ الْمُتَبَايِعَانِ حَرَامَ ذَلِكَ، أَوْ جَهِلَاهُ عَلِمَهُ الْحَمِيلُ، أَوْ جَهِلَهُ، وَقَدْ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي دَافِعِ دِينَارٍ فِي دِينَارَيْنِ إلَى أَجَلٍ وَأَخَذَ بِهِمَا حَمِيلًا الْحَمَالَةُ سَاقِطَةٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ حَمَالَةٍ بِأَمْرٍ فَاسِدٍ قَالَ مُحَمَّدٌ وَمِنْ مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْحَابِ مَالِكٍ عَنْ اتِّبَاعٍ مِنْهُمْ لِمَالِكٍ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ دَفَعَ دِينَارًا فِي دِينَارَيْنِ أَنَّ الْحَمَالَةَ فِي ذَلِكَ سَاقِطَةٌ، وَكَذَلِكَ فِي فَسْخِ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَمِيلُ بِذَلِكَ فَالْحَمَالَةُ سَاقِطَةٌ، وَإِنْ عَلِمَ لَزِمَتْهُ فِي دِينَارٍ مِنْ الدِّينَارَيْنِ وَبَطَلَ الرِّبَا.

فَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي إبْطَالِ ذَلِكَ أَنَّ الْحَمَالَةَ إنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِأَحَدِ عِوَضَيْ عَقْدِ الْبَيْعِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ صِحَّةِ الْعَقْدِ فَإِذَا بَطَلَ الْعَقْدُ لِفَسَادِهِ بَطَلَ الْعِوَضُ مِنْهُ وَوَجَبَ أَنْ تَبْطُلَ الْحَمَالَةُ لِمَا بَطَلَ مَا تَعَلَّقَتْ بِهِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ عِيسَى أَنَّ الْحَمِيلَ إذَا عَلِمَ بِذَلِكَ فَإِنَّمَا تَضَمَّنَتْ حَمَالَته رَدَّ مَا صَارَ إلَى الْمُتَحَمَّلِ عَنْهُ إذَا وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّهُ بِالشَّرْعِ وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ فَإِنَّمَا الْتَزَمَ الْمُتَحَمِّلُ الْعِوَضَ فِي عَقْدٍ، وَذَلِكَ يَعْدَمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِلِاتِّفَاقِ عَلَى إبْطَالِ عَقْدِ الْبَيْعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَاعَ طَعَامًا مِنْ مَبِيعٍ قَبْلَ قَبْضِهِ وَأَخَذَ بِهِ حَمِيلًا فَقَدْ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّ الْحَمَالَةَ سَاقِطَةٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ مَا تَحَمَّلَ بِهِ لَا يَنْفُذُ عَلَى حَسَبِ مَا تَحَمَّلَ بِهِ فَبَطَلَتْ الْحَمَالَةُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ بِهِ حَمِيلًا قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ: وَمَا أَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَهُ إلَّا الْحَسَنَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَثِيقَةٌ تَجُوزُ فِي الْبَيْعِ فَجَازَتْ فِي الْقَرْضِ كَالشَّهَادَةِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْحَمَالَةُ بِمَا عَلَى الْمَيِّتِ جَائِزَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يَتْرُكْ

وَفَاءً وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رَوَى سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أُتِيَ بِجِنَازَةٍ فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ قَالُوا نَعَمْ قَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ صَحَّتْ الْحَمَالَةُ بِهِ مَعَ الْيَسَارِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِهِ مَعَ الْإِعْسَارِ كَدَيْنِ الْحَيِّ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي ذِكْرِ مَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ مِنْهُ]

(الْبَابُ الثَّانِي فِي ذِكْرِ مَا تَصِحُّ الْحَمَالَةُ مِنْهُ وَتَمْيِيزُهُ مِمَّنْ لَا تَصِحُّ حَمَالَتُهُ) .

الَّذِي تَصِحُّ حَمَالَتُهُ كُلُّ مَالِكٍ لِأَمْرِهِ لَا حَجْرَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ سَوَاءٌ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى النُّطْقِ، أَوْ كَانَ أَخْرَسَ إذَا فَهِمَ مُرَادَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ يَجُوزُ كَفَالَتُهُ إذَا فَهِمَ عَنْهُ، وَأَمَّا مَنْ عَلَيْهِ حَجْرٌ لِحَقِّهِ وَلِحَقِّ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ

(84/6)

. . . .

[المنتقى]

أَمْرُهُ فَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ كَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ وَالْمَوْلَى عَلَيْهِ لَمْ يَلْزَمْهُ الْحَمَالَةُ، وَأَمَّا الْبِكْرُ الَّتِي لَمْ تَعْنَسْ فَهِيَ كَالصَّغِيرِ فِي ذَلِكَ، وَأَمَّا الَّتِي عَنَسَتْ وَأُونِسَ رُشْدُهَا فِي بَيْتِ وَالِدِهَا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ حَمَالَتُهَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَوَجَدْته فِي كِتَابِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ لَا تَجُوزُ هِبَتُهَا، وَكَذَلِكَ كَفَالَتُهَا؛ لِأَنَّ بُضْعَهَا بِيَدِ أَبِيهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُسْقِطْ التَّعْنِيسُ وِلَايَةَ الْأَبِ فِي الْبُضْعِ لَمْ يُسْقِطْ فِي الْمَالِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوِلَايَةَ فِي الْبُضْعِ لَا تَزُولُ بِالرُّشْدِ وَالْوِلَايَةُ فِي الْمَالِ تَزُولُ بِالرُّشْدِ؛ لِأَنَّهَا تُرَادُ لِحِفْظِ الْمَالِ فَإِذَا حَفِظَ الْمَالَ بِالرُّشْدِ زَالَتْ وِلَايَةُ الْمَالِ وَبَقِيَتْ وِلَايَةُ الْبُضْعِ؛ لِأَنَّهَا تُرَادُ لِحِفْظِ الْبُضْعِ مِمَّا يَعِيبُ فَمَعْنَاهَا بَاقِيَةٌ مَا بَقِيَتْ الْمَرْأَةُ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِحَقِّ غَيْرِهِ كَالْعَبْدِ وَالْمُسْتَغْرَقِ فِي الدَّيْنِ وَالْمَرِيضِ وَالْمَرْأَةِ ذَاتِ الزَّوْجِ فَإِنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتَبَ وَالْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ حَمَالَتُهُمْ بِغَيْرِ إذْنِ السَّيِّدِ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ تَجُوزُ حَمَالَةُ الْعَبْدِ، وَحَكَى ابْنُ الْمَوَّازِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْعَبْدِ وَجْهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَجُمْهُورِ أَصْحَابِهِ مَعْنًى يُدْخِلُ فِي ذِمَّتِهِ نَقْصًا وَعَيْبًا فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ كَالْمُدَايَنَةِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ وَجْهٌ مِنْ الْمَعْرُوفِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ كَهِبَةِ مَالِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَتَجُوزُ حَمَالَةُ الْعَبْدِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ إلَّا أَنْ يَسْتَغْرِقَهُ الدَّيْنُ فَلَا يَجُوزُ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ كُلِّهِ أَنَّ الْحَجْرَ إنَّمَا تَعَلَّقَ بِهِ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَإِذَا أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ جَازَتْ لَهُ حَمَالَتُهُ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَفْتَرِقُ مَالُهُ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ فَلَا تَصِحُّ حَمَالَتُهُ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ أَمْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ، وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ إنْ أَذِنَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ وَالْمُدبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ فِي الْحَمَالَةِ جَازَتْ حَمَالَتُهُمْ.

وَقَالَ غَيْرُهُ لَا يَجُوزُ مَعْرُوفُ الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَاعِيَةٌ إلَى رَقِّهِ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلَا لِسَيِّدِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الرِّقِّ فَجَازَ مَا يَفْعَلُهُ مِنْ ذَلِكَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ أَصْلُ ذَلِكَ الْعَبْدُ الْقِنُّ، وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرِقَّ نَفْسَهُ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَمْنُوعًا مِنْ كُلِّ مَا يَكُونُ سَبَبًا لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ لِلسَّيِّدِ إكْرَاهُ الْعَبْدِ عَلَى الْحَمَالَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي النَّوَادِرِ لَهُ ذَلِكَ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ السَّيِّدَ لَيْسَ لَهُ إدْخَالُ نَقْصٍ فِي ذِمَّةِ عَبْدِهِ كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُثْبِتَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهِ وَهُوَ بِمَعْنَى ذِمَّتِهِ فَكَانَ لَهُ شَغْلُ ذِمَّتِهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُسْتَغْرَقُ فِي الدَّيْنِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ حَمَالَةُ مَنْ أَحَاطَ بِهِ الدَّيْنُ كَصَدَقَتِهِ وَتُفْسَخُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ الْمَعْرُوفِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ رَدُّ عِتْقِهِ كَانَ لَهُمْ رَدُّ كَفَالَتِهِ وَهِبَتِهِ كَالْمَضْرُوبِ عَلَى يَدَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمَرِيضُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَجُوزُ كَفَالَةُ الْمَرِيضِ فِي ثُلُثِهِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ

إنْ كَانَ الْمَحْمُولُ بِهِ مَلِيًّا لَزِمَتْهُ، وَإِنْ كَانَ عَدِيمًا بَطَلَتْ وَلَمْ يَكُنْ فِي الثُّلُثِ إذَا لَمْ يُرِدْ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةَ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مَعْرُوفٌ يَفْعَلُهُ الْمَرِيضُ فَكَانَ فِي ثُلُثِهِ كَهِبَتِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ مَا احْتَجَّ بِهِ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا كَفَالَةُ ذَاتِ الزَّوْجِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ فِي ثُلُثِ مَالِهَا فَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ فِي كَفَالَتِهَا فَلِلزَّوْجِ إبْطَالُ جَمِيعِهَا إلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ الدِّينَارُ وَالشَّيْءُ الْيَسِيرُ فَيُمْضِي الثُّلُثَ وَالزِّيَادَةَ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ إذَا حَازَتْ الْمَرْأَةُ الثُّلُثَ لَمْ يَبْطُلْ كَالْمَرِيضِ يُوصِي بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِذَا تَكَفَّلَتْ الْمَرْأَةُ بِزَوْجِهَا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ مَالِكٌ عَطِيَّةُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا جَمِيعَ مَالِهَا جَائِزٌ عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ كَفَالَتُهَا عَنْهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ كَفَالَتَهَا عَنْهُ بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ فَإِنْ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ فَعَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ تَبْطُلُ إلَّا أَنْ تَكُونَ بِثُلُثِ مَالِهَا فَأَدْنَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(85/6)

. . . .

[المنتقى]
[الْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَنْ تَصِحُّ الْحَمَالَةُ عَنْهُ]
ُ وَتَمْيِيزُهُ مِمَّنْ لَا تَصِحُّ عَنْهُ) وَتَحْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّهَا تَجُوزُ عَنْ كُلِّ مَالِكٍ لِأَمْرِهِ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ لِأَمْرِهِ فِيمَا يَلْزَمُ أَدَاؤُهُ مِنْ مَالِهِ، وَأَمَّا الْمَوْلَى عَلَيْهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ تَحَمَّلَ عَنْهُ حَمِيلٌ بِمَا تَقَدَّمَتْ الْمُعَامَلَةُ فِيهِ، أَوْ بِمَا تُسْتَقْبَلُ الْمُعَامَلَةُ فِيهِ فَإِنْ كَانَ تَحَمَّلَ عَنْهُ بِثَمَنِ مَا قَدْ ابْتَاعَهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ: إنْ كَانَ مَا تَحَمَّلَ بِهِ مِمَّا يَلْزَمُ الْيَتِيمَ لَزِمَ الْحَمِيلَ وَيَرْجِعُ بِهِ فِي مَالِ الصَّبِيِّ.
وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يَلْزَمُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ شَيْءٌ مِمَّا تَحَمَّلَ بِهِ فَإِنْ كَانَتْ الْمُعَامَلَةُ قَبْلَ الْحَمَالَةِ لَمْ يَلْزَمْ الْحَمِيلَ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَتَحَمَّلْ عَنْهُ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ وَلَا عَامَلَهُ الْمُتَحَمِّلُ لَهُ بِسَبَبِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَتْ الْمُعَامَلَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لَزِمَ الْحَمِيلَ الْغُرْمُ وَلَمْ يَرْجِعْ هُوَ وَلَا الطَّالِبُ عَلَى الْيَتِيمِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَلْزَمُ الْيَتِيمَ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ الدَّارُ وَالْحَائِطُ فَيُسَلِّفُهُ النَّفَقَةَ فِيهَا فَهَذَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ فَعَلَى هَذَا فَمَا يَتَحَمَّلُ بِهِ عَنْ الْيَتِيمِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: قِسْمٌ يَلْزَمُ الْحَمِيلَ وَيَرْجِعُ بِهِ وَهُوَ مَا يَلْزَمُ مَالَ الْيَتِيمِ، وَقِسْمٌ يَلْزَمُ الْحَمِيلَ وَلَا يَكُونُ لَهُ

الرُّجُوعُ بِهِ وَهُوَ عَلَى مَا عُومِلَ بِهِ بِسَبَبِ الْحَمَالَةِ وَلَا يَلْزَمُ مَالَ الْيَتِيمِ.
وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ اشْتَرَى مِنْ سَفِيهٍ وَأَخَذَ حَمِيلًا بِمَا يَلْزَمُهُ مِنْ قِبَلِهِ فَأَبْطَلَ الْبَيْعَ وَالثَّمَنُ عَلَى السَّفِيهِ فَإِنَّ الْحَمِيلَ يَغْرَمُ الثَّمَنَ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ، وَقِسْمٌ لَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ كَالْمُتَحَمِّلِ عَنْهُ عَنْ مُعَامَلَةٍ قَدِيمَةٍ لَا يَلْزَمُ مَالَهُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا لِلطَّالِبِ مِنْ مُطَالَبَةِ الْحَمِيلِ] 1

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا لِلطَّالِبِ مِنْ مُطَالَبَةِ الْحَمِيلِ) لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْحَمِيلُ وَاحِدًا، أَوْ جَمَاعَةً فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا فَهَلْ لِلطَّالِبِ أَخْذُهُ بِجَمِيعِ الْحَقِّ مَعَ حُضُورِ الْغَرِيمِ وَغِنَاهُ اُخْتُلِفَ فِيهِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ فَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْحَمِيلِ بِالْمَالِ لِلطَّالِبِ طَلَبُهُ فِي مَالِ الْغَرِيمِ وَحُضُورِهِ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ فَقَالَ لَا يَبِيعُهُ إلَّا فِي عَدَمِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَبِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهِ فِي حَالِ عَدَمِ الْغَرِيمِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِذِمَّتِهِ فِي حَالِ يَسَارِهِ كَالْغَرِيمِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي عِنْدِي أَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِالْحَقِّ فَلَمْ يَنْتَقِلْ إلَيْهِ إلَّا مَعَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ مِنْ مَحَلِّهِ كَالرَّهْنِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَيْسَ لِلطَّالِبِ أَنْ يُكَلِّفَ الْحَمِيلَ مُلَازَمَةَ الْغَرِيمِ حَتَّى يَدْفَعَ مَا عَلَيْهِ إذَا كَانَ مُوسِرًا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِالْحَقِّ مِنْ الْغَرِيمِ، وَإِنَّمَا لَهُ مُطَالَبَتُهُ بِدَفْعِ الْحَقِّ يَرْجِعُ إلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ وَلَيْسَ بِوَكِيلٍ عَلَى الْمُطَالَبَةِ بِالدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَيْسَ لِلْحَمِيلِ أَخْذُ الْحَقِّ إلَى الطَّالِبِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَمِيلَ لَيْسَ بِوَكِيلٍ عَلَى الْقَبْضِ وَلَا مَأْذُونٍ لَهُ فِيهِ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْغَرِيمَ بِمَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ بِهِ وَهُوَ إيصَالُ الدَّيْنِ إلَى مُسْتَحِقِّهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِذَا حَلَّ أَجَلُ الدَّيْنِ وَالْغَرِيمُ غَائِبٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ بَعِيدَ الْغَيْبَةِ، أَوْ قَرِيبَهَا فَإِنْ كَانَ بَعِيدَ الْغَيْبَةِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ مَالٌ حَاضِرٌ أُغْرِمَ الْحَمِيلُ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبَعِيدِ الْغَيْبَةِ وَالَّذِي لَا يُدْرَى أَيْنَ هُوَ فَلَا يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقْرَبَ تَنَاوُلُهُ كَالنَّاظِرِ، أَوْ مَا هُوَ فِي حُكْمِهِ، أَوْ يَبْعُدَ تَنَاوُلُهُ كَالدَّارِ تُبَاعُ وَمَا يَطُولُ أَمَدُهُ وَيَكُونُ فِيهِ التَّرَبُّصُ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَقْرُبُ أَمَدُهُ

قَضَى مِنْهُ الطَّالِبُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَبْعُدُ تَنَاوُلُهُ أَخَذَ الدَّيْنَ مِنْ الْحَمِيلِ ثُمَّ لِلْحَمِيلِ أَنْ يُبَاعَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ أَجَّلَ الْحَمِيلَ أَجَلًا قَرِيبًا وَكَرَّرَ فَإِنْ أَبَى وَإِلَّا فعَلَ بِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ قَالَهُ كُلَّهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَلَّ الْأَجَلُ وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ كَانَ لِلطَّالِبِ أَخْذُ مَالِهِ مِنْ الْحَمِيلِ وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ قَالَ الطَّالِبُ: إنَّ الْغَرِيمَ عَدِيمٌ، وَقَالَ الْحَمِيلُ: هُوَ مَلِيءٌ وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ غَرِمَ الْحَمِيلُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ ذِمَّةَ الْحَمِيلِ قَدْ تَعَلَّقَ بِهَا الْحَقُّ فَلَا يَبْرَأُ إلَّا بِالْأَدَاءِ، وَإِنَّمَا يَبْرَأُ الْغَرِيمُ بِالْمُطَالَبَةِ إذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَعَلَى الْحَمِيلِ الَّذِي يَدَّعِي يُسْرَهُ إظْهَارُ ذَلِكَ الْمَالِ فَيَبْرَأُ وَإِلَّا لَمْ يَبْرَأْ مِنْ الدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا يَثْبُتُ مِنْ دَيْنِ الْغَرِيمِ بِالْبَيِّنَةِ فَأَمَّا مَا لَا يَثْبُتُ إلَّا بِإِقْرَارِ

(86/6)

. . . .

[المنتقى]

الْغَرِيمِ فَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْحَمِيلَ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ الْإِقْرَارُ بِالدَّيْنِ بَعْدَ الْحَمَالَةِ، وَأَمَّا إذَا أَقَرَّ بِهِ الْغَرِيمُ قَبْلَ الْحَمَالَةِ فَشَهِدَ بِذَلِكَ عَلَى إقْرَارِهِ شَاهِدَا عَدْلٍ فَإِنَّ الَّذِي يُرِيدُ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ أَنَّهُ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ وَيَلْزَمُ ذَلِكَ الْحَمِيلَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَمَنْ قَامَ عَلَى مُنْكِرٍ بِدَيْنٍ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ إنْ لَمْ آتِك بِهِ غَدًا فَالْمَالُ عَلَيَّ، وَقَدْ سَمَّاهُ لَمْ يَلْزَمْهُ الْمَالُ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ حَتَّى يُبَيِّنَهُ الطَّالِبُ بِبَيِّنَةٍ وَلَوْ أَقَرَّ الْمَطْلُوبُ بَعْدَ الْحَمَالَةِ لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ الْحَمِيلَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَكَذَلِكَ مَنْ ادَّعَى عَلَى غَائِبٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَتَكَفَّلَ بِهِ رَجُلٌ فَقَدِمَ الْغَائِبُ فَأَنْكَرَ، أَوْ أَقَرَّ لَمْ يَلْزَمْ الْحَمِيلَ ذَلِكَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى أَصْلِ الدَّيْنِ، أَوْ بِبَيِّنَةٍ عَلَى إقْرَارِ الْغَرِيمِ قَبْلَ الْحَمَالَةِ قَالَهُ كُلَّهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَنَحْوُهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ

رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنْكَرَ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ وَأَقَرَّ بِهِ الْحَمِيلُ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ يَغْرَمُ الْحَمِيلُ ثُمَّ إنْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ رَجَعَ عَلَى الْغَرِيمِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ، وَرَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَمِيلِ بَيِّنَةٌ لَمْ يَرْجِعْ الْغَرِيمُ بِمَا أَدَّاهُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْحُمَلَاءُ جَمَاعَةً تَكَفَّلُوا لَهُ بِمَالٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يُطْلَقَ لَفْظُ الْكَفَالَةِ، أَوْ يَقُولَ: وَبَعْضُهُمْ كُفَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ، أَوْ لَهُ أَخْذُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ بِجَمِيعِ حَقِّهِ فَإِنْ أَطْلَقَ لَفْظَ الْكَفَالَةِ فَأَعْسَرَ الْغَرِيمُ عِنْدَ الْأَجَلِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَنْ وَجَدَ مِنْ الْكُفَلَاءِ بِجَمِيعِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً أَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَ الْمَالِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ إذَا تَكَفَّلُوا بِمِائَةٍ فَإِنَّمَا تَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِثُلُثِ الْمِائَةِ فَلَا يَلْزَمُهُ سِوَاهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِمْ وَبَعْضُهُمْ كُفَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَهُمْ بِجَمِيعِ حَقِّهِ وَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ فَإِنْ أَعْسَرَ بَعْضُهُمْ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ الْمُوسِرِ، قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ بَعْضُهُمْ حُمَلَاءَ عَنْ بَعْضٍ كَانَ لَهُمْ حُكْمُ الْحَمَالَةِ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا وَاحِدًا مِنْهُمْ إلَّا بِمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْدِلَ بِهِ عَنْ الْغَرِيمِ إلَى الْحَمِيلِ مِنْ الْإِعْسَارِ، أَوْ الْغَيْبَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ غَابَ الْحُمَلَاءُ إلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ فَغَرِمَ الْحَاضِرُ الْمَالَ ثُمَّ قَدِمَ الْحَمِيلَانِ وَالْغَرِيمُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لِلْحَاضِرِ الَّذِي غَرِمَ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى صَاحِبَيْهِ بِثُلُثَيْ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرِيمُ مَلِيئًا وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْغَرِيمِ بِخِلَافِ طَالِبِ الْحَقِّ لَا يَأْخُذُهُ مِنْ الْحَمِيلِ إذَا كَانَ الْغَرِيمُ مُوسِرًا حَاضِرًا، وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَمِيلَ إنَّمَا أَخَذَ وَثِيقَةً مِنْ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْغَرِيمِ فَلَا يُطْلَبُ مَعَ تَمَكُّنِ الِاقْتِضَاءِ مِنْ الْغَرِيمِ وَالْحَمِيلِ الَّذِي غَرِمَ فِي غَيْبَةِ الْحُمَلَاءِ وَالْغَرِيمِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَمِيلٌ بِجَمِيعِ الْمَالِ فَإِنَّمَا غَرِمَ عَنْ الْحَمِيلِ كَمَا غَرِمَ عَنْ الْغَرِيمِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ صَاحِبُهُ فِي الْحَمَالَةِ لَزِمَهُ الْغُرْمُ مَعَهُ فَلَمَّا كَانَ أَدَّاهُ عَنْهُ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ دُونَ اعْتِبَارِ حَالِ الْغَرِيمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ أَخْذَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ بِجَمِيعِ الْحَقِّ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَنْ شَاءَ

مِنْهُمْ بِحَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ شُرَكَاؤُهُ فِي الْحَمَالَةِ حُضُورًا مُوسِرِينَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَطَ ذَلِكَ وَإِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمْ بِجَمِيعِ الْمَالِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى أَصْحَابِهِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَدَّاهُ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ قَدْ شَرَطَ فِي الْحَمَالَةِ أَنَّ لَهُ أَنْ يُعَلِّقَ حَقَّهُ بِذِمَّةِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ فَإِذَا عَيَّنَ حَقَّهُ عِنْدَ أَحَدِهِمْ فَإِنَّمَا ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ لَا عَنْ أَصْحَابِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِمْ بِشَيْءٍ مِمَّا أَدَّاهُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ كِنَانَةَ وَأَشْهَبَ أَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ وَلَيْسَ لَهُ اتِّبَاعُ أَحَدِهِمْ بِأَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ إلَّا فِي عَدَمِ أَصْحَابِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِمْ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ شَرَطَ مَعَ شَرْطِهِ أَنْ يَأْخُذَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ بِجَمِيعِ حَقِّهِ أَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ فَأَخَذَ حَقَّهُ مِنْ أَحَدِهِمْ كَانَ لِمَنْ أَدَّى الْحَقَّ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى أَصْحَابِهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ شَرَطُوا أَنَّهُ إنْ عَيَّنَ حَقَّهُ عِنْدَ أَحَدِهِمْ فَعَلَى وَجْهِ أَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ

(87/6)

. . . .

[المنتقى]

بَعْضٍ فَقَدْ تَعَلَّقَ الْحَقُّ بِحَمَالَةِ جَمِيعِهِمْ عَلَى أَنَّ لِلطَّالِبِ أَنْ يَخْتَارَ مُطَالَبَةَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لَمْ يَتَعَلَّقْ الدَّيْنُ بِحَمَالَةِ جَمِيعِهِمْ وَإِنْ تَعَلَّقَ بِحَمَالَةِ وَاحِدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَلِلطَّالِبِ أَنْ يُعَيِّنَهُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَحَمَّلَ لَهُ بِدَيْنِهِ رَجُلٌ ثُمَّ لَقِيَ الْغَرِيمَ فَأَعْطَاهُ حَمِيلًا آخَرَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ لَهُ أَنْ يَتْبَعَ أَيَّ الْحَمِيلَيْنِ شَاءَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ تَحَمَّلَ بِجَمِيعِ الْمَالِ عَلَى غَيْرِ رُتْبَةٍ تَقْتَضِي تَقَدُّمَ أَحَدِهِمَا فَاقْتَضَى ذَلِكَ التَّخْيِيرُ فِي أَنْ يَطْلُبَهُمَا، أَوْ يَطْلُبَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَحَمَّلَ لِرَجُلٍ بِمَالٍ عَلَى غَرِيمٍ ثُمَّ تَحَمَّلَ لَهُ رَجُلٌ آخَرُ بِالْحَمِيلِ فَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْغَرِيمَ فَإِنْ غَابَ، أَوْ أَعْسَرَ انْتَقَلَ إلَى طَلَبِ الْحَمِيلِ الْأَوَّلِ فَإِنْ غَابَ، أَوْ أَعْسَرَ انْتَقَلَ إلَى الْحَمِيلِ الثَّانِي قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَعَ الْحَمِيلِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي كَحَالِهِ مَعَ الْحَمِيلِ الْأَوَّلِ وَالْغَرِيمِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي رِفْقِ الطَّالِبِ بِالْغَرِيمِ أَوْ الْحَمِيلِ]

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي رِفْقِ الطَّالِبِ بِالْغَرِيمِ، أَوْ الْحَمِيلِ) وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الطَّالِبَ قَدْ يَهَبُ حَقَّهُ الْغَرِيمَ، أَوْ الْحَمِيلَ أَوْ يُؤَخِّرُ أَحَدَهُمَا فَأَمَّا الْهِبَةُ فَإِنْ وَهَبَ الْغَرِيمُ فَقَدْ بَرِئَ الْحَمِيلُ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ كَالِاقْتِضَاءِ وَلَوْ اقْتَضَى حَقُّهُ لَبَرِئَ الْحَمِيلُ فَكَذَلِكَ إذَا وَهَبَهُ، وَلَوْ وَهَبَ الْحَقَّ الْحَمِيلَ لَمْ يَرَ الْغَرِيمُ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَدِّيَ إلَى الْمُتَحَمِّلِ لَهُ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ أَخَذَ حَمِيلًا بِثَمَنِ سِلْعَةٍ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ بِحَقِّهِ فَمَاتَ الْغَرِيمُ فَأَحَالَهُ الطَّالِبُ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُطَالِبَ الْحَمِيلَ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لِأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ مَا وُضِعَ إلَّا لِلْمَيِّتِ وَهُوَ عَلَى حَقِّهِ قَالَ مُحَمَّدٌ فِيهَا شَيْءٌ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهَا نَظَرٌ وَرَوَى فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ أَخَّرَ بَعْضَ الْحَقِّ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ كَانَ مَا أَخَذَ بِالْحِصَصِ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ وَيَحْلِفُ مَا وُضِعَ إلَّا لِلْمَيِّتِ وَيَكُونُ عَلَى الْحَمِيلِ حِصَّتُهُ بِمَا بَقِيَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ أَخَذَ الْغَرِيمُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لِأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ إنْ أَخَذَ الْغَرِيمُ سَنَةً فَالْحَمَالَةُ ثَابِتَةٌ إلَّا أَنَّ لِلْحَمِيلِ أَنْ يَمْنَعَ التَّأَخُّرَ وَيَقُولَ: أَخَافُ أَنْ يُفْلِسَ فَلَيْسَ لَهُ التَّأْخِيرُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إلَّا أَنْ يُسْقِطَ الْحَمَالَةَ.

وَقَالَ غَيْرُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إذَا أَخَّرَ الْغَرِيمَ وَهُوَ مُوسِرٌ تَأَخُّرًا بَيِّنًا فَقَدْ سَقَطَتْ الْحَمَالَةُ عَنْ الْحَمِيلِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرِيمُ مُعْسِرًا فَلَهُ أَنْ يَقُومَ عَلَى الْكَفِيلِ وَأَنْ يَقِفَ عَنْهُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ تَأَخُّرَ الْغَرِيمِ لَا يُنَافِي حَمَالَةَ الْحَمِيلِ فَلَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى إبْرَاءِ الْحَمِيلِ وَلَا يَكُونُ تَأْثِيرُهُ فِي إسْقَاطِ الْحَقِّ عَنْ الْحَمِيلِ أَكْثَرَ مِنْ تَأْثِيرِهِ فِي إسْقَاطِهِ عَنْ الْغَرِيمِ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِذِمَّتِهِمَا، وَوَجْهُ قَوْلِ الْغَيْرِ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَلْزَمْ الْحَمِيلَ تَأْخِيرُ الْغَرِيمِ كَانَ الظَّاهِرُ مِنْ تَأْخِيرِهِ إبْرَاءَ الْحَمِيلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ عَلِمَ الْحَمِيلُ بِتَأْخِيرِهِ فَسَكَتَ لَزِمَتْهُ الْحَمَالَةُ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ حَتَّى حَلَّ الْأَجَلُ حَلَفَ الطَّالِبُ مَا أَخَّرَهُ لِيُبَرِّئَ الْحَمِيلَ وَتَثْبُتَ لَهُ الْحَمَالَةُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَرْكَ الِاعْتِرَاضِ مِنْ الْحَمِيلِ فِي تَأْخِيرِهِ رِضًا بِهِ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ وَاحْتُمِلَ تَأْخِيرُ الطَّالِبِ لِلْغَرِيمِ الَّذِي لَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ تَجْوِيزُهُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إبْرَاءَ الْحَمِيلِ كَانَ عَلَى الطَّالِبِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ إبْرَاءَهُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الرِّفْقَ بِالْغَرِيمِ مَعَ بَقَاءِ الْحَقِّ مُتَعَلِّقًا بِحَمَالَةِ الْحَمِيلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَخَّرَ الطَّالِبُ الْحَمِيلَ فَذَلِكَ تَأْخِيرٌ لِلْغَرِيمِ إلَّا أَنْ يَحْلِفَ مَا كَانَ ذَلِكَ تَأْخِيرًا فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ التَّأْخِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَضَعَ عَنْ الْحَمِيلِ الْحَمَالَةَ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَتْبَعَ الْغَرِيمَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَوَجْهُ مَا لَزِمَهُ مِنْ الْيَمِينِ أَنَّ تَأْخِيرَهُ الْحَمِيلَ مُحْتَمَلٌ لِتَأْخِيرِ الْغَرِيمِ لَهُ فَلَزِمَتْهُ الْيَمِينُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ ذَلِكَ وَلَا قَصَدَهُ.

[الْبَابُ السَّادِسُ فِي قَضَاءِ الْحَقِّ] 1

(الْبَابُ السَّادِسُ فِي قَضَاءِ الْحَقِّ) فَإِنْ دَفَعَهُ الْغَرِيمُ بَرِئَ وَبَرِئَ الْحَمِيلُ، وَإِنْ دَفَعَهُ الْحَمِيلُ بَرِئَ مِنْ مُطَالَبَةِ صَاحِبِ الْحَقِّ وَكَانَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْغَرِيمِ فَإِنْ كَانَ أَدَّى عَنْهُ مِثْلَ مَا عَلَيْهِ رَجَعَ بِمِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ أَدَّى عَنْهُ غَيْرَ مَا عَلَيْهِ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ

(88/6)

. . . .

[المنتقى]

الدَّيْنُ دَنَانِيرَ فَيَدْفَعُ عَنْهُ الْحَمِيلُ دَرَاهِمَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ قَبْلَ الْأَجَلِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَأْخِيرِ أَحَدِ عِوَضَيْ الصَّرْفِ، وَأَمَّا بَعْدَ الْأَجَلِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ وَفِيهِ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ وَإِلَيْهِ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ وَأَصْحَابُهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْغَرِيمِ قَدْ صَحَّ بِاتِّخَاذِ الْمُصَارَفَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهِ كَالَّذِي كَانَ لَهُ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي بِالْمَنْعِ مَا احْتَجَّ بِهِ مُحَمَّدٌ مِنْ أَنَّ الْغَرِيمَ يَكُونُ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ مَا كَانَ عَلَيْهِ، أَوْ مَا دَفَعَ عَنْهُ فَيَدْخُلُهُ الْخِيَارُ فِي الصَّرْفِ وَفَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالْجَوَازِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُؤْخَذُ مِنْ الْغَرِيمِ الدَّنَانِيرُ وَلَكِنْ يُخْرِجُ الْغَرِيمُ الدَّنَانِيرَ ثُمَّ يَشْتَرِي بِهَا دَرَاهِمَ فَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَمِيلِ غَيْرُهَا، وَإِنْ زَادَتْ فَلَيْسَ لَهُ الْفَضْلُ، وَكَانَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَقُولُ: الْغَرِيمُ مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ دَفَعَ الدَّنَانِيرَ أَوْ الدَّرَاهِمَ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: هَذَا حَرَامٌ بَيْنَ الْحَمِيلِ وَالْغَرِيمِ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ عَمَلَ الْكَفِيلِ مَعَ صَاحِبِ الْحَقِّ إذَا حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ وَجَبَ أَنْ يَصِحَّ مَا بَيْنَ الْحَمِيلِ وَالْغَرِيمِ لِلدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّهُ تَأْخِيرٌ فِي الصَّرْفِ فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ بِأَنْ يُخْرِجَ الْغَرِيمُ مَا كَانَ عَلَيْهِ فَلَا يَفْسُدُ مِنْ جِهَتِهِ شَيْءٌ ثُمَّ يَشْتَرِي لِلْحَمِيلِ مِنْ جِنْسِ مَا أَدَّى فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصٌ فَهُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ؛ لِأَنَّ مَا دَفَعَ عَنْهُ إنَّمَا هُوَ سَلَفٌ أَسْلَفَهُ إيَّاهُ فَلَا يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْهُ، وَوَجْهُ

الْقَوْلِ بِالتَّخْيِيرِ أَنَّ هَذَا تَخْيِيرٌ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ فَلَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ كَخِيَارِ مَنْ وُجِدَ فِي عِوَضِ الصَّرْفِ زَائِفًا فَإِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ، أَوْ يُمْسِكَ وَلَا يَمْنَعُ صِحَّةُ ذَلِكَ الصَّرْفَ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ قُلْنَا بِرِوَايَةِ الْمَنْعِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ الْكَفِيلَ طَالِبُ الْحَقِّ إذَا كَانَ الدَّيْنُ دَنَانِيرَ بِدَرَاهِمَ وَلَا شَيْءَ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِنْ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ إلَّا بِالْجُزَافِ مِنْهُ أَوْ بِمَا يَرْجِعُ إلَى الْقِيمَةِ مِنْ حَيَوَانٍ، أَوْ عَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ فِيمَا يُكَالُ، أَوْ يُوزَنُ يَرْجِعُ إلَى أَنْ يَكُونَ الْغَرِيمُ مُخَيَّرًا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ يَدْخُلُهُ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ الدَّيْنِ فِي دَيْنٍ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ، وَأَمَّا مَا يَرْجِعُ إلَى الْقِيمَةِ فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ بِجِنْسِ الدَّيْنِ فَلَا يَدْخُلُهُ تَخْيِيرٌ وَلَا فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَحَمَّلَ بِمَالٍ لِرَجُلٍ إلَى أَجَلٍ فَمَاتَ الْحَمِيلُ قَبْلَ الْأَجَلِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ لِرَبِّ الْحَقِّ أَنْ يَتَعَجَّلَ حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرِيمُ مَلِيًّا حَاضِرًا فَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ أَنْ يَأْخُذُوهُ مِنْ مَالِ الْغَرِيمِ قَبْلَ الْأَجَلِ. وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يَحِلُّ الْحَقُّ بِمَوْتِهِ وَلَكِنْ يُوقَفُ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الدَّيْنَ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَحِلَّ بِمَوْتِهِ وَيَتَعَجَّلُ طَلَبَهُ مِنْهُ كَالْغَرِيمِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ حَمِيلٌ فَلَا تُطْلَبُ تَرِكَتُهُ بِالدَّيْنِ لِمَوْتِهِ إذَا كَانَ الْغَرِيمُ حَاضِرًا مَلِيًّا أَصْلُ ذَلِكَ إذَا مَاتَ بَعْدَ الْأَجَلِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ مَاتَ الْحَمِيلُ مُفْلِسًا فَإِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ أَنْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ فِي مَالِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ الدَّيْنَ بِمَوْتِهِ فَوَجَبَ أَنْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ فِي مَالِهِ كَالْغَرِيمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْحَمِيلُ عِنْدَ الْأَجَلِ، أَوْ بَعْدَهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ هَاهُنَا يَبْدَأُ بِالْغَرِيمِ فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ عَدِيمًا أَخَذَ مِنْ مَالِ الْحَمِيلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْغَرِيمَ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْحَمِيلَ، وَإِنَّمَا لَهُ مُطَالَبَةُ الْحَمِيلِ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةُ الْغَرِيمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْغَرِيمُ قَبْلَ الْأَجَلِ فَلِلطَّالِبِ أَنْ يَتَعَجَّلَ حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ بِهِ الْحَمِيلُ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِمَوْتِ مَنْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ فَإِنْ طَلَبَ مِنْ الْغَرِيمِ رُوعِيَتْ حَالُهُ فِي أَخْذِهِ مِنْهُ بِمَوْتِهِ، وَإِنْ طَلَبَ مِنْ الْحَمِيلِ رُوعِيَتْ حَالُهُ فَلَا يَحِلُّ بِمَوْتِ غَيْرِهِ كَمَا لَوْ مَاتَ الْحَمِيلُ قَبْلَ الْأَجَلِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ ذَلِكَ سَبَبًا لِمُطَالَبَةِ الْغَرِيمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَنَرْجِعُ إلَى تَقْسِيمِ لَفْظِ مَسْأَلَةِ الْأَصْلِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ هَلَكَ الْحَمِيلُ أَوْ أَفْلَسَ فَإِنَّ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الْأَوَّلِ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ مَاتَ مُفْلِسًا، أَوْ أَفْلَسَ مَعَ بَقَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَنْتَقِلْ

(89/6)

الْقَضَاءُ فِيمَنْ ابْتَاعَ ثَوْبًا وَبِهِ عَيْبٌ (ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: إذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْبًا وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ، أَوْ غَيْرِهِ قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ فَشَهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، أَوْ أَقَرَّ بِهِ فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ حَدَثًا مِنْ تَقْطِيعٍ يُنْقِصُ ثَمَنَ الثَّوْبِ ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْبَائِعِ وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِي تَقْطِيعِهِ إيَّاهُ) .

[المنتقى]

عَنْ ذِمَّةِ الْغَرِيمِ بِالْحَمَالَةِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ الْحَمِيلُ وَثِيقَةً لِحَقِّهِ كَالرَّهْنِ فَفَلَسُ الْحَمِيلِ بِمَنْزِلَةِ ضَيَاعِ الرَّهْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَوْتَ الْحَمِيلِ مَعَ كَوْنِهِ عَيْبًا لَا يُوجِبُ رُجُوعَ الطَّالِبِ عَلَى الْغَرِيمِ بَلْ لَهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ يَتَعَجَّلَ مِنْ مَالِهِ دَيْنًا وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ يُوقِفُ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَحُكْمُ الْحَمَالَةِ بَاقٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الْأَوَّلِ لَفْظُ الرُّجُوعِ يَقْتَضِي ظَاهِرُهُ أَنَّهُ قَدْ كَانَ تَعَلَّقَ بِمُطَالَبَةِ الْحَمِيلِ أَوَّلًا وَأَنَّهُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ يَكُونُ عَلَى وُجُوهٍ مِنْهَا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ الْأَوَّلِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِمُطَالَبَةِ الْحَمِيلِ إنْ شَاءَ فَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ، أَوْ أَفْلَسَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إلَى مُطَالَبَةِ الْغَرِيمِ وَمِنْهَا إذَا بَاعَ مِنْ الْغَرِيمِ سِلْعَةً أَوْ أَسَلَفَهُ مَالًا كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إلَى مُطَالَبَةِ الْغَرِيمِ وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا بَاعَ مِنْ الْغَرِيمِ وَأَخَذَ مِنْهُ حَمِيلًا وَشَرَطَ أَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ فَظَاهِرُ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فَعَلَى هَذَا أَيْضًا إنْ مَاتَ الْحَمِيلُ، أَوْ أَفْلَسَ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إلَى مُطَالَبَةِ الْغَرِيمِ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ الْغَرِيمَ كَانَ مُفْلِسًا فَآثَرَ مُطَالَبَةَ الْحَمِيلِ فَلَمَّا تَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ جِهَتِهِ رَجَعَ إلَى اتِّبَاعِ الْغَرِيمِ فِي ذِمَّتِهِ بِمَا بَقِيَ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ مَعْنَاهُ يَبْقَى حَقُّهُ ثَابِتًا عَلَى غَرِيمِهِ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْحَمِيلِ بِخِلَافِ الْحَوَالَةِ الَّتِي تُبْطِلُ حَقَّهُ بِمَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَلَا يَكُونُ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمُحِيلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَيُّ ذَلِكَ أَرَادَهُ.

[الْقَضَاءُ فِيمَنْ ابْتَاعَ ثَوْبًا وَبِهِ عَيْبٌ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّهُ إنْ أَحْدَثَ الْمُبْتَاعُ بِالثَّوْبِ حَدَثًا مِنْ تَقْطِيعٍ، أَوْ غَيْرِهِ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ دَلَّسَ الْبَائِعُ بِالْعَيْبِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ، أَوْ لَمْ يُدَلِّسْ بِهِ فَإِنْ كَانَ دَلَّسَ بِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مَا أَحْدَثَهُ فِيهِ الْمُبْتَاعُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ وَمِمَّا يُشْتَرَى غَالِبًا لَهُ، أَوْ يَحْدُثُ فِيهِ مَا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فِي تَقْطِيعِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ فِي مِثْلِهِ مِنْ الثِّيَابِ فَمَا أَحْدَثَ الْمُبْتَاعُ مِنْ هَذَا مِمَّا يَنْقُصُ الْمَبِيعَ فَلِلْمُبْتَاعِ أَنْ يَرْجِعَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يَرُدُّ مَا نَقَصَ ذَلِكَ الْمَبِيعَ، وَلَوْ قَطَعَهُ عَلَى غَيْرِ مَا جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِ ذَلِكَ الثَّوْبِ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ ثَوْبُ وَشْيٍ رَفِيعٍ فَيَقْطَعُهُ جَوَارِبَ، أَوْ رِقَاعًا فَهَذَا لَا يَرُدُّهُ عَلَى الْمُدَلِّسِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ فَاتَ بِذَلِكَ مِنْ الْفِعْلِ وَيَرْجِعُ بِمَا نَقَصَهُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ يَتَصَرَّفُ فِي الْمَبِيعِ التَّصَرُّفَ الْمُعْتَادَ فَإِذَا أَسْلَمَهُ إلَيْهِ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ مَعَ مَا دَلَّسَ لَهُ بِهِ مِنْ الْعَيْبِ فَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا يُنْقِصُ ذَلِكَ الْفِعْلَ وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ الَّذِي لَيْسَ بِمُعْتَادٍ فَلِذَلِكَ يَلْزَمُ مَنْ فَعَلَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ أَقَرَّ الْمُبْتَاعُ بِالتَّدْلِيسِ، أَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ بِأَنَّهُ كَانَ عَالِمًا بِالْعَيْبِ عِنْدَ الْمَبِيعِ فَلِلْمُبْتَاعِ رَدُّهُ وَأَخْذُ جَمِيعِ الثَّمَنِ وَهَلْ لَهُ إمْسَاكُهُ وَالرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إذَا كَانَ مِمَّا نَقَصَهُ غَيْرَ صِنَاعَةٍ كَالْقَطْعِ فَإِنْ كَانَ صِنَاعَةً كَالصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ تَسْلِيمِ صِنَاعَتِهِ وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَصْبَغَ، وَوَجْهُ مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ الْعَيْبَ الْمُفْسِدَ لَمَّا حَدَثَ أَثْبَتَ لَهُ الْخِيَارَ كَالصَّنْعَةِ وَمَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّدْلِيسِ يَسْقُطُ عَنْهُ قِيمَةُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ لِلْمُبْتَاعِ رَدُّ الْمَبِيعِ دُونَ غُرْمٍ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إمْسَاكُهُ وَالرُّجُوعُ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ إذَا لَمْ يَكُنْ

(90/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ ابْتَاعَ رَجُلٌ ثَوْبًا وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرْقٍ، أَوْ عَوَارٍ فَزَعَمَ الَّذِي بَاعَهُ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوْبَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، أَوْ صَبَغَهُ فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرْقُ أَوْ الْعَوَارُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ وَيُمْسِكُ الثَّوْبَ فَعَلَ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أَوْ الصَّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ وَيَرُدَّهُ فَعَلَ وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ، فَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ صَبْغًا يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرَ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا

لِلَّذِي بَاعَهُ الثَّوْبُ فعَلَ وَيَنْظُرُ كَمْ الثَّوْب وَفِيهِ الْخَرْقُ، أَوْ الْعَوَارُ فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصَّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوْبِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَعَلَى حِسَابِ هَذَا يَكُونُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ) .

[المنتقى]

فِيهِ غَبْنٌ فَوَّتَهُ أَصْلَ ذَلِكَ إذَا لَمْ يُحْدِثْ عِنْدَهُ عَيْبًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ ادَّعَى الْمُبْتَاعُ عَلَى الْبَائِعِ التَّدْلِيسَ وَأَنْكَرَهُ الْبَائِعُ وَادَّعَى النِّسْيَانَ وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَحْلِفُ الْبَائِعُ عَلَى مَا قَالَ وَيُخَيَّرُ الْمُبْتَاعُ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ وَقِيمَةَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ، أَوْ يُمْسِكُ الْمَبِيعَ وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَحْلِفُ الْبَائِعُ حَتَّى يُخَيَّرَ الْمُبْتَاعُ فَإِنْ اخْتَارَ الرُّجُوعَ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ لَمْ يَحْلِفْ الْبَائِعُ إذْ لَا فَائِدَةَ فِي اسْتِحْلَافِهِ؛ لِأَنَّ فِي الرُّجُوعِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ فِي التَّدْلِيسِ وَغَيْرِهِ حَالَةً وَاحِدَةً عِنْدَ مَنْ يَرَى التَّخْيِيرَ ثَابِتًا فِي التَّدْلِيسِ وَإِنْ أَرَادَ الرَّدَّ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعَ فَإِنْ حَلَفَ رَدَّ الْمُبْتَاعُ مَعَ الْمَبِيعِ قِيمَةَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ بِتَقْدِيمِ الْيَمِينِ أَنَّ التَّخْيِيرَ لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِهِ إلَّا بَعْدَ الْيَمِينِ، وَأَمَّا قَبْلَ الْيَمِينِ فَحُكْمُ التَّدْلِيسِ يُمْنَعُ عِنْدَ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا التَّخْيِيرُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فَإِذَا حَلَفَ بَطَلَ حُكْمُ التَّدْلِيسِ وَلَزِمَ الْحُكْمُ بِالتَّخْيِيرِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ التَّخْيِيرَ ثَابِتٌ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ وَلَا مَعْنَى لِلْيَمِينِ إلَّا إثْبَاتُ قِيمَةِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عَلَى الْمُبْتَاعِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الرَّدِّ فَإِذَا لَمْ يَخْتَرْ الرَّدَّ فَلَا مَعْنَى لِهَذِهِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ فِي الْإِمْسَاكِ وَالرُّجُوعِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ وَهَذَا الْقَوْلُ أُجْرِيَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي إثْبَاتِ التَّخْيِيرِ مَعَ التَّدْلِيسِ وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أُجْرِيَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَأَصْبَغَ فِي إسْقَاطِ حُكْمِ التَّخْيِيرِ مَعَ التَّدْلِيسِ، وَإِنَّمَا أَلْزَمَ الْمُدَّعِي النِّسْيَانَ الْيَمِينَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِالْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ تُثْبِتُ عَلَيْهِ مَا يُنْكِرُهُ لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ إذَا وَجَدَ بِالثَّوْبِ عَيْبًا دَلَّسَ بِهِ الْبَائِعُ بَعْدَ أَنْ أَحْدَثَ فِيهِ الْمُبْتَاعُ صَبْغًا زَادَ فِي ثَمَنِهِ فَإِنَّ الْمُبْتَاعَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَرْجِعَ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ مِنْ حُكْمِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ تَقْوِيمِهِ، أَوْ رَدِّهِ وَتَقْوِيمُهُ مَعِيبًا غَيْرَ مَصْبُوغٍ ثُمَّ يُقَوِّمُهُ تَقْوِيمًا ثَانِيًا مَصْبُوغًا فَيَكُونُ الْمُبْتَاعُ شَرِيكًا بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِي قِيمَتِهِ وَهَذَا مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَرَوَاهُ دَاوُد بْنُ سَعِيدٍ

بْنِ زُبَيْدٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ وَزَادَ فِيهَا أَنَّهُ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ وَالْبَائِعُ شَرِيكٌ بِثَمَنِ ثَوْبِهِ مَعِيبًا يُرِيدُ قِيمَتَهُ وَحُكِيَ عَنْ الشَّيْخِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ قَالَ يُعْتَبَرُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْحُكْمِ.

(فَرْقٌ) قَالَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَكُونُ شَرِيكًا بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِي قِيمَةِ الثَّوْبِ، وَقَالَ فِيمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَغَهُ وَاسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ وَأَبَى الْمُسْتَحِقُّ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ صَبْغِهِ وَأَبَى هُوَ أَنْ يُعْطِيَ الْمُسْتَحِقَّ قِيمَةَ ثَوْبِهِ أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا بِقِيمَةِ الصَّبْغِ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْحَقِّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ هَذَا بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُمْسِكَ، أَوْ يَرُدَّ فَيُشَارِكُ وَالْمُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ الثَّوْبُ مَجْبُورٌ عَلَى الْمُشَارَكَةِ فَلِذَلِكَ اخْتَلَفَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ بِالْبَيِّنِ؛ لِأَنَّ مَنْ بِيَدِهِ الثَّوْبُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُشَارَكَةِ إذَا رَضِيَ بِدَفْعِ ثَمَنِ الثَّوْبِ كَالَّذِي يَجِدُ الْعَيْبَ إذَا رَضِيَ بِإِمْضَاءِ الْبَيْعِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْمُشَارَكَةِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إنَّمَا ثَبَتَ لَهُ قِيمَةٌ فِي الشَّرِكَةِ مَا كَانَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُ الْآخَرُ بِدَفْعِ قِيمَتِهِ إلَيْهِ

(91/6)

(مَا لَا يَجُوزُ مِنْ النَّحْلِ) (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُمَا حَدَّثَاهُ «عَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ: إنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ إنِّي نَحَلْت ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالَ: لَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: فَارْتَجِعْهُ») .

[المنتقى]

فَثَبَتَتْ لَهُ تِلْكَ الْقِيمَةُ فِي الشَّرِكَةِ فَلَمَّا كَانَ فِي مَسْأَلَةِ الِاسْتِحْقَاقِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَدْفَعَ إلَى الْآخَرِ قِيمَةَ مَالِهِ وَيُخْرِجَهُ تَشَارَكَا عِنْدَ الْإِبَانَةِ بِقِيمَةِ الصَّبْغِ وَقِيمَةِ الثَّوْبِ وَلَمَّا كَانَ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ أَنْ يَدْفَعَ إلَى الْمُشْتَرِي قِيمَةَ صَبْغِهِ وَيُخْرِجَهُ عَنْهُ لَمْ تَثْبُتْ لِلصَّبْغِ قِيمَةٌ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ لَهُ قِيمَتُهُ مَعَ الثَّوْبِ وَيَكُونُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ ثَوْبِهِ؛ لِأَنَّ لِلْمُبْتَاعِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ عِوَضَهُ وَيُخْرِجَهُ عَنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الثَّوْبَ بِالْعَيْبِ نَاقِصًا عَمَّا اشْتَرَاهُ فَلَوْ شَارَكَهُ بِقِيمَةِ الصَّبْغِ وَكَانَ أَكْثَرُ مِمَّا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ لَكَانَ قَدْ رَدَّ إلَيْهِ ثَوْبَهُ نَاقِصًا بِالنَّقْصِ الَّذِي أَحْدَثَ فِيهِ بِالصَّبْغِ وَلَمْ يَرُدَّ إلَيْهِ ذَلِكَ النَّقْصَ فَلِذَلِكَ جَبَرَهُ بِالصَّبْغِ وَشَارَكَ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا لَا يَجُوزُ مِنْ النَّحْلِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إنِّي نَحَلْت ابْنِي هَذَا غُلَامًا، النَّحْلُ: الْعَطِيَّةُ وَمَعْنَى نَحَلْتُ أَعْطَيْتُ وَيُحْتَمَلُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ أَتَى بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِيَسْتَفْتِيَهُ فِي جَوَازِ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَتَى بِهِ لِيُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ وَرَدَ هَذَا مِنْ رِوَايَةِ حُصَيْنِ بْنِ عَامِرٍ عَنْ الشَّعْبِيِّ «عَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً فَقَالَتْ عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً فَأَمَرَتْنِي أَنْ أُشْهِدَك يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: أَعْطَيْتُ سَائِرَ وَلَدِك مِثْلَ هَذَا؟ قَالَ: لَا، قَالَ: اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ قَالَ فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟ اسْتِفْهَامٌ عَنْ صِفَةِ هَذَا النَّحْلِ إذْ كَانَ مِنْهُ مَا يَمْنَعُهُ الشَّرْعُ وَمِنْهُ مَا يُبِيحُهُ فَاسْتَوْصَفَهُ عَنْ صِفَتِهِ لِيَعْلَمَ أَمِنَ الْمُبَاحِ هَذَا، أَوْ مِنْ الْمَمْنُوعِ لِيُبَيِّنَ لَهُ حُكْمَ الْقِسْمَيْنِ، أَوْ لِيَأْمُرَهُ بِارْتِجَاعِ الْمَمْنُوعِ، أَوْ إمْضَاءِ الْمُبَاحِ فَلَمَّا قَالَ لَهُ بَشِيرٌ لَا، وَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يُنْحِلْ سَائِرَ بَنِيهِ عَلَى مِثْلِ مَا نَحَلَ هَذَا، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَحَلَ سَائِرَ بَنِيهِ أَقَلَّ مِمَّا نَحَلَ هَذَا، أَوْ لَمْ يَنْحَلْهُمْ شَيْئًا، أَوْ نَحَلَ بَعْضَهُمْ دُونَ بَعْضٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَارْتَجِعْهُ يُرِيدُ إبْطَالَ النَّحْلِ وَارْتِجَاعَهُ مِنْ ابْنِهِ الْمَنْحُولِ إلَى مِلْكِ النَّاحِلِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إنَّمَا جَوَّزَ ذَلِكَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمَا عُلِمَ أَنَّ الْهِبَةَ كَانَتْ هِبَةً يَجُوزُ لِلْوَاهِبِ اعْتِصَارُهَا فَلَمَّا كَانَتْ مَكْرُوهَةً غَيْرَ شَرْعِيَّةٍ وَكَانَتْ عَلَى وَجْهٍ يَجُوزُ رَدُّهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُفْتِ بِمَا تَفُوتُ بِهِ الْهِبَاتُ وَيَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ لَهَا أَمْرُهُ بِاسْتِدْرَاكِ ذَلِكَ بِرَدِّهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا تَمْنَعُهُ الشَّرِيعَةُ يُرَدُّ مَا لَمْ يَفُتْ وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مُزَيْنٍ عَنْهُ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا وَجْهًا آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَا تَصَدَّقَ بِهِ بَشِيرٌ عَلَى ابْنِهِ كَانَ جَمِيعَ مَالِهِ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ فَرَوَى ابْنُ شِهَابٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَدِيثِ الَّذِي جَاءَ فِي الَّذِي نَحَلَ ابْنَهُ عَبْدًا لَهُ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْته مِثْلَ هَذَا؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَارْتَجِعْهُ، قَالَ مَالِكٌ: إنَّ ذَلِكَ فِيمَا أَرَى لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ فَقُلْت لَهُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ أَيَرُدُّهُ قَالَ: إنَّ ذَلِكَ لَيُقَالُ وَقَدْ قَضَى بِهِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ: إنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ: وَاَللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْك وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْك، وَإِنِّي كُنْت نَحَلْتُك جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا فَلَوْ كُنْت جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَك، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاك وَأُخْتَاك فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْت يَا أَبَتِ وَاَللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْته إنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ فَمَنْ الْأُخْرَى فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ذُو بَطْنِ بِنْتِ خَارِجَةَ أُرَاهَا جَارِيَةً)

[المنتقى]

فِي الْمُزَنِيَّة.

وَقَالَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَنْ تَصَدَّقَ بِمَالِهِ كُلِّهِ عَلَى بَعْضِ وَلَدِهِ لَا أَرَاهُ جَائِزًا، وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا تَصَدَّقَ بِكُلِّ مَالِهِ وَلَمْ يَكُنْ فِيمَا أَبْقَى مِنْهُ مَا يَكْفِيهِ رُدَّتْ صَدَقَتُهُ، وَإِنْ كَانَ فِي مَالِهِ بَقِيَ مَا يَكْفِيهِ لَمْ يُرَدَّ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ كُلِّهِ فِي صِحَّتِهِ، وَقَدْ فَعَلَهُ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مَنْ تَصَدَّقَ بِمَالِهِ كُلِّهِ عَلَى بَعْضِ وَلَدِهِ أَكْرَهُهُ فَإِنْ فَعَلَ وَحِيزَتْ عَلَيْهِ لَمْ تُرَدَّ بَعْدُ.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَابْنُ الْمَوَّازِ لَا يُرَدُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ظَاهِرُ الْحَدِيثِ وَأَنَّهُ نَحَلَ بَعْضَ وَلَدِهِ فَأَمَرَهُ بِرَدِّهِ، وَقَدْ حَمَلَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى ذَلِكَ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ فَرَوَى عَنْهُ ابْنُ مُزَيْنٍ أَنَّهُ قَالَ إنَّمَا أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِاسْتِرْجَاعِهِ كَرَاهِيَةً لِتَفْضِيلِ بَعْضِ وَلَدِهِ عَلَى بَعْضٍ، فَقَالَ: ارْتَجِعْهُ وَأَهْلُ الْعِلْمِ يَرَوْنَ ذَلِكَ جَائِزًا فِي الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَفْسَخْهُ، وَإِنَّمَا نَدَبَهُ إلَى ذَلِكَ.

وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يُعْطِيَ بَعْضَ وَلَدِهِ جَمِيعَ مَالِهِ وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ وَجَوَّزَ أَنْ يُعْطِيَهُ بَعْضَ مَالِهِ وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ إذْ قَالَ لِابْنَتِهِ عَائِشَةَ: إنِّي كُنْت نَحَلْتُك جَادٌّ عِشْرِينَ وِسْقًا قَالَ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إذَا وَهَبَ الْبَعْضَ لَمْ يُوَلِّدْ ذَلِكَ عَدَاوَةً؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَقِيَ مَا يُعْطِي الْبَاقِينَ وَإِذَا أَعْطَى الْكُلَّ لَمْ يَبْقَ مَا يُعْطِي الْبَاقِينَ فَثَبَتَتْ الْأَثَرَةُ وَأَدَّى ذَلِكَ إلَى الْعَدَاوَةِ وَالْبَغْضَاءِ، قَالَ فَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ وَوَهَبَ أَحَدُهُمَا الْكُلَّ نَفَذَ، وَإِنْ كَانَ مَكْرُوهًا خِلَافًا لِأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَعِنْدِي أَنَّهُ إذَا أَعْطَى الْبَعْضَ عَلَى سَبِيلِ الْإِيثَارِ أَنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَيُعَرَّى مِنْ الْكَرَاهِيَةِ إذَا أَعْطَى الْبَعْضَ لِوَجْهٍ مَا مِنْ جِهَةٍ يُخْتَصُّ بِهَا أَحَدُهُمْ، أَوْ غَرَامَةٌ تَلْزَمُهُ، أَوْ خَيْرٌ يَظْهَرُ مِنْهُ فَيُخَصُّ بِذَلِكَ خَيْرُهُمْ عَلَى مِثْلِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فَإِذَا قُلْنَا بِالرَّدِّ فَتَأْوِيلُ الْحَدِيثِ ظَاهِرٌ وَهُوَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى، قَالَ بَعْضُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا: إنَّ الْإِنْسَانَ مَمْنُوعٌ مِنْ مَالِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ كَمَا هُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ لِحَقِّ غَيْرِهِ فَمُنِعَ مِنْ إتْلَافِهِ لِحَقِّ الْوَارِثِ وَالزَّوْجِ فَبِأَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ لِحَقِّ نَفْسِهِ أَوْلَى، وَإِنْ قُلْنَا بِإِمْضَاءِ ذَلِكَ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْحَدِيثِ رَدَّ عَطِيَّتِهِ إلَى الْعَدْلِ بَيْنَ وَلَدِهِ بِأَنْ يُعْطِيَهُمْ مِثْلَ مَا أَعْطَاهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ انْعَقَدَتْ الْعَطِيَّةُ بَعْدُ، وَإِنَّمَا أَرَادَهَا فَلَمَّا عَلِمَ بِمَا فِيهَا رَجَعَ عَنْ إمْضَائِهَا وَرَدَّ الْعَطِيَّةَ إلَى بَقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كَانَ أَعْطَاهَا ابْنَهُ عَلَى حُكْمِ الْوَصِيَّةِ فَأَمَرَهُ بِنَقْضِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كَانَ أَعْطَاهَا إيَّاهُ عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ مِمَّا كَانَ يَلْزَمُهُ مِنْ النَّفَقَةِ عَلَيْهِ لِمُدَّةٍ مَا وَلَمْ يُعْطِ سَائِرَ وَلَدِهِ مِثْلَ ذَلِكَ لِذَلِكَ الْوَجْهِ وَلَا لِغَيْرِهِ إيثَارًا لَهُ عَلَيْهِمْ فَلَمَّا أَمَرَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمْ رَدَّ ذَلِكَ الْبَيْعَ وَرَأَى فِي رَدِّهِ السَّدَادَ لِابْنِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَيُّ ذَلِكَ كَانَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْهِبَةُ لَمْ تَبْقَ بِيَدِهِ مَا يُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا عَلَى وَلَدِهِ وَلَعَلَّهُ بَعْدُ كَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَاتٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ فَيَمْنَعُ ذَلِكَ الْعَدْلَ بَيْنَهُمْ.

(ش) : قَوْلُهَا: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ الْحَدِيثُ يَقْتَضِي أَنَّهُ خَصَّهَا بِالنِّحْلَةِ دُونَ سَائِرِ أَخَوَاتِهَا وَرَأَى ذَلِكَ جَائِزًا لَهُ، وَإِنْ كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَدْ قَالَ لِبَشِيرٍ فِي مَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ النُّعْمَانِ أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْته مِثْلَ هَذَا قَالَ لَا قَالَ أَرْجِعْهُ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو بَكْرٍ تَأَوَّلَ

(93/6)

. . . .

[المنتقى]

فِي حَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ بَعْضَ الْوُجُوهِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا فِي تَفْسِيرِهِ، وَأَنَّ نِحْلَتَهُ لِعَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لَمْ تَكُنْ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا كَانَ لِفَضْلِ عَائِشَةَ عَلَى سَائِرِ إخْوَتِهَا، وَلِذَلِكَ قَالَ لَهَا لَيْسَ أَحَدٌ أَحَبُّ إلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْك وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ فَيَبَرُّهُ بَعْضُهُمْ فَيُرِيدُ أَنْ يُعْطِيَهُ عَطِيَّةً مِنْ مَالِهِ دُونَ غَيْرِهِ لَا بَأْسَ بِذَلِك.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ الْغَابَةُ مَوْضِعٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي صِحَّةَ الْهِبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهَا قَبْضٌ، وَإِنَّمَا تَنْعَقِدُ الْهِبَةُ

وَالصَّدَقَةُ بِقَوْلِ الْوَاهِبِ قَدْ وَهَبْته لَك وَفِي الصَّدَقَةِ قَدْ تَصَدَّقْت بِهِ عَلَيْك وَقَوْلُ الْمَوْهُوبِ لَهُ، أَوْ الْمُتَصَدّقُ عَلَيْهِ قَدْ قَبِلْت وَأَنْ يُؤَخِّرَ الْقَبْضَ فَيَلْزَمُ وَيُجْبَرُ الْوَاهِبُ وَالْمُتَصَدِّقُ عَلَى التَّسْلِيمِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيّ فِي قَوْلِهِمَا لَا تَنْعَقِدُ الْهِبَةُ إلَّا بِالْقَبْضِ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1] وَمِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ الْعُقُودِ فَلَمْ يَفْتَقِرْ انْعِقَادُهُ إلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ يَا بُنَيَّةُ وَاَللَّهِ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَبُّ إلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْك يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا مَرِضَ مَرَضَهُ الَّذِي تُوُفِّيَ مِنْهُ وَأَحَسَّ مِنْ أَسْبَابِ الْمَوْتِ مَا تَيَقَّنَ بِهِ الْوَفَاةَ قَالَ لَهَا الْقَوْلَ الْمُتَقَدِّمَ عَلَى سَبِيلِ التَّأْنِيسِ لَهَا وَالْإِعْلَامِ لَهَا بِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ إمْضَاءِ هِبَتِهِ لَهَا عَدَمُ إشْفَاقِهِ عَلَيْهَا وَمَحَبَّتِهِ لَهَا وَإِنَّمَا يَمْنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا وَقَوْلُهُ أَحَبُّ غِنًى بَعْدِي مِنْك يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ " بَعْدِي " مِمَّنْ يَخْلُفُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ فِي حَيَاتِهِ وَيَكُونُ مَعْنَى " بَعْدِي " غَيْرِي.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ جِدَادُ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ تَمْرِ نَخْلِهِ إذَا جُدَّ، وَقَالَ ثَابِتٌ قَوْلُهُ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا يَعْنِي أَنَّ ذَلِكَ يَجِدُّ مِنْهَا وَيَصْرُمُ قَالَ الْأَصْمَعِيُّ يُقَالُ هَذِهِ أَرْضُ جَادِّ مِائَةِ وَسْقٍ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ يُجَدُّ مِنْهَا فَعَلَى تَفْسِيرِ عِيسَى قَوْلُهُ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا صِفَةٌ لِلثَّمَرَةِ الْمَوْهُوبَةِ فَتَقْدِيرُهُ وَهَبَهَا عِشْرِينَ وَسْقًا مَجْدُودَةً وَعَلَى تَفْسِيرِ ثَابِتٍ قَوْلُهُ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا صِفَةٌ لِلنَّخْلِ الَّتِي وَهَبَ ثَمَرَتَهَا فَمَعْنَاهُ وَهَبَهَا ثَمَرَةَ نَخْلٍ يَجِدُّ مِنْهَا عِشْرُونَ وَسْقًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَوْ كُنْت جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ لَكَانَ لَك، يَقْتَضِي أَنَّ الْحِيَازَةَ وَالْقَبْضَ شَرْطٌ فِي تَمَامِ الْهِبَةِ وَأَنَّهَا لَمَّا لَمْ تَحُزْ مَا وَهَبَهَا فِي صِحَّتِهِ لَمْ تَتِمَّ الْهِبَةُ فَإِنْ كَانَتْ هِبَةُ الثَّمَرَةِ عَلَى الْكَيْلِ فَإِنَّ الْحِيَازَةَ لَا تَكُونُ فِيهَا إلَّا بِالْكَيْلِ بَعْدَ الْجَدِّ، وَلِذَلِكَ قَالَ لَهَا لَوْ كُنْت جَدَدْتِيهِ وَحُزْتِيهِ، وَإِنْ كَانَ وَهَبَهَا ثَمَرَةَ نَخْلٍ مُعَيَّنَةٍ فَالْحِيَازَةُ فِيهَا عَلَى مَا يَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيمَنْ تَصَدَّقَ بِشَيْءٍ فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَرِضَ فَقَامَ الْمُعْطِي يَطْلُبُهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِيهِ اخْتِلَافٌ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ قَبْضَهُ الْآنَ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ وَارِثٍ وَاحْتَجَّ بِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ لَمْ يُعْطِ ذَلِكَ عَائِشَةَ لَمَّا مَرِضَ، وَقَالَ أَشْهَبُ يُقْضَى لَهُ الْآنَ بِثُلُثِهَا، وَإِنْ صَحَّ لَهُ بِبَاقِيهَا وَلَا أَرَى قَوْلَ مَنْ

قَالَ تَجُوزُ كُلُّهَا مِنْ الثُّلُثِ وَلَا قَوْلَ مَنْ أَبْطَلَ جَمِيعَهَا.
وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمَرَضَ يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ الْمَوْتِ وَيَمْنَعُ الْمَوْتُ الْحِيَازَةَ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى إبْطَالِ حَقِّ الْوَرَثَةِ فَيَتَصَدَّقُ الرَّجُلُ بِمَالِهِ وَيَبْقَى بِيَدِهِ إذَا تُوُفِّيَ أَخَذَ جَمِيعَهُ الْمُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ فَمَنَعَ ذَلِكَ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ مِنْ الْمَوَارِيثِ فَوَجَبَ أَنْ يُبْطِلَ وَلَمَّا كَانَ الْمَرَضُ مِنْ أَسْبَابِ الْمَوْتِ وَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ الْحِيَازَةَ كَمَا يَمْنَعُهَا الْمَوْتُ، وَفِي ذَلِكَ بَابَانِ:
أَحَدُهُمَا: مَا يَكُونُ حِيَازَةً، وَالثَّانِي: مَا يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ، فَأَمَّا الْحِيَازَةُ فَلَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ الْهِبَةُ حَاضِرَةً مَعَ الْمَوْهُوبِ لَهُ، أَوْ غَائِبَةً عَنْهُ فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالْأَرَضِينَ وَالْأُصُولِ الثَّابِتَةِ، أَوْ يَكُونُ مِمَّا يُنْقَلُ كَالْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالْأَرَضِينَ فَإِنَّهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مِنْ الْأَرْضِ الَّتِي لَا عَمَلَ فِيهَا

(94/6)

. . . .

[المنتقى]

وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مِنْ أَرْضِ الْمُزَارَعَةِ وَالْعَمَلِ فَأَمَّا الضَّرْبُ الْأَوَّلُ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ الْإِشْهَادُ فِيمَا لَا يَعْمَلُ فِيهِ حِيَازَةً فَكَالدَّيْنِ وَالشَّيْءِ الْمُهْمَلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا عَطِيَّةٌ كَمُلَ فِيهَا الْعَقْدُ اللَّازِمُ وَلَيْسَتْ فِي يَدِ الْمُعْطِي وَلَا فِيمَا يَنُوبُ عَنْ يَدِهِ فَلَمْ تَفْتَقِرْ إلَى مُبَاشَرَةِ الْقَبْضِ كَالدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا إنْ كَانَتْ مِنْ أَرْضِ الزِّرَاعَةِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الْهِبَةُ فِي غَيْرِ إبَّانِ الْعَمَلِ، أَوْ فِي إبَّانِ الْعَمَلِ فَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ إبَّانِ الْعَمَلِ أَجْزَأَ مِنْهَا أَنْ تَكُونَ مَحْدُودَةً وَفِي كِتَابِ الْهِبَةِ وَيَشْهَدُ بِتَسْلِيمِهَا إلَيْهِ وَأَتَمُّ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَقِفَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى حُدُودِهَا وَيُشْهِدُ مَعَ ذَلِكَ عَلَى قَبْضِهَا قَالَ ذَلِكَ مُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ.
وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى امْرَأَتِهِ بِمَزْرَعَةٍ فِي آخِرِ أَيَّامِ الْحَرْثِ وَأَشْهَدَ عَلَى الْحِيَازَةِ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ بِنَحْوِ شَهْرٍ وَلَمْ تُحْدِثْ الْمَرْأَةُ فِيهَا حَدَثًا وَلَا غَيْرَهُ إنْ كَانَ لَهَا عُذْرٌ بَيِّنٌ مِثْلَ أَنْ يَفْجَأَ مَوْتُهُ قَبْلَ أَنْ يُمْكِنَهَا عَمَلٌ، أَوْ إجْنَاءُ شَجَرٍ، أَوْ إحْيَاءٌ، أَوْ غَرْسٌ، أَوْ إصْلَاحٌ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ

فَالصَّدَقَةُ مَاضِيَةٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فِيهَا غَيْرَ هَذَا مِنْ الْحِيَازَةِ فَأَشْبَهَتْ مَا لَا يَعْمُرُ مِنْ الْأَرْضِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إنَّمَا يَكُونُ حِيَازَةً فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأَرْضِ إذَا فَاتَتْ حِيَازَتُهَا الْمُخْتَصَّةُ بِهَا بِمَوْتِ الْوَارِثِ، أَوْ مَرَضِهِ مَرَضَ الْمَوْتِ فَأَمَّا إنْ بَقِيَ الْوَاهِبُ حَتَّى يَجِيءَ وَقْتُ عَمَلِهَا فَلَمْ يَعْمَلْهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ وَلَا تَعَرَّضَ لِعَمَلِهَا حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ فَإِنَّ الْهِبَةَ تَبْطُلُ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ فَإِنَّ الْحِيَازَةَ لَهُ بِالْعَمَلِ فِيهِ إذَا أَمْكَنَ بِالْحِيَازَةِ فِي أَرْضِ الْعَمَلِ فِيهَا فِي إبَّانِهَا فَإِذَا جَاءَ إبَّانَ عَمَلِهَا وَتَرَكَ الْمَوْهُوبُ لَهُ الْعَمَلَ فِيهَا فَقَدْ تَرَكَ حِيَازَتَهَا.

(فَرْعٌ) فَإِنْ تَعَرَّضَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْعَمَلِ فَمَنَعَهُ الْوَاهِبُ لَمْ يُبْطِلْ ذَلِكَ الْحِيَازَةَ قَالَهُ أَصْبَغُ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَمْكَنَهُ مِنْ الْحِيَازَةِ التَّعَرُّضُ لِلْعَمَلِ، وَقَدْ وُجِدَ مِنْهُ فَإِذَا مَنَعَ مِنْ الْعَمَلِ مَانِعٌ بِيَدٍ غَالِبَةٍ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ إلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ الطَّلَبِ وَالسَّعْيِ فِي التَّمَكُّنِ مِنْ الْعَمَلِ عَلَى حَالَةٍ يُعْلَمُ بِهَا أَنَّهُ غَيْرُ تَارِكٍ لِلْعَمَلِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ مَنَعَهُ مِنْ الْعَمَلِ ضَعْفٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا عَنْ الْبَقَرِ وَالْآلَةِ مَعَ التَّمَكُّنِ مِنْ أَنْ يُكْرِيَ، أَوْ يُسَاقِيَ أَوْ يُرْفِقَ غَيْرَهُ، أَوْ يَكُونَ عَجَزَ عَنْ وُجُوهِ الْعَمَلِ كُلِّهَا فَإِنْ كَانَ لِضَعْفٍ فِي الْآلَةِ مَعَ التَّمَكُّنِ مِنْ الْعَمَلِ بِالْكِرَاءِ وَالِاكْتِرَاءِ، أَوْ الْمُسَاقَاةِ، أَوْ الْإِرْفَاقِ وَإِحْيَاءِ الشَّجَرِ فَالصَّدَقَةُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَأَمَّا إنْ عَجَزَ عَنْ الْعِمَارَةِ بِكُلِّ وَجْهٍ وَتَعَرَّضَ لَهَا بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ الْمَذْكُورَةِ فَلَمْ يَصِلْ إلَيْهَا فَإِنَّ الصَّدَقَةَ مَاضِيَةٌ وَالْإِشْهَادُ يُجْزِي فِي هَذَا الْحَوْزِ، وَلَوْ أَقَامَتْ أَعْوَامًا وَالْمَوْهُوبُ لَهُ يَعْرِضُهَا عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ فَلَا يَجِدُ مَعَ الِاجْتِهَادِ فِي ذَلِكَ فَالْحِيَازَةُ بِالْإِشْهَادِ تَامَّةٌ رَوَى مَعْنَى ذَلِكَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَزَادَ مَا لَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا الْمُتَصَدِّقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وَهَبَهُ نَخْلًا هِبَةً مُطْلَقَةً وَفِيهَا ثَمَرٌ قَدْ أُبِّرَ فَالثَّمَرَةُ لِلْوَاهِبِ كَالْبَيْعِ وَجَوَّزَ الْمَوْهُوبُ لَهُ قَبْضَ النَّخْلِ وَالسَّقْيِ فِي مَالِ الْوَاهِبِ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَثْنَى ثَمَرَتَهَا عَشْرَ سِنِينَ، وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِ الْوَاهِبِ يَسْقِيهَا الْعَشْرَ سِنِينَ فَقَدْ وَهَبَهَا بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، أَوْ لَحِقَهُ دَيْنٌ بَطَلَتْ الْهِبَةُ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي تَمَامِ الْهِبَةِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَتْ الْهِبَةُ، وَإِنْ أَسْلَمَ إلَيْهِ النَّخْلَ يَعْمُرُهَا الْمُعْطِي وَتَكُونُ الثَّمَرَةُ لِلْمُعْطَى صَحَّ الْقَبْضُ وَكَمُلَتْ الْهِبَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَهَبَ مَا فِي بُطُونِ غَنَمِهِ، أَوْ أَمَتِهِ فَحَازَ الْمُعْطَى الْأُمَّهَاتِ حَتَّى تَضَعَ فَتِلْكَ حِيَازَةٌ تَامَّةٌ كَالنَّخْلِ يَهَبُهُ الثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ فَيَحُوزُ الرِّقَابَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ صُوفُ الْغَنَمِ وَلَبَنُهَا، قَالَ أَصْبَغُ: وَإِنْ

حَازَهَا الْمُعْطَى فَذَلِكَ نَافِذٌ وَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْطَى، أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهَا فِي دَيْنِ الْمَيِّتِ وَلَا إدْخَالُهَا فِي الْقِسْمِ حَتَّى تَضَعَ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ فِي الصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالثَّمَرَةِ، قَالَ: وَأَمَّا الْأَجِنَّةُ فَلَا تَتِمُّ الْحِيَازَةُ فِيهَا إلَّا بَعْدَ الْوِلَادَةِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِيهِ لَا يَجُوزُ قَبْلَ الْوِلَادَةِ، وَقَدْ تُبَاعُ أَمَةٌ قَبْلَ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ الْمُسْتَحْدَثِ بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَالزَّرْعِ فَإِنَّ الثَّمَرَ يُرْهَنُ وَلَا يُرْهَنُ

(95/6)

. . . .

[المنتقى]

الْجَنِينُ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ نَمَاءٌ حَادِثٌ فِي الْعَيْنِ يَنْفَصِلُ مِنْهُ فَكَمُلَتْ الْعَطِيَّةُ فِيهِ بِقَبْضِ الْأَصْلِ كَالصُّوفِ وَالثَّمَرَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَى مِنْ الْهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى السِّرَايَةِ فَإِذَا لَمْ يَتَعَجَّلْ الْعِتْقَ فِي الْجَنِينِ قَبْلَ الْوِلَادَةِ فَبِأَنْ لَا تَتَعَجَّلَ فِيهِ الْهِبَةُ أَوْلَى وَأَحْرَى وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الَّذِي يَهَبُ لِلرَّجُلِ مَا تَلِدُ جَارِيَتُهُ عِشْرِينَ سَنَةً أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إذَا قَبَضَ الْجَارِيَةَ، أَوْ وَضَعَتْ لَهُ عَلَى يَدِ حَائِزٍ لَهُ كَالنَّخْلِ يَهَبُ ثَمَرَتَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا هِبَةُ ثَمَرِ النَّخْلِ فَتَجُوزُ قَبْلَ الْإِبَارِ وَبَعْدَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ هِبَةَ الثَّمَرَةِ تَجُوزُ عَلَى كُلِّ حَالٍ مِنْ أَحْوَالِ الثَّمَرَةِ بَعْدَ وُجُودِهَا وَقَبْلَهُ وَكَذَلِكَ الْحِيَازَةُ إذَا أَسْلَمَ الرَّقَبَةَ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ فِي الَّذِي يَهَبُ ثَمَرَةَ نَخْلِهِ عِشْرِينَ سَنَةً أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إنْ حَازَ الْمَوْهُوبُ لَهُ النَّخْلَ، أَوْ جُعِلَتْ عَلَى يَدِ مَنْ يَحُوزُهَا لَهُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ يَجُوزُ أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَ نَخْلِهِ عِشْرِينَ سَنَةً إذَا حَازَ الْمَوْهُوبُ لَهُ النَّخْلَ، أَوْ حِيزَتْ لَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَبْضَ النَّخْلِ أَكْثَرَ مَا يُمْكِنُ مِنْ حِيَازَتِهَا وَلَيْسَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ تَسْلِيمِهَا.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَتْ الْعَطِيَّةُ عَلَى وَجْهِ الْعَرِيَّةِ لَا يُحَاوِلُ الْمُعَرَّى عَمَلَهَا وَلَا الِانْفِرَادُ بِهَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ فِي الْعَرِيَّةِ لَا يَصِحُّ حِيَازَتُهَا إلَّا بِاجْتِمَاعِ أَمْرَيْنِ أَنْ يَطْلُعَ فِيهَا ثَمَرُهُ وَيَقْبِضُهَا الْمُعَرَّى فَإِنْ عَدِمَ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ قَبْلَ مَوْتِ الْمُعَرَّى بَطَلَ الْإِعْرَاءِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ تَجُوزُ الْحِيَازَةُ بِوُجُودِ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: الْإِبَارُ أَوْ تَسْلِيمُ الْعَطِيَّةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمُعَرَّى إنَّمَا أَعْطَى الثَّمَرَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ عَطَاءً مُؤَجَّلًا لَا يَقْتَضِي إخْرَاجَ الْأَصْلِ عَنْ يَدِهِ وَلَا قَبْضَ الثَّمَرَةِ إلَّا بَعْدَ بُدُوِّ

الصَّلَاحِ، وَلِذَلِكَ كَانَ الْعَمَلُ عَلَى الْمُعَرَّى وَلَا يُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ الرِّقَابِ لِتَصِحَّ الْحِيَازَةُ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ لَمْ تَكُنْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَإِنْ سَلَّمَهَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ إلَى الْمُعَرَّى صَحَّتْ الْحِيَازَةُ بَعْدَ أَنْ تَظْهَرَ الثَّمَرَةُ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَضَمَّنْ عَطِيَّةً قَبْلَ وُجُودِهَا فَإِذَا وُجِدَتْ وَتَبَرَّعَ بِالتَّسْلِيمِ صَحَّتْ الْحِيَازَةُ، وَكَمُلَتْ الْعَطِيَّةُ وَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ الْإِبَارُ؛ لِأَنَّهُ بِهِ تَظْهَرُ الثَّمَرَةُ وَدُخُولُهُ وَخُرُوجُهُ عِنْدِي حِيَازَةٌ فَالْخِلَافُ بَيْنَ أَشْهَبَ وَابْنِ حَبِيبٍ فِي فَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ عَدَمَ التَّأْبِيرِ عِنْدَ أَشْهَبَ يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ وَعِنْدَ ابْنِ حَبِيبٍ لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ الْحِيَازَةَ مَعَ ظُهُورِ الطَّلْعِ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ نَفْسِ الثَّمَرَةِ، وَإِنَّمَا هَذِهِ حَالَةٌ مِنْ أَحْوَالِهَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ ابْنَ حَبِيبٍ يُرَاعِي مَعَ كَوْنِ الثَّمَرَةِ عَلَى صِفَةٍ يَصِحُّ حِيَازَتُهَا أَنْ يُوجَدَ قَبْضُهَا لِقَبْضِ الْأَصْلِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ أَشْهَبُ غَيْرَ أَنَّهُ قَدْ احْتَجَّ لِصِحَّةِ ذَلِكَ بِأَنْ قَالَ إنَّ دُخُولَ الْمُعْطَى وَخُرُوجَهُ حِيَازَةٌ فَرَجَعَ الْأَمْرُ إلَى أَنَّ هُنَالِكَ نَوْعًا مِنْ الْقَبْضِ بِهِ تَكُونُ الْحِيَازَةُ وَظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ أَيْضًا أَنَّهَا تَقْتَضِي حِيَازَةً فَيُحْتَمَلُ أَنْ تَجْتَزِئَ فِي ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ أَشْهَبُ مِنْ الْحِيَازَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يُنَفِّذَ ذَلِكَ لِلْمُعَرَّى إلَّا بِقَبْضِ الثَّمَرَةِ مَعَ الْأَصْلِ فِي حِيَازَةِ الْمُعَرَّى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ مِنْ الدُّورِ فَلَا تَخْلُو الدَّارُ أَنْ يَكُونَ الْوَاهِبُ يَسْكُنُهَا، أَوْ لَا يَسْكُنُهَا فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يَسْكُنُهَا فَلَا تَصِحُّ فِيهَا حِيَازَةٌ إلَّا بِإِخْلَاءِ الْوَاهِبِ لَهَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ سُكْنَاهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ ذَاتَ مَنَازِلَ يُسْكَنُ فِي بَعْضِهَا حِيزَتْ كُلُّهَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَزَيْدًا صَاحِبَيْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَبَسَا دَارَيْنِ لَهُمَا فَسَكَنَا فِيهَا حَتَّى مَاتَا وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ جُلَّهُمَا فَحَازَا مَا سَكَنَا وَمَا لَمْ يَسْكُنَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَوْ كَانَتْ دُورًا فَسَكَنَ وَاحِدَةً مِنْهَا لَيْسَتْ جُلَّهُمَا وَهِيَ تَبَعٌ حَازَ مِنْهَا مَا سُكِنَ وَمَا لَمْ يُسْكَنْ سَوَاءٌ كَانَ الْمُحْبَسُ عَلَيْهِ صَغِيرًا فِي حِجْرِهِ، أَوْ كَبِيرًا حَائِزًا لِنَفْسِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَقِيَ فِيهَا بِاكْتِرَاءٍ، أَوْ إرْفَاقٍ، أَوْ إعْمَارٍ، أَوْ أَيِّ وَجْهٍ كَانَ فَإِنَّ عِيسَى رَوَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ ذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْحِيَازَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِيهَا قَبْضٌ وَلَا حِيَازَةٌ مَعَ سُكْنَى الْوَاهِبِ لَهَا إلَّا أَنْ تَكُونَ الْوَاهِبَةُ زَوْجَةَ الْمَوْهُوبِ لَهُ فَيَتَمَادَى عَلَى السُّكْنَى مَعَهَا فِيهَا رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا

يَمْنَعُ صِحَّةَ الْحِيَازَةِ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ الْوَاهِبُ لِلزَّوْجَةِ فَيَتَمَادَى عَلَى السُّكْنَى مَعَهَا فِيهَا لَمَنَعَ ذَلِكَ صِحَّةُ الْحِيَازَةِ؛ لِأَنَّ سُكْنَاهَا عَلَى الزَّوْجِ

(96/6)

. . . .

[المنتقى]

دُونَ الزَّوْجَةِ فَسُكْنَى الزَّوْجَةِ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِ لَيْسَ بِيَدٍ لَهَا، وَإِنَّمَا الْيَدُ لِلزَّوْجِ فِي الْمَسْكَنِ فَلِذَلِكَ صَحَّ أَنْ يَحُوزَهَا الزَّوْجُ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجَةِ فِيهَا وَلَمْ يَصِحَّ أَنْ تَحُوزَهَا الزَّوْجَةُ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِ فِيهَا وَمِثْلُ هَذَا أَنْ يَخَافَ الْوَاهِبُ فَيَخْتَفِي عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ فِي تِلْكَ الدَّارِ، أَوْ يُضَيِّفُهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ فَيَمْرَضُ فِيهَا وَيَمُوتُ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ الْحِيَازَةَ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ حِيَازَةِ الْمُعْطَى بِيَوْمٍ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِسُكْنَى فِي الْحَقِيقَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ رَجَعَ إلَيْهَا عَلَى وَجْهِ السُّكْنَى بِاكْتِرَاءٍ، أَوْ إرْفَاقٍ فَإِنْ كَانَ رَجَعَ إلَيْهَا بَعْدَ الْمُدَّةِ الْقَرِيبَةِ مِمَّا يَرَى أَنَّهُ قَصَدَ إلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهُ مِنْهَا فَاتَّفَقَ أَصْحَابُنَا عَلَى إبْطَالِ الصَّدَقَةِ، وَأَمَّا بَعْدَ طُولِ الْمُدَّةِ فَالَّذِي رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ إذَا سَكَنَهَا بَعْدَ أَنْ حَازَهَا الْمُعْطَى السَّنَةَ فَأَكْثَرَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ الْهِبَةَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إذَا رَجَعَ إلَيْهَا الْمُعْطَى بِاكْتِرَاءٍ، أَوْ إسْكَانٍ بَعْدَ حِيَازَةِ الْمُعْطَى الْمُدَّةَ الطَّوِيلَةَ وَمَاتَ فِيهَا فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تَبْطُلُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُعْطَى إذَا كَانَ مَالِكٌ أَمْرَهُ وَحَازَ لِنَفْسِهِ حِيَازَةً بَيِّنَةً تَبْعُدُ فِيهِ التُّهْمَةُ فَقَدْ صَحَّتْ الْهِبَةُ وَكَمُلَتْ فَلَا يَضُرُّهَا مَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ سُكْنَى الْمُعْطَى، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ رُجُوعَ الْوَاهِبِ فِيمَا وَهَبَ مِمَّا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ السُّكْنَى وَمَوْتُهُ فِيهَا عَلَى ذَلِكَ يُبْطِلُ الْحِيَازَةَ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ صَغِيرًا، وَأَمَّا إنْ كَانَ الِابْنُ صَغِيرًا فَحَازَ عَلَيْهِ الْأَبُ، أَوْ غَيْرُهُ ثُمَّ رَجَعَ الْأَبُ إلَيْهَا قَبْلَ أَنْ يَكْبُرُوا وَيَحُوزُونَ لِأَنْفُسِهِمْ سَنَةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَخْتَلِفُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَبِيرَ الْحَائِزَ لِنَفْسِهِ يَقْدِرُ عَلَى مَنْعِ الْأَبِ الْوَاهِبِ مِنْ ذَلِكَ فَلَا يُعَدُّ رُجُوعُهُ إلَيْهَا رُجُوعًا فِي هِبَتِهِ وَالصَّغِيرُ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ وَلَيْسَتْ حِيَازَةُ الْأَبِ حِيَازَةً تَامَّةً؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَطْرَأُ الْفَسَادُ فَلِذَلِكَ تَبْطُلُ الْهِبَةُ بِرُجُوعِ الْأَبِ إلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا إنْ كَانَ لَا يَسْكُنُهَا الْوَاهِبُ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَرَضِينَ غَيْرَ أَنَّهَا تَخْتَصُّ بِالْغَلْقِ وَالْقَفْلِ عَلَيْهَا فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الْحَائِزُ فِيهَا فَهُوَ تَمَامُ الْحِيَازَةِ لَهَا.

وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى رَجُلٍ بِدَارٍ فَدَفَعَ مِفْتَاحَهَا إلَيْهِ وَبَرِئَ مِنْهَا أَنَّ تِلْكَ حِيَازَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا الْمُعْطَى وَلَا أَسْكَنَهَا، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا عَلَى أَنَّ حِيَازَةَ الْأَبِ الْوَاهِبِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ فِيهَا بِالْإِشْهَادِ خَاصَّةً، وَذَلِكَ عِنْدِي بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنْ السُّكْنَى بِالِاكْتِرَاءِ أَوْ الِانْتِفَاعِ الدَّائِمِ بِهَا، وَلَوْ كَانَتْ مُهْمَلَةً غَيْرَ مُغْلَقَةٍ وَلَا يُنْتَفَعُ بِهَا فِي كِرَاءٍ وَلَا غَيْرِهِ لَرَأَيْت أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْأَرْضِ الَّتِي لَمْ تُزْرَعْ فِي إبَّانِ زِرَاعَتِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ وَكُلُّ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فَإِنَّ الْحِيَازَةَ فِيهِ بِأَنْ يَقْبِضَهُ الْمُعْطَى وَيُخْرِجَهُ عَنْ يَدِ الْمُعْطِي وَانْتِفَاعِهِ بِهِ فَإِنْ كَانَ ثَوْبًا مُنِعَ الْمُعْطِي مِنْ لُبْسِهِ وَانْفَرَدَ الْمُعْطَى بِلُبْسِهِ وَإِمْسَاكِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ الْمَتَاعِ الَّذِي يُسْتَعْمَلُ وَالرَّقِيقِ الَّذِي يُسْتَخْدَمُ فَقَبْضُهُ أَنْ يُمْنَعَ الْمُعْطِي مِنْ اسْتِعْمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ يَنْفَرِدُ بِهِ، وَلَوْ وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الْآخَرَ خَادِمًا، أَوْ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى امْرَأَتِهِ بِخَادِمٍ وَهِيَ مَعَهُ فِي الْبَيْتِ تَخْدُمُهَا بِحَالِ مَا كَانَتْ فَذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ مَتَاعُ الْبَيْتِ وَبِهِ أَقُولُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْكِتَابَيْنِ إذَا أَشْهَدَ لَهَا بِهَذِهِ الْخَادِمِ فَتَكُونُ عِنْدَهَا كَمَا كَانَتْ فِي خِدْمَتِهَا فَهَذَا إلَى الضَّعْفِ وَمَا هُوَ بِالْبَيِّنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَتْهُ هِيَ خَادِمَهَا وَمَتَاعًا فِي الْبَيْتِ فَأَقَامَ ذَلِكَ عَلَى حَالِهِ بِأَيْدِيهِمَا فَهُوَ ضَعِيفٌ، وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمُعْطَى يَصِحُّ مِنْهُ الْقَبْضُ لِلْخَادِمِ وَالْمَتَاعِ وَالْحِيَازَةُ لِمَا كَانَ لَهُ حَظٌّ مِنْ الْيَدِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ وَتَصَرُّفُهُ فِيمَا لَا يَلْزَمُ الْمُعْطَى بِخِلَافِ الدَّارِ إنْ سَكَنَتْ الزَّوْجَةُ فِيهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَلْزَمُ الزَّوْجَ إسْكَانُهَا عَلَيْهِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ أَشْهَبَ أَنَّ الْهِبَةَ عَلَى الصُّورَةِ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهَا قَبْلَ الْعَطِيَّةِ فَلَا يَصِحُّ فِيهَا حِيَازَةٌ إلَّا بِتَغَيُّرِهَا عَمَّا كَانَتْ عَلَيْهِ بِالنَّقْلِ إلَى مَا يَنْفَرِدُ بِهِ الْمُعْطَى

(97/6)

. . . .

———

[المنتقى]

وَخُرُوجِهَا عَنْ يَدِ الْمُعْطِي.

(فَرْعٌ) وَهَذَا فِيمَا يُسْتَعْمَلُ غَالِبًا عَلَى الْوَجْهِ مِنْ الِاسْتِخْدَامِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَأَمَّا مَا يُسْتَعْمَلُ مُنْفَرِدًا كَالْعَبْدِ يُخَارَجُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي امْرَأَةٍ نَحَلَتْ ابْنًا لَهَا صَغِيرًا عَبْدَهَا، وَلَهُ مَالٌ فَلَمْ يَحُزْهُ الْأَبُ وَلَا الْوَلَدُ حَتَّى مَاتَتْ الْأُمُّ إنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ، فَأَمَّا الْغُلَامُ الَّذِي هُوَ لِلْخَرَاجِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ يَجُوزُ لِلصَّبِيِّ، وَأَمَّا الْغُلَامُ الَّذِي إنَّمَا هُوَ لِلْخِدْمَةِ فَيَخْدُمُهُ يَخْتَلِفُ مَعَهُ وَيَقُومُ فِي حَوَائِجِهِ فَإِنَّهُ حَوْزٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ غَلَّ أَبُوهُ الْغُلَامَ وَهُوَ مَعَ أَبِيهِ لَكَانَ اخْتِلَافُهُ مَعَهُ وَخِدْمَتُهُ لَهُ حَوْزًا قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَإِنْ خَدَمَ الْأَبَ مَعَ الْغُلَامِ إلَى أَنْ مَاتَ الْأَبُ فَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى أُمِّ وَلَدِهِ بِخَادِمٍ وَابْنُهُ مِمَّا يَكُونُ مَعَهَا فِي الْبَيْتِ فَالْإِشْهَادُ فِي كُلِّ ذَلِكَ حَوْزٌ، وَأَمَّا الْعَبْدُ يُخَارَجُ وَالدَّارُ تُسْكَنُ وَالشَّجَرُ وَمَا هُوَ بَائِنٌ عَنْهُمَا فَلَا بُدَّ أَنْ يَحُوزَهُ فَيَأْخُذَ الْخَرَاجَ مِنْ الْعَبْدِ وَيَخْرُجَ السَّيِّدُ مِنْ الدَّارِ وَيُجْنَى الشَّجَرُ وَنَحْوُ هَذَا وَأَمَّا الْعُرُوض فَبِالْقَبْضِ وَاللِّبَاسِ وَالْعَارِيَّةِ وَنَحْوِ هَذَا حَوْزُهَا وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهَا، وَقَالَ أَصْبَغُ الْإِشْهَادُ حَوْزٌ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي يَدِهَا، وَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ اللِّبَاسَ وَلَا الْعَارِيَّةَ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا مَا وَهَبَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ أَصْبَغَ إنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِبَقَرٍ وَغَنَمٍ وَعَبِيدٍ فَاحْتَلَبَ الْغَنَمَ وَاعْتَمَلَ الْبَقَرَ وَاسْتَخْدَمَ الْعَبِيدَ أَمْرًا خَفِيفًا، أَوْ أَمْرًا مَمْزُوجًا مَرَّةً لِلضَّيْفِ وَمَرَّةً لِلِابْنِ وَمَرَّةً لَهُمَا فَذَلِكَ جَائِزٌ وَيَكُونُ حِيَازَةً وَصَدَقَةً تَامَّةً.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْهِبَةُ حَاضِرَةً بِيَدِهِ وَالْمُعْطَى حَاضِرًا فَإِنْ كَانَ الْمُعْطِي وَالْمُعْطَى غَائِبَيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا غَائِبًا فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الْهِبَةُ بِيَدِ الْمُعْطَى، أَوْ فِي يَدِ غَيْرِهِ فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ وَكَانَ الْمُعْطِي وَالْمُعْطَى غَائِبَيْنِ عَنْ الْهِبَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الْحَاضِرِ بِدَارٍ بِبَلْدَةٍ أُخْرَى فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى مَاتَ الِابْنُ إنْ كَانَ صَغِيرًا فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا فَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ فِي الْخُرُوجِ، وَكَذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ أَشْهَدَ وَلَمْ يُفَرِّطْ فِي الْقَبْضِ وَلَعَلَّهُ تَهَيَّأَ لِلْخُرُوجِ، أَوْ وَكَّلَ فَلَمْ يَخْرُجْ حَتَّى مَاتَ الْأَبُ فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ فَرَّطَ فَذَلِكَ بَاطِلٌ وَرَوَاهُ أَيْضًا ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ لِلْمُعْطِي قَبْلَ الْقَبْضِ أَنْ يُبْطِلَ الْهِبَةَ كَالْحَاضِرِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْهِبَةَ قَدْ وُجِدَ طَرَفَاهَا مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَلَمْ يُوجَدْ تَفْرِيطُهُمَا فِي قَبْضِهَا يَبْطُلُ حُكْمُهَا فَوَجَبَ أَنْ تَصِحَّ كَمَا لَوْ أَنْفَذَهَا الْمُعْطِي إلَى الْمُعْطَى.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الِاجْتِهَادِ وَتَبْطُلُ بِالتَّفْرِيطِ فَجُهِلَ الْأَمْرُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ

كِنَانَةَ أَنَّهَا عَلَى التَّفْرِيطِ حَتَّى يَثْبُتَ الِاجْتِهَادُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَدَمَ الْقَبْضِ يَقْتَضِي إبْطَالَ الْعَطِيَّةِ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ صُورَةُ تَرْكِ الْقَبْضِ فَلَا يُعْدَلُ بِهِ عَنْ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ الِاجْتِهَادَ الَّذِي يُخْرِجُهُ عَنْ مُقْتَضَاهُ وَظَاهِرُهُ إلَى مَا يَقُومُ مَقَامَ الْقَبْضِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْمُعْطَى غَائِبًا فَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الْكَبِيرِ الْغَائِبِ بِعَبْدٍ، أَوْ دَارٍ فَمَاتَ الْأَبُ قَبْلَ الْحِيَازَةِ فَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ فَمَاتَ الْأَبُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَنَحْوِهِ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ فِي سَفَرِهِ عَلَى امْرَأَتِهِ، أَوْ ابْنَتِهِ وَلَيْسَتَا مَعَهُ بَعْدُ فَمَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَقْدُمَ وَالْعَبْدُ يَخْدُمُهُ أَنَّهُ إنْ أَشْهَد عَلَى الْإِنْفَاذِ مَنْ يَعْرِفُ الْمَرْأَةَ، أَوْ الِابْنَةَ فَذَلِكَ نَافِذٌ، وَإِنْ أَشْهَدَ هَكَذَا مَنْ لَا يَعْرِفُهُمَا فَلَا أَدْرِي مَا هَذَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ مَوْتَ الْوَاهِبِ قَبْلَ الْقَبْضِ مُبْطِلٌ الْهِبَةَ أَصْلُ ذَلِكَ الْحَاضِرُ وَيُقَوِّي ذَلِكَ عَدَمُ الْقَبُولِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْإِشْهَادَ بِإِنْفَاذِهَا أَكْثَرُ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ مِنْ حِيَازَةِ الْهِبَةِ (فَرْعٌ) وَمِثْلُ ذَلِكَ مَا يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ فِي الْحَجِّ مِنْ الْهَدَايَا وَيَحْمِلُهُ مَعَهُ أَوْ يَبْعَثُ لَهُ مِنْ صِلَةٍ، أَوْ هَدِيَّةٍ إلَى غَائِبٍ فَيَمُوتُ الْمُعْطِي، أَوْ الْمُعْطَى قَبْلَ وُصُولِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ إنْ أَشْهَدَ بِذَلِكَ فَهِيَ لِلْمُعْطَى

(98/6)

. . . .

[المنتقى]

وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ بِذَلِكَ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا رَجَعَتْ إلَى وَرَثَةِ الْمُعْطِي وَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا رَجَعَتْ إلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ فَمَعْنَى مَا فِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ أَنَّهُ إنْ مَاتَ الْمُعْطِي بَطَلَتْ الْهَدِيَّةُ فَرَجَعَتْ إلَى وَرَثَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطَى صَحَّتْ الْهَدِيَّةُ فَكَانَتْ لِوَرَثَتِهِ وَمَا فِي الْمُدَوَّنَةِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مِثْلُهُ مُفَسَّرًا أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا فَلَا حَقَّ فِيهَا لِلْمُعْطَى وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ عَدَمَ الْقَبُولِ يُفْسِدُ الْهَدِيَّةَ، وَإِنْ كَانَ الْمُهْدَى حَيًّا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّ الْإِشْهَادَ يَقُومُ مَقَامَ الْحِيَازَةِ، فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ لَا يَكْفِي فِي ذَلِكَ أَنْ يُذْكَرَ ذَلِكَ لِلْعُدُولِ حِينَ الشِّرَاءِ، أَوْ غَيْرِهِمْ حَتَّى يُشْهِدَهُمْ وَالَّذِي يُجْزِئُ مِنْ الْإِشْهَادِ قَالَ مُحَمَّدٌ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا

قَالَ أَشْهِدُوا عَلَيَّ فَهَذَا إشْهَادٌ تَامٌّ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إنْ قَالَ لِرَسُولَيْنِ: ادْفَعَا ذَلِكَ إلَى فُلَانٍ فَإِنِّي وَهَبْته ذَلِكَ فَهِيَ شَهَادَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ فَإِنِّي وَهَبْته فَلَيْس بِشَيْءٍ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَتِمُّ، وَإِنْ شَهِدَا بِذَلِكَ حَتَّى يَكُونَ قَدْ أَشْهَدَهُمَا عَلَى ذَلِكَ إشْهَادًا، أَوْ يَصِلَ ذَلِكَ إلَى الْمُعْطَى فِي حَيَاةِ الْمُعْطِي.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إذَا سَمِعَا مِنْهُ مَا يَقْتَضِي تَبْتِيلَهَا فَإِنَّ ذَلِكَ يَقُومُ مَقَامَ الْإِشْهَادِ بِهَا فِي الْإِتْيَانِ بِأَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُ مِنْ تَبْتِيلِهَا، فَقَوْلُهُ إنِّي قَدْ وَهَبْته إيَّاهَا مَعَ أَمْرِ الْحَامِلِينَ بِإِيصَالِهَا إلَى الْمُعْطَى يَقُومُ مَقَامَ الْإِشْهَادِ بِهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ لَا يُجْزِي إلَّا الْقَصْدُ إلَى الْإِشْهَادِ بِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَكْثَرُ مَا يُمْكِنُ أَنْ يُفْعَلَ فِي أَمْرِهَا فَأَمَّا إذَا أَخْبَرَ بِذَلِكَ الْعُدُولَ حِينَ الشِّرَاءِ، أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْصِدْ الْإِشْهَادَ فَإِنْ وَصَلَتْ إلَيْهِ فِي حَيَاةِ الْمُعْطِي فَهِيَ لَهُ، وَأَمَّا بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ ذَلِكَ حِيَازَةً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْقَصْدُ إلَى ذَلِكَ مِنْ الْمُعْطِي وَلَا قُبِضَتْ فِي حَيَاتِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ بِغَيْرِ يَدِ الْمُعْطَى فَحِيَازَةُ الْمُعْطِي بِالطَّلَبِ لَهَا أَقْوَى.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ بِعَبْدِهِ الْآبِقِ عَلَى رَجُلٍ فَطَلَبَهُ الْمُعْطِي وَاجْتَهَدَ فَلَمْ يَجِدْهُ إلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْطَى قَالَ هُوَ نَافِذٌ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِيَدِ الْمُعْطَى فَالْإِشْهَادُ فِيهِ وَطَلَبُ الْمُعْطِي لَهُ حَوْزٌ كَالدَّيْنِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةٌ فَقَالَ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَصَدَّقْت بِهَا عَلَى فُلَانٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِقَبْضِهَا ثُمَّ مَاتَ الْمُتَصَدِّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنْ عَلِمَ الَّذِي هُوَ عِنْدَهُ فَتِلْكَ حِيَازَةٌ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بَطَلَتْ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّهُ إذَا عَلِمَ صَارَ حَائِزًا لِلْمُعْطَى فَلَوْ دَفَعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ إلَى الْمُعْطِي ضَمِنَهَا رَوَاهُ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى رَجُلٍ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَكَتَبَ إلَى وَكِيلِهِ يَدْفَعُهَا إلَيْهِ فَأَعْطَاهُ الْوَكِيلُ خَمْسِينَ وَمَاتَ الْمُعْطَى قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْخَمْسِينَ الْبَاقِيَةَ لَا شَيْءَ لَهُ غَيْرَ مَا قَبَضَ؛ لِأَنَّ وَكِيلَهُ بِمَنْزِلَتِهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَأَصْبَغَ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْمُودَعِ أَنَّ الْوَكِيلَ مَأْمُورٌ بِالدَّفْعِ فَهُوَ فِيهِ نَائِبٌ عَنْ الْمُعْطِي وَالْمُودَعُ لَيْس بِمَأْمُورٍ بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ الْوَدِيعَةِ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّهَا قَدْ صَارَتْ لِلْمُعْطَى صَارَ حَافِظًا لَهَا وَصَارَتْ يَدُهُ يَدَهُ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِي الْوَدِيعَةِ إذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا وَأَشْهَدَ صَحَّتْ

قَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهُ الْمُعْطِي دَعْهَا لِي بِيَدِك وَمَعْنَى ذَلِكَ كُلِّهِ أَنْ تَعُودَ يَدُ الْمُودَعِ لِلْمُعْطِي فَيَكُونُ قَابِضًا لَهُ وَحَافِظًا لِمَا أَعْطَى بِأَمْرِهِ فَتَصِحُّ بِذَلِكَ الْحِيَازَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْطَى رَجُلًا غَلَّةَ كَرْمِهِ سِنِينَ، أَوْ أَسْكَنَهُ دَارِهِ ثُمَّ تَصَدَّقَ بِالرَّقَبَةِ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ، قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: ذَلِكَ جَائِزٌ وَالصَّدَقَةُ لِلِابْنِ، وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ بِأَنَّهُ جَعَلَ لِلسَّاكِنِ الْحِيَازَةَ لِابْنِهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ بِذَلِكَ لَكَانَ حَسَنًا، قَالَ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ أَصْحَابَنَا اخْتَلَفُوا فِيهَا وَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْهُمْ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إنْ كَانَ ذَلِكَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ فَهُوَ حِيَازَةٌ لِمَنْ أَعْطَى الرَّقَبَةَ، وَإِنْ كَانَ أَسْكَنَ ثُمَّ أَعْطَى الرَّقَبَةَ فَإِنْ رَجَعَتْ الرَّقَبَةُ وَالْمُعْطِي حَيٌّ فَهِيَ لِلْمُعْطَى وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي، أَوْ أَفْلَسَ، أَوْ مَرِضَ قَبْلَ أَنْ يُرْجِعَ الرَّقَبَةَ فَلَا شَيْءَ لِلْمُعْطَى قَالَ: وَكَذَلِكَ مَنْ أَخْدَمَ رَجُلًا عَبْدًا ثُمَّ

(99/6)

. . . .

[المنتقى]

بَتَلَ رَقَبَتَهُ لِلْآخَرِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ يَدَ السَّاكِنِ لَيْسَتْ بِيَدِ الْمُعْطِي فَجَازَ أَنْ يَجُوزَ لِلْمُعْطَى كَمَا لَوْ كَانَ الْإِسْكَانُ وَالْعَطِيَّةُ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ السَّاكِنَ لَمَّا انْفَرَدَتْ عَطِيَّتُهُ وَتَقَدَّمَتْ وَحَازَ لِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ حَائِزًا لِغَيْرِهِ كَالْمُعْطِي.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَهَبَ مَا عِنْدَ الْمُعْطَى بِعَارِيَّةٍ، أَوْ وَدِيعَةٍ، أَوْ إجَارَةٍ فَقَوْلُ الْمُعْطَى قَبِلْت حِيَازَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ بِغَيْرِ ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ ذَلِكَ بِبَلَدِ غَيْرِ الْمُعْطَى بِأَحَدِ هَذِهِ الْوُجُوهِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ ذَلِكَ نَافِذٌ إذَا شَهِدَ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّمَا ذَلِكَ إذَا كَانَتْ بِيَدِ رَجُلٍ يُحْسِنُ يُرِيدُ حَيَاتَهُ، أَوْ عَارِيَّةً فَيَجُوزُ لِلْمُعْطَى وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي، وَأَمَّا فِي الْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فَلَا يَكُونُ حَوْزًا إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّ الْإِجَارَةَ لَهُ مَعَ الرَّقَبَةِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ

قَالَ مُحَمَّدٌ وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَصْوَبُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَابِضٌ لِنَفْسِهِ فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّةَ الْحِيَازَةِ لِلْمُعْطَى كَالْمُعَارِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: أَنَّ الْمُعْطَى يَأْخُذُ عِوَضَ الْمَنَافِعِ فِي الْإِجَارَةِ فَصَارَتْ يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ يَدَهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْحِيَازَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وَهَبَهُ مَا بِيَدِ غَاصِبِهِ لَمْ تَكُنْ حِيَازَةُ الْغَاصِبِ لَهُ حِيَازَةً رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ ذَلِكَ قَبْضٌ وَحِيَازَةٌ لِلْمُعْطَى قَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ أَحْسَنُ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ ضَامِنٌ فَهُوَ كَدَيْنٍ عَلَيْهِ يَجُوزُ بِالْإِشْهَادِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ يَدَ الْغَاصِبِ يَدٌ مَانِعَةٌ لِلْمُعْطَى فَلَمْ تَصِحَّ بِهَا الْحِيَازَةُ كَيَدِ الْمُعْطِي، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ وَمَعْنَاهُ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِيَدٍ لِلْمُعْطِي وَإِذَا اسْتَوَتْ يَدُ الْمُعْطِي وَالْمُعْطَى صَحَّتْ حِيَازَةُ الْمُعْطَى كَالْأَرْضِ الْمَبُورَةِ وَالدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وَهَبْته دَيْنًا لَك عَلَى غَرِيمٍ لَك غَائِبٌ فَدَفَعْت إلَيْهِ ذَلِكَ الْحَقَّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذِكْرُ حَقٍّ فَأَشْهَدْت وَقَبِلَ الْمُعْطَى جَازَ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ هَكَذَا يُقْبَضُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّ الْغَرِيمَ لَوْ حَضَرَ لَمْ يَكُنْ الْحَوْزُ عَلَيْهِ بِأَكْثَرَ مِنْ هَذَا، وَلَوْ قَالَ لَا أَرْضَى لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وُهِبَ الْمُسْتَوْدَعُ مَا عِنْدَهُ فَلَمْ يَقُلْ قَبِلْت حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ بَلْ هِيَ حِيَازَةٌ جَائِزَةٌ إلَّا أَنْ يَقُولَ لَا أَقْبَلُ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ، وَذَلِكَ أَنَّ الْعَطِيَّةَ بِيَدِ الْمُعْطَى فَتَأَخُّرُ الْقَبُولِ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهَا قَالَ، وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وَهَبْته هِبَةً فَلَمْ يَقُلْ قَبِلْت وَقَبَضَهَا لِيَنْظُرَ رَأْيَهُ فَمَاتَ الْمُعْطِي فَهِيَ مَاضِيَةٌ إنْ رَضِيَهَا وَلَهُ رَدُّهَا بِمَنْزِلَةِ مَنْ بَعَثَ بِهِبَةٍ إلَى رَجُلٍ فَأَشْهَدَ فَلَمْ يَصِلْ إلَيْهِ حَتَّى مَاتَ الْمُعْطِي فَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهَا فَتَكُونَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَلَهُ رَدُّهَا، وَوَجْهُ مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ الْهِبَةَ يَمْنَعُ صِحَّتُهَا عَدَمُ الْقَبْضِ فَبِأَنْ يَمْنَعَ صِحَّتَهَا عَدَمُ الْقَبُولِ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(فَصْلٌ) :

وَمَعْنَى الْقَبْضِ أَنْ يَقْبِضَ الْمُعْطِي الْعَطِيَّةَ وَتَصِيرَ فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُعْطِي وَلَا إذْنِهِ فَمَاتَ

الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ وَيَرْضَى فَذَلِكَ حَوْزٌ عِنْدَ ابْنِ الْمَوَّازِ قَالَ: لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَهُ قَضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَبْضَ حَوْزٌ لِلْمُعْطَى لَيْسَ لِلْمُعْطِي مَنْعُهُ مِنْهُ فَصَحَّ بِغَيْرِ إذْنِهِ كَمَا لَوْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ فَقُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ مَاتَ الْمُعْطِي وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَقَامَ غَرِيمُهُ فَحَازَهُ وَالْمُعْطَى غَائِبٌ فَبَقِيَتْ بِيَدِهِ حَتَّى مَاتَ الْمُعْطَى فَتِلْكَ حِيَازَةٌ تَامَّةٌ حَازَهَا بِسُلْطَانٍ، أَوْ بِغَيْرِهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ تَصِحُّ الْحِيَازَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُعْطِي رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنَتِهِ وَهِيَ ذَاتُ زَوْجٍ بِمَسْكَنٍ فَخَزَّنَ فِيهِ الزَّوْجُ طَعَامًا حَتَّى مَاتَ الْأَبُ إنَّ ذَلِكَ حِيَازَةٌ لِابْنَتِهِ مَعَ أَنَّ الْأَبَ إنَّمَا سَلَّمَ ذَلِكَ إلَيْهِ لِيَحُوزَ لِابْنَتِهِ قَالَ أَصْبَغُ: لَا يَكُونُ ذَلِكَ حِيَازَةً لَهَا إلَّا أَنْ تُوَكِّلَهُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الْهِبَةَ لَمْ تَبْقَ بِيَدِ الْوَاهِبِ بَلْ هِيَ عَلَى حَالَةٍ يَتَسَاوَى فِيهَا الْمُعْطِي وَالْمُعْطَى فَلَمْ تَمْنَعْ صِحَّةُ الْحِيَازَةِ كَالدَّيْنِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهَا هِبَةٌ لَمْ يَقْبِضْهَا الْمُعْطَى وَلَا مَنْ يَنُوبُ عَنْهُ فَلَمْ تَتِمَّ حِيَازَتُهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ بِيَدِ الْمُعْطِي، وَهَذَا الْأَصْلُ قَدْ أَوْجَبَ الِاخْتِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا فِي عِدَّةِ مَسَائِلَ وَاَللَّهُ

(100/6)

. . . .

[المنتقى]

أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَصَدَّقَ بِدَارٍ ثُمَّ أَنْكَرَ ذَلِكَ فَخَاصَمَهُ الْمُعْطَى وَأَثْبَتَ بِبَيِّنَةٍ فَحُكِمَ لَهُ بِهَا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى مَاتَ الْمُعْطِي فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ الْحُكْمُ بِحَوْزٍ كَمَا لَوْ أَخَذَ الْمُعْطِي وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُعْطَى.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَمُطَرِّفٌ هُوَ حَوْزٌ كَمَا لَوْ أَقَامَ الْبَائِعُ بِطَلَبِ سِلْعَتِهِ فِي التَّفْلِيسِ وَتَقُومُ بَيِّنَةٌ فَيَمُوتُ الْمُفْلِسُ

قَبْلَ الْحُكْمِ أَنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِهَا، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ حَبِيبٍ مِنْ أَنَّ الْمُفْلِسَ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ لِخَصْمِهِ، وَأَمَّا بَيِّنَةُ الْمُعْطَى فَإِنَّهَا بَيَّنَتْ إقْرَارَ الْمُعْطِي، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّ مَنْعَ الْمُعْطِي الْعَطِيَّةَ مَعَ طَلَبِ الْمُعْطَى لَهَا لَيْسَ بِأَثْبَتَ مِنْ إنْفَاذِهِ لَهَا فَيَمُوتُ قَبْلَ أَنْ تَصِلَ إلَى الْمُعْطَى، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ فَمَنْعُهُ إيَّاهَا عُذْرٌ يَصِحُّ مَعَهُ الْحِيَازَةُ، وَقَدْ وُجِدَ مِنْ الْمُعْطَى الْقَبُولُ وَالطَّالِبُ الَّذِي يَقُومُ مَقَامَ الْقَبْضِ وَالَّذِي بَعَثَ إلَيْهِ بِالْهَدِيَّةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ قَبُولٌ وَلَا طَلَبٌ، وَقَدْ قَضَى بِحِيَازَتِهِ لِعُذْرِ الْمَسَافَةِ فَفِي مَسْأَلَتِنَا أَوْلَى.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إذَا وَقَفَ الْإِمَامُ الْعَطِيَّةَ حَتَّى يَنْظُرَ فِي حُجَّتِهَا فَإِنَّهُ يُقْضَى لَهُ بِهَا كَمَا لَوْ قَامَ فِي الْفَلَسِ فِي سِلْعَتِهِ فَلَمْ يَقْضِ لَهُ بِهَا حَتَّى مَاتَ الْمُفْلِسُ، فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ الْبَائِعُ أَحَقُّ بِهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَمَّا إدْخَالُ الْقَاضِي بَيْنَ الْوَاهِبِ وَبَيْنَهَا حَتَّى لَا يَجُوزَ حُكْمُهُ فِيهَا فَيَقْضِي بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ فِيهَا كَمَا كَانَ يَقْضِي فِي حَيَاتِهِ، وَأَمَّا إنْ لَمْ يَكُنْ الْوَاهِبُ مَنَعَ مِنْهَا الْمُعْطَى فَلَمْ يَطْلُبْهَا فَهِيَ بَاطِلٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَاعَ الْمُعْطِي الْهِبَةَ فَلَمْ يَقْبِضْهَا الْمُشْتَرِي حَتَّى مَاتَ الْمُعْطِي قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ الْبَيْعُ حِيَازَةٌ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ لَيْسَ الْبَيْعُ بِحِيَازَةٍ وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ إلَّا الْعِتْقُ وَحْدَهُ وَجْهُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ أَنَّ الْبَيْعَ إخْرَاجٌ عَنْ الْمِلْكِ فَأَغْنَى عَنْ الْحِيَازَةِ كَالْعِتْقِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ الْعِتْقَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ وَيُؤَثِّرُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَذَلِكَ إذَا أَعْتَقَ حِصَّةً مِنْ عَبْدٍ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ سَائِرُهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْبَيْعُ فَإِنَّهُ لَا يَسْرِي إلَى غَيْرِ مِلْكِهِ فَلَمْ يُغْنِ عَنْ الْحِيَازَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وَهَبَهُ الْمُعْطِي ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطِي فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْهِبَةَ حَوْزٌ، وَبِهِ قَالَ مُطَرِّفٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْهِبَةَ لَا تَكُونُ حِيَازَةً؛ لِأَنَّهَا مُحْتَاجَةٌ إلَى حِيَازَةٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ خُرُوجَ الْعَطِيَّةِ عَنْ الْمِلْكِ حِيَازَةٌ كَالْبَيْعِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا لَا تَسْتَغْنِي عَنْ الْحِيَازَةِ فِي نَفْسِهَا فَلَمْ يُغْنِ عَنْهَا غَيْرُهَا مِنْ الْهِبَاتِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ مَالِكٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ إذَا وَهَبَهُ الْمُعْطِي لِآخَرَ فَمَاتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَحُوزَهُ فَهُوَ لَهُ إذَا وَجَدَهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، أَوْ الْوَاهِبِ الْأَوَّلِ وَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَلَمْ يَقْبِضْهُ الْآخَرُ حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ الْأَوَّلُ فَلَا شَيْءَ لَهُ.

[بَابٌ فِيمَا يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ وَيُبْطِلُ الْعَطِيَّةَ] 1

(بَابٌ فِيمَا يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ وَيُبْطِلُ الْعَطِيَّةَ) وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ أَنْ يُوجَدَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ الْحِيَازَةِ، أَوْ يُفْلِسَ، أَوْ يَمْرَضَ مَرَضَ مَوْتِهِ فَإِذَا مَرِضَ تَوَقَّفَ عَنْ إنْفَاذِ الْهِبَةِ فَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ قُضِيَ لَهُ بِإِبْطَالِهَا، وَإِنْ صَحَّ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ مَنْ لَمْ يَمْرَضْ فِي صِحَّةِ عَطِيَّتِهِ وَإِبْطَالِهَا، وَلِذَلِكَ قَالَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَقَدْ بَلَغَ مِنْ مَرَضِهِ مَبْلَغًا تَيَقَّنَ الْمَوْتَ مِنْهُ فَلَوْ كُنْت جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَذَا حُكْمُ الْهِبَةِ لِلْوَاحِدِ يَبْطُلُ جَمِيعُهَا، أَوْ يَصِحُّ جَمِيعُهَا فَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَوَلَدِهِ الْكَبِيرِ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ فَلَمْ يَقْبِضْ الْأَجْنَبِيُّ حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ تَبْطُلُ حِصَّةُ الصِّغَارِ وَحِصَّةُ الْكِبَارِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُعْرَفُ إنْفَاذُ الْحَبْسِ لِلصِّغَارِ إلَّا بِحِيَازَةِ الْكِبَارِ وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ وَعَلِيّ بْن زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ نَصِيبُ الصَّغِيرِ جَائِزٌ وَيَبْطُلُ نَصِيبُ الْكَبِيرِ بِخِلَافِ الْحَبْسِ فَإِنَّهُ يُبْطِلُ الْجَمِيعَ وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْخِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي هِبَةِ الْجُزْءِ الْمُشَاعِ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ عَطِيَّةٌ فَإِذَا بَطَلَ بَعْضُهَا لِعَدَمِ الْحِيَازَةِ بَطَلَ جَمِيعُهَا كَالْحَبْسِ، وَوَجْهُ

(101/6)

. . . .

[المنتقى]

الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ وَالْحَبْسِ أَنَّ الصَّدَقَةَ لِجَمَاعَةٍ مُقْتَضَاهَا الْقِسْمَةُ فَجَازَ أَنْ يَبْطُلُ بَعْضُهَا وَيَصِحُّ بَعْضُهَا وَالْحَبْسُ يُنَافِي الْقِسْمَةَ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِ الْمُحْبِسِ، وَإِنَّمَا تُقَسَّمُ الْغَلَّةُ فَإِذَا بَطَلَ بَعْضُ الْحَبْسِ لِعَدَمِ الْحِيَازَةِ بَطَلَ جَمِيعُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا ذَهَابُ الْعَقْلِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ تَصَدَّقَتْ بِعَبْدٍ، أَوْ بِدَنَانِيرَ فِي صِحَّتِهَا فَلَمْ يَجُزْ عَنْهَا حَتَّى ذَهَبَ عَقْلُهَا إنَّهَا بَاطِلَةٌ كَالْمَوْتِ وَالتَّفْلِيسِ وَلَعَلَّهُ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ تَكُونَ

مَوْقُوفَةً فَإِنْ بَرِئَتْ مِنْ ذَلِكَ فَهِيَ عَلَى صَدَقَتِهَا، وَإِنْ اتَّصَلَ ذَلِكَ بِمَوْتِهَا بَطَلَتْ الصَّدَقَةُ بِمَوْتِهَا، وَقَدْ يُرْوَى هَذَا اللَّفْظُ، وَإِنَّمَا يُرِيدُونَ بِهِ مَعْنَى الْحِيَازَةِ، وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْهُ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ إِذَا مَرِضَ الْمُتَصَدِّقُ قَبْلَ الْحَوْزِ فَقَدْ بَطَلَتْ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَتَّصِلَ مَرَضُهُ بِالْمَوْتِ، وَلَوْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ لَكَانَ عَلَى صَدَقَتِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُفْلِسُ فَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ حِيَازَةِ الْعَطِيَّةِ بَطَلَتْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ كَانَتْ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَكْثَرَ مِنْ الدَّيْنِ إِنْ بِيعَ جَمِيعُهُ، وَإِنْ بِيعَ مِنْهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ قَصُرَ بَعْضُهُ عَنْ مَبْلَغِ الدَّيْنِ لِلتَّبْعِيضِ يُبَاعُ جَمِيعُهُ فَيُقْضَى مِنْهُ الدَّيْنُ وَيُعْطَى مَا بَقِيَ لِلْمُتَصَدِّقِ وَلَا شَيْءَ فِيهِ لِلْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْغُرَمَاءَ لَمَّا اسْتَحَقُّوهُ مِنْ يَدِهِ فَبِيعَ لَهُمْ فِي دَيْنِهِمْ بَطَلَتْ الصَّدَقَةُ كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّهُ مُسْتَحِقٌّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ عَدَمِ الْحِيَازَةِ فَأَمَّا إِذَا حَازَ الْعَبْدُ، وَقَدْ كَانَ تَدَايَنَ دَيْنًا يُحِيطُ بِمَالِهِ قَبْلَ الْعَطِيَّةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْعَطِيَّةَ قُبِضَتْ، أَوْ لَمْ تُقْبَضْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ مَالَ غَيْرِهِ، وَأَمَّا إِنْ أَدَانَ بَعْدَ الْعَطِيَّةِ وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ الدَّيْنَ أَوْلَى وَتَبْطُلُ الصَّدَقَةُ وَالْهِبَةُ قَالَ أَصْبَغُ الصَّدَقَةُ أَوْلَى مِنْ الدَّيْنِ الْمُسْتَحْدَثِ بَعْدَهَا، وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِي ذَلِكَ يَوْمُ الصَّدَقَةِ لَا يَوْمُ الْحِيَازَةِ وَإِنَّمَا يُرَاعِي فِي ذَلِكَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ يَوْمَ الْحِيَازَةِ لَا يَوْمَ الْعَطِيَّةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِمُرَاعَاةِ الصَّدَقَةِ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ إِذَا تَقَدَّمَ لَهُ الدَّيْنُ، وَقَدْ كَانَ لَهُ وَفَاءً يَوْمَ الصَّدَقَةِ، أَوْ لَمْ يَدْرِ الدَّيْنَ قَبْلَ الصَّدَقَةِ، أَوْ بَعْدَهَا فَالصَّدَقَةُ الْمَقْبُوضَةُ أَوْلَى، وَإِنْ كَانَ الْأَبُ حَازَهَا لِوَلَدِهِ الصِّغَارِ حَتَّى يَعْرِفَ خِلَافَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اسْتَغَلَّ مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِمْ وَلَمْ يَدْرِ اسْتَغَلَّ لِنَفْسِهِ، أَوْ لَهُمْ فَإِنَّ الصَّدَقَةَ مَاضِيَةٌ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ يَسْتَغِلُّهَا لِنَفْسِهِ دُونَهُمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْهُ فِي الصَّدَقَةِ الْمَقْبُوضَةِ عَنْهُ لَا يَدْرِي الدَّيْنَ قَبْلَهَا، أَوْ بَعْدَهَا الصَّدَقَةُ أَوْلَى حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّ الدَّيْنَ كَانَ قَبْلَ الصَّدَقَةِ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ حَازَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ لَكَانَ الدَّيْنُ أَوْلَى حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّ الصَّدَقَةَ قَبْلَهُ وَنَحْوُهُ لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَصَدَّقَ بِشَيْءٍ، أَوْ وَهَبَهُ فَلَمْ يَحُزْ عَنْهُ حَتَّى بَاعَهُ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّ الْبَيْعَ أَوْلَى وَتَبْطُلُ الصَّدَقَةُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اضْطَرَبَ فِيهَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فَرَوَى عَنْهُ أَبُو زَيْدٍ يَرُدُّ الْبَيْعَ وَيَأْخُذُ الْمُعْطَى صَدَقَتَهُ، وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إِذَا عَلِمَ الْمُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ بِالصَّدَقَةِ

فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى بَاعَهَا الْمُتَصَدِّقُ نَفَذَ الْبَيْعُ وَالثَّمَنُ لِلْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ بِالصَّدَقَةِ فَالْبَيْعُ مَرْدُودٌ مَا دَامَ الْمُتَصَدِّقُ حَيًّا فَإِنْ مَاتَ الْمُتَصَدِّقُ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَالْبَيْعُ مَاضٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ أَنَّ الْبَيْعَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ حِيَازَةٌ يَضْمَنُ بِهِ الْمَبِيعَ، وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كِلَا الْعَقْدَيْنِ يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ فَكَانَ أَسْبَقُهُمَا أَوْلَى كَالْبَيْعَتَيْنِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ قُلْنَا إنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنَّمَا ذَلِكَ إذَا كَانَ الْعَطَاءُ لِمُعَيَّنٍ يُقْضَى لَهُ بِهِ فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ مِثْلِ أَنْ يَجْعَلَ دَارِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ يَبِيعُهَا لَمْ أَفْسَخْ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهَا، وَإِنْ قُلْنَا إنَّ الْبَيْعَ يَنْفُذُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ تَبْطُلُ الصَّدَقَةُ وَلَا شَيْءَ لِلْمُعْطَى مِنْ الثَّمَنِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ الثَّمَنُ لِلْبَائِعِ لَا شَكَّ فِيهِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ إنْ كَانَ الْمُعْطَى حَاضِرًا فَلَمْ يَقُمْ حِينَ عَلِمَ بِالْبَيْعِ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إلَى رَدِّهِ وَلَهُ الثَّمَنُ عَلَى الْمُعْطِي فَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي

(102/6)

. . . .

[المنتقى]

قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الثَّمَنَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فَأَمَّا الْقَوْلُ الْأَوَّلُ فَمَبْنِيٌّ عَلَى مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَشْهَبُ مِنْ أَنَّ الصَّدَقَةَ تَبْطُلُ وَأَنَّ الْبَيْعَ الْحَادِثَ قَدْ مَنَعَ مِنْ الْحِيَازَةِ، وَأَمَّا الْقَوْلُ الثَّانِي فَمَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الصَّدَقَةَ صَحِيحَةٌ فَإِنْ قَامَ الْمُعْطَى عَلَى أَثَرِ ذَلِكَ وَلَمْ يُقِرَّ بِإِبْطَالِ الْبَيْعِ لِكَوْنِ الْعَطِيَّةِ مِلْكًا لَهُ، وَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ كَانَ كَمَنْ بِيعَ مِلْكُهُ وَهُوَ عَالِمٌ فَلَمْ يُنْكِرْ فَلَهُ الثَّمَنُ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ أَصْلُهُ الْهِبَةَ وَالْعَطِيَّةَ وَلَمْ يَتَقَدَّمْ فِيهِ حِيَازَةٌ فَإِنْ قَبَضَهُ قَبْلَ فَوَاتِ الْحِيَازَةِ بِمَوْتِ الْمُعْطِي كَمُلَتْ الْعَطِيَّةُ وَإِلَّا بَطَلَتْ، وَلِذَلِكَ قَالَ مُطَرِّفٌ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُعْطَى غَائِبًا فَقَدِمَ فِي حَيَاةِ الْمُعْطِي كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ رَدِّ الْبَيْعِ أَوْ أَخْذِ الثَّمَنِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ وَالْعُتْبِيُّ مِثْلَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَعْطَاهَا الْوَاهِبُ لِرَجُلٍ آخَرَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الْأَوَّلُ فَإِنْ حَازَهَا الثَّانِي فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الْأَوَّلُ أَوْلَى وَتُنْزَعُ مِنْ الثَّانِي، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ وَالْحَائِزُ أَوْلَى وَهُوَ قَوْلُ الْمُغِيرَةِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَالِكَ الْأَوَّلَ أَحَقُّ بِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْهِبَةَ الثَّانِيَةَ لَمَّا قَوِيَتْ

بِالْحِيَازَةِ صَارَتْ كَالْبَيْعِ فَمَتَى قُدِّمَ الْبَيْعُ عَلَى الْهِبَةِ لَزِمَهُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْهِبَةِ الثَّانِيَةِ إذَا قَارَنَتْهَا الْحِيَازَةُ وَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ الْمُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ عَلِمَ بِالصَّدَقَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَعْلَمْ، أَوْ عَلِمَ وَلَمْ يُفَرِّطْ وَنَدِمَ الْمُتَصَدِّقُ فَفَاجَأَهُ بِأَنْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَيْرِهِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهَا إنْ أَدْرَكَهَا قَائِمَةً وَإِنْ فَاتَتْ كَانَ لَهُ قِيمَتُهَا عَلَى الْمُتَصَدِّقِ بِهَا وَإِنْ فَاتَتْ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ عَبْدًا، أَوْ أَمَةً فَأَعْتَقَهُ الْوَاهِبُ قَبْلَ الْقَبْضِ، أَوْ اسْتَوْلَدَ الْأَمَةَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَنْفُذُ الْعِتْقُ وَالِاسْتِيلَادُ وَلَا شَيْءَ لِلْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يَرُدُّ الْعِتْقَ وَإِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ الْأَمَةُ فَعَلَيْهِ الْقِيمَةُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا بُنِيَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ مِنْ التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ الْهِبَةَ تَقْتَضِي التَّمْلِيكَ فَلَا يَصِحُّ فِيهَا عِتْقُ الْمُمَلَّكِ كَالْبَيْعِ وَعَلَيْهِ فِي الْأَمَةِ الْقِيمَةُ لِشُبْهَةِ عَدَمِ الْقَبْضِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَكَاتَبَ الْوَاهِبُ الْعَبْدَ، أَوْ دَبَّرَهُ، أَوْ أَعْتَقَهُ إلَى أَجَلٍ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ لَا يُرَدُّ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَلَا شَيْءَ لِلْمُعْطَى فِي خِدْمَةِ الْمُدَبَّرِ وَلَا كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ وَلَا رَقَبَتَهُ، وَإِنْ عَجَزَ قَالَ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَلَوْ قَتَلَهَا رَجُلٌ فَالْقِيمَةُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ قَتْلَ الْقَاتِلِ لَهُ لَيْسَ بِمَعْنَى الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ، وَأَمَّا الْعِتْقُ وَمَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ فَإِنَّهُ رُجُوعٌ فِي الْهِبَةِ وَمُبْطِلٌ لَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْمُعْطِي رَهَنَ الْعَطِيَّةَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى ابْنِهِ ثُمَّ رَهَنَهُ فَمَاتَ يَبْطُلُ الرَّهْنُ وَيَثْبُتُ الْحَبْسُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا أَحْدَثَهُ الْوَاهِبُ فِي الْهِبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَأَمَّا مَا أَحْدَثَهُ فِي الْهِبَةِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حِجْرِهِ فَبَقِيَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ بَاعَهَا فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي رَجُلٍ تَصَدَّقَ بِثُلُثَيْ غَنَمٍ مُعَيَّنَةٍ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَثُلُثُهُ صَدَقَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَقِيَتْ فِي يَدَيْهِ زَمَانًا ثُمَّ عَدَا عَلَيْهَا فَبَاعَهَا ثُمَّ مَاتَ وَالِابْنُ صَغِيرٌ إنَّ صَدَقَةَ الِابْنِ ثَابِتَةٌ يَأْخُذُهَا مِنْ مَالِهِ وَلَا شَيْءَ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّ حَظَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ حَتَّى مَاتَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمُ مَالُ وَارِثٍ يُرِيدُ أَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ قَدْ تَعَلَّقَ فَيَمْنَعُ ذَلِكَ الْحِيَازَةَ كَمَا يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِ الْمُفْلِسِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو بَكْرٍ قَالَهُ لَمَّا تَيَقَّنَ الْوَفَاةَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَالَهُ

تَوَقُّفًا لَهَا، وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْحِيَازَةَ أَيْضًا عَلَى وَجْهِ التَّوْقِيفِ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا مُتَرَقَّبَةٌ مِمَّنْ حَازَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فَإِنْ صَحَّ صَحَّتْ إفَاقَتُهُ الْحِيَازَةَ.

(فَصْلٌ) :

قَالَ: وَإِنَّمَا هُوَ أَخَوَاك وَأُخْتَاك هَكَذَا وَرَدَ هَذَا الْحَدِيثُ إنْ وَرَثَته مِنْ ذِكْرٍ وَقَدْ وَرِثَهُ مَعَ ذَلِكَ زَوْجُهُ أَسْمَاءُ بِنْتُ عُمَيْسٍ وَزَوْجُهُ بِنْتُ خَارِجَةَ وَتَرَكَ أَبَاهُ أَبَا قُحَافَةَ عُثْمَانَ بْنَ عَامِرٍ وَمَاتَ بَعْدَهُ فِي خِلَافَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إلَّا أَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُ رَدَّ سُدُسَهُ عَلَى وَلَدِ أَبِي بَكْرٍ وَلَعَلَّهُ قَدْ كَانَ وَعَدَهُ بِذَلِكَ قَبْلَ وَفَاتِهِ

(103/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدٍ الْقَارِئِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نِحَلًا ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ مَالِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ هُوَ لِابْنِي قَدْ كُنْت أَعْطَيْته إيَّاهُ، مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نَحَلَهَا حَتَّى يَكُونَ إنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ)

[المنتقى]

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ إنَّمَا يَرِثُنِي بِالْبُنُوَّةِ أَنْتَ وَأَخَوَاك وَأُخْتَاك يُرِيدُ أَنَّ الَّذِينَ يُشَارِكُونَك فِي هَذِهِ الْعَطِيَّةِ إنَّمَا هُمْ إخْوَتُك عَلَى مَعْنَى التَّسْلِيَةِ لَهَا عَمَّا صَارَ إلَى غَيْرِهَا مِنْ ذَلِكَ بِأَنَّ مَنْ يَصِيرُ إلَيْهِمْ ذَلِكَ مِمَّنْ يَسُرُّك غِنَاهُمْ فَقَالَتْ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْته وَيُحْتَمَلُ أَنْ تُرِيدَ لَتَرَكْته إذَا لَمْ أَسْتَحِقَّهُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تُرِيدَ لَتَرَكْته، وَإِنْ كَانَ لِي مِمَّنْ ذَكَرْته مِمَّنْ أُحِبُّ لَهُ الْغِنَى وَالْخَيْرَ مِمَّنْ يُشْفَقُ عَلَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا: وَإِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ فَمَنْ الْأُخْرَى لَمَّا لَمْ تَعْلَمْ لِنَفْسِهَا أُخْتًا غَيْرَ أَسْمَاءَ فَقَالَ لَهَا ذُو بَطْنِ بِنْتِ خَارِجَةَ يُرِيدُ أَنَّ حَمْلَهُ يُوجَدُ وَيُقَالُ: إنَّ اسْمَهَا حَبِيبَةُ بِنْتُ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ أَبِي زُهَيْرِ بْنِ مَالِكٍ الْخَزْرَجِيِّ يَعْتَقِدُ فِيهَا أَنَّهَا جَارِيَةٌ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ قَالَ بَعْضُ فُقَهَائِنَا: وَذَلِكَ لِرُؤْيَا رَآهَا أَبُو بَكْرٍ تَأَوَّلَ فِيهَا ذَلِكَ، وَهَذَا لَا يَمْتَنِعُ فَوَلَدَتْ بِنْتُ خَارِجَةَ بِنْتًا سُمِّيَتْ أُمَّ كُلْثُومٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نِحَلًا ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا الْحَدِيثُ يَقْتَضِي أَنَّ إخْرَاجَ الْعَطِيَّةِ مِنْ يَدِ الْأَبِ النَّاحِلِ هُوَ الْوَاجِبُ، أَوْ الْأَفْضَلُ فَإِنْ كَانَ الِابْنُ بَالِغًا مَالِكًا لِأَمْرِ نَفْسِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَجْنَبِيِّ

عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَإِنَّ مِنْ الْعَطَايَا مَا لَا يَصِحُّ إلَّا بِإِخْرَاجِ الْأَبِ الْعَطِيَّةَ مِنْ يَدِهِ إلَى يَدِ مَنْ يَحُوزُهَا لَهُ وَمِنْهَا مَا يَصِحُّ حِيَازَتُهَا مَعَ بَقَائِهَا بِيَدِ الْأَبِ إلَّا أَنَّ إخْرَاجَهَا عَنْ يَدِ الْأَبِ إلَى يَدِ غَيْرِهِ أَفْضَلُ وَأَبْيَنُ فِي صِحَّةِ الْحِيَازَةِ فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْعَطَايَا عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا مَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَمِنْهَا مَا يَتَعَيَّنُ كَالْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ وَالثِّيَابِ فَأَمَّا الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ فَإِنَّهَا إنْ بَقِيَتْ بِيَدِ الْوَاهِبِ غَيْرِ مَخْتُومٍ عَلَيْهَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إنْ مَاتَ الْأَبُ وَهِيَ عَلَى ذَلِكَ فَالْعَطِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ مِنْ دَنَانِيرَ مُعَيَّنَةٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ طَبَعَ عَلَيْهَا حَتَّى يَدْفَعَهَا إلَى غَيْرِهِ وَيُخْرِجَهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهَا غَيْرُ مَعْرُوفَةِ الْعَيْنِ وَلَا مُتَعَيِّنَةٍ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهَا وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُعْرَفَ أَعْيَانُهَا إذَا أُفْرِدَتْ مِنْ غَيْرِهَا وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ إذَا وَهَبَهُ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ مِنْ دَنَانِيرِهِ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا إذَا خَتَمَ عَلَيْهَا وَأَمْسَكَهَا عِنْدَهُ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهَا تَبْطُلُ زَادَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَإِنْ خَتَمَ عَلَيْهَا الشُّهُودُ وَالْأَبُ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْمِصْرِيُّونَ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ مَاضِيَةٌ وَبِهِ أَخَذَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَالْمَدَنِيُّونَ قَالَ مُطَرِّفٌ إذَا خَتَمَ عَلَيْهَا بِحَضْرَةِ الشُّهُودِ، وَإِنْ لَمْ يَخْتِمْ عَلَيْهَا الشُّهُودُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ فَلَا يَصِحُّ فِيهَا حِيَازَةٌ مَعَ بَقَائِهَا بِيَدِ الْمُعْطِي كَالَّتِي لَمْ يَخْتِمْ عَلَيْهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ فَإِذَا تَمَيَّزَتْ بِالْخَتْمِ عَلَيْهَا صَحَّتْ الْحِيَازَةُ فِيهَا.

(فَرْعٌ) فَأَمَّا إذَا وَهَبَهُ دَنَانِيرَ فَوَضَعَهَا عَلَى يَدِ رَجُلٍ يَحُوزُهَا لَهُ فَحَدَثَ لِلرَّجُلِ سَفَرٌ وَمَاتَ فَقَبَضَهَا الْأَبُ فَمَاتَ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا مَاضِيَةٌ؛ لِأَنَّهَا حِيزَتْ مُدَّةً فَلَا يُبَالِي قَبَضَهَا الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ، أَوْ لَمْ يَقْبِضْهَا كَالدَّارِ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى وَلَدِهِ فَيَحُوزُهَا عَنْهُ سَنَةً وَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَجَعَلَهَا لَهُ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ تَسَلَّفَهَا فَمَاتَ فَذَلِكَ بَاطِلٌ بِخِلَافِ مَا لَوْ وَهَبَهُ دَيْنًا ثُمَّ قَبَضَهُ الْأَبُ فَظَاهِرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيهَا مُخَالِفٌ لِقَوْلِ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ إمْضَاءَ الْهِبَةِ بِأَنَّهَا حِيزَتْ مُدَّةً، وَشَبَّهَ ذَلِكَ بِالدَّارِ تُحَازُ سَنَةً ثُمَّ رَجَعَ الْوَاهِبُ إلَى سُكْنَاهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْوَاهِبَ لَوْ تَسَلَّفَهَا بَعْدَ أَنْ حِيزَتْ عَنْهُ نَفَذَتْ الْهِبَةُ غَيْرَ أَنَّهُ إنَّمَا نَصَّ عَلَى الْقَبْضِ فِي مَسْأَلَةِ السَّفَرِ وَإِنَّ ذَلِكَ إنْ كَانَ لِعُذْرِ السُّكْنَى جَائِزٌ وَلَمْ يَذْكُرْ انْتِفَاعَ الْأَبِ بِهَا بَعْدَ الْقَبْضِ وَذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ قَبْضَ الْأَبِ لِلدَّيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ تَسَلُّفَهُ لَهُ

. . . .

[المنتقى]

وَلَا انْتِفَاعَهُ بِهِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا شَبَّهَ مَسْأَلَةَ السَّفَرِ بِمَنْ حِيزَتْ عَنْهُ الدَّارُ سَنَةً اقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ انْتِفَاعَهُ بِهَا بَعْدَ أَنْ حِيزَتْ عَنْهُ لَا تَبْطُلُ الْحِيَازَةُ وَاقْتَضَى ذَلِكَ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ قَبْضَ الْأَبِ لَهَا بَعْدَ حِيَازَةِ الْأَجْنَبِيِّ لَا يُبْطِلُ الْحِيَازَةَ، وَإِنَّمَا يُبْطِلُهَا انْتِفَاعُ الْأَبِ بِهَا وَسَلَفُهُ إيَّاهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الْحِيَازَةَ قَدْ وُجِدَتْ فِيهَا فَلَا يَضُرُّهُ مَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ دَيْنًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ فَقَبَضَهُ الْأَبُ وَمَاتَ وَهُوَ بِيَدِهِ.

وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى صِحَّتِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ حِيَازَةَ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِيهَا ضَعْفٌ، وَكَذَلِكَ الْغَائِبُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا تَخْتَصُّ حِيَازَةُ النَّائِبِ عَنْهُ بِأَنَّ الْهِبَةَ تَتَعَيَّنُ بِقَبْضِهِ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ فَإِذَا اسْتَرْجَعَهَا الْأَبُ مِنْ يَدِهِ وَصَرَفَهَا فِي مَنْفَعَتِهِ بَطَلَتْ الْهِبَةُ، وَلَوْ تَسَلَّفَهَا مِنْ الْكَبِيرِ بَعْدَ أَنْ تَتِمَّ حِيَازَتُهَا لَمْ تَبْطُلْ الْهِبَةُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ، أَوْ حَبَسَ عَلَى صِغَارِ وَلَدِهِ فَجَعَلَ مَنْ يَحُوزُ لَهُمْ فَحَازَ ذَلِكَ الْأَبُ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ فَوُجِدَتْ عِنْدَهُ فَإِنَّ ذَلِكَ يُبْطِلُ، قَالَ مُطَرِّفٌ إلَّا أَنْ يَشْهَدَ الْأَبُ أَنَّهُ رَدَّ حِيَازَتَهَا إلَيْهِ، قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يَنْفَعُهُ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ حَدَثَ فِي مَنْ كَانَ يَحُوزُهَا سَفَهٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ إذَا أَشْهَدَ.

وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَقَوْلُ مُطَرِّفٍ هُوَ مُوَافِقٌ لِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ فِي أَنَّ قَبْضَهَا لِلْحِفْظِ لِلِابْنِ، وَقَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ كَذَلِكَ إلَّا أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الْإِشْهَادَ ضَرُورَةَ الْأَخْذِ لَهَا مِنْ الْحَائِزِ بِسَفَهِهِ وَتَتَّفِقُ أَقْوَالُهُمْ عَلَى أَنَّ لِحِيَازَةِ الْأَجْنَبِيِّ تَأْثِيرًا فِي صِحَّةِ الْحِيَازَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ وَمَا يُكَالُ، أَوْ يُوزَنُ فَقَدْ رَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ مَنْ قَبَضَ لِابْنِهِ الصَّغِيرَ مَا فِي يَدِهِ وَحَازَ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ جَازَ إذَا كَانَ شَيْئًا مُعَيَّنًا وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ مِنْ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالطَّعَامِ وَسَائِرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ إلَّا أَنْ يَضَعَهُ بِيَدِ غَيْرِهِ وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ فَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ لَمْ تَصِحَّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَصِحُّ قَبْضُهُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَبَ قَدْ يُتْلِفُ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ، أَوْ يَتْلَفُ بِغَيْرِ سَبَبِهِ وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْرَفَ عَيْنُهُ فَلَا يُعْلَمُ إنْ كَانَ مَا وُجِدَ هُوَ الَّذِي كَانَ وَهَبَهُ، أَوْ غَيْرُهُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ يَجُوزُ أَنْ يَحُوزَهَا الْأَبُ إذَا وَضَعَهَا فِي شَيْءٍ وَخَتَمَ عَلَيْهَا

وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ تَتَمَيَّزُ وَيُمْكِنُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا وَيَكُونُ كَالْعَبْدِ وَالثَّوْبِ وَمَا يَتَمَيَّزُ عَيْنُهُ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِ الْمَدَنِيِّينَ فِي حِيَازَةِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْمِصْرِيِّينَ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقُولَ مِثْلَ ذَلِكَ فِي كُلِّ مَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ، أَوْ مَعْدُودٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الدَّنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ وَهَذَا مُتَّفَقٌ عَلَى أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِدَارٍ فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا حَتَّى بَاعَهَا ثُمَّ مَاتَ فِيهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُشْتَرِي فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ الصَّدَقَةُ جَائِزَةٌ وَالثَّمَنُ لِلْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا مَاتَ فِي دَارِ الْمُشْتَرِي وَسَوَاءٌ بَاعَهَا بِاسْمِ الْوَلَدِ، أَوْ جُهِلَ ذَلِكَ حَتَّى تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ بَاعَهَا لِنَفْسِهِ اسْتِرْجَاعًا لَهُ فِيهَا فَإِنْ عَثَرَ عَلَى ذَلِكَ فِي حَيَاتِهِ رَدَّ الْبَيْعَ وَرَجَعَتْ الدَّارُ لِلْوَلَدِ، وَإِنْ لَمْ يَعْثُرْ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى مَاتَ الْأَبُ بَطَلَتْ الصَّدَقَةُ وَنَفَذَ الْبَيْعُ وَسَوَاءٌ مَاتَ فِيهَا، أَوْ قَبَضَهَا الْمُشْتَرِي، وَأَمَّا لَوْ خَرَجَ مِنْهَا بَعْدَ الصَّدَقَةِ ثُمَّ بَاعَهَا فَسَوَاءٌ بَاعَهَا لِنَفْسِهِ اسْتِرْجَاعًا، أَوْ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَالْبَيْعُ مَرْدُودٌ لِلْوَلَدِ، مَاتَ الْأَبُ أَوْ لَمْ يَمُتْ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فِي تَرِكَةِ الْأَبِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الِابْنِ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ الْأَبُ شَيْئًا وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ سَاكِنًا فِيهَا وَأَشْهَدَ عَلَى احْتِيَازِهَا لِابْنِهِ ثُمَّ بَاعَهَا بِاسْمِ الِاسْتِرْجَاعِ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي بَاعَ بَعْدَ أَنْ أَخْلَاهَا مِنْ سُكْنَاهُ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِحَوَانِيتَ وَمَسَاكِنَ لَهَا غَلَّاتٌ فَلَمْ يُعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِيهَا لِلِابْنِ بِاسْمِهِ، أَوْ بِاسْمِ نَفْسِهِ فَذَلِكَ لِلِابْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَكْرَاهَا وَلَمْ يَقُلْ أَكْرَيْتُ لِابْنِي، وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْ ذَلِكَ إلَى أَحَدٍ غَيْرِهِ يَحُوزُهُ لِابْنِهِ.

وَقَالَهُ مَالِكٌ وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ يَقُولُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إذَا ثَبَتَ الْكِرَاءُ بِاسْمِ نَفْسِهِ وَعَابَهُ وَكَرِهَهُ كَرَاهِيَةً شَدِيدَةً، وَقَالَ هَذَا خِلَافُ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ

. . . .

[المنتقى]

بِمِائَةِ شَاةٍ مِنْ غَنَمِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهَا فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إنْ لَمْ يُسَمِّ الْغَنَمَ، أَوْ يَصِفْهَا بِمَا تُعْرَفُ بِأَعْيَانِهَا وَأَهْلِ الْبَادِيَةِ يُسَمُّونَ الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ كَمَا يُسَمِّي أَهْلُ مِصْرِ الْخَيْلَ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَابْنِ حَبِيبٍ قَالَ أَصْبَغُ: وَقَدْ كَانَ يَقُولُ إذَا ذَكَرَ عِدَّةً مِنْ غَنَمِهِ، أَوْ خَيْلِهِ وَتَرَكَ ذَلِكَ شَرِكَةً فَهُوَ جَائِزٌ ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ، زَادَ فِي الْعُتْبِيَّةِ هُوَ وَأَصْحَابُهُ، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَبِهَذَا أَخَذَ ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ دِينَارٍ وَاسْتَثْنَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ الْعَيْنَ وَالْمَسْكَنَ وَالْمَلْبُوسَ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ يُرِيدُ إذَا لَبِسَهُ أَوْ سَكَنَهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إذَا لَمْ يُعَيِّنْهَا فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ حِيَازَتُهَا لِابْنِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ فِيهَا فَلَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِوَلَدِهِ كَالرَّهْنِ الْمُشَاعِ لَوْ بَقِيَ بِيَدِ الرَّاهِنِ لَمْ تَصِحَّ الْحِيَازَةُ فِيهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْقَبْضَ وَالتَّسْلِيمَ يَصِحُّ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْعَطِيَّةِ وَالرَّهْنِ أَنَّهُ يَحُوزُ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ الْعَطِيَّةَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحُوزَ لَهُ مَا وَهَبَ لَهُ إيَّاهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ، أَوْ وَهَبَهُ نِصْفَ غَنَمِهِ، أَوْ نِصْفَ عَبِيدِهِ، أَوْ دَارِهِ مُشَاعًا قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا الْجَوَازُ وَالْأُخْرَى الْإِبْطَالُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ تَصَدَّقَ بِجُزْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَتَرَكَ بَاقِيهَا لِنَفْسِهِ، أَوْ جَعَلَ الْبَاقِيَ لِلسَّبِيلِ فَحَازَ ذَلِكَ الْأَبُ حَتَّى مَاتَ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَالْعُتْبِيَّةِ مَا كَانَ لِلِابْنِ فَهُوَ نَافِذٌ وَيَبْطُلُ مَا كَانَ لِلسَّبِيلِ رَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَرَوَاهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ. وَقَالَ أَصْبَغُ أَرَى أَنْ يَبْطُلَ كُلُّهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا وَلَا شَيْءَ لِلِابْنِ وَلَا لِلسَّبِيلِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ قَبْضَهُ لِابْنِهِ الْجُزْءَ الْمُشَاعَ يَصِحُّ كَمَا يَصِحُّ فِي الْمُعَيَّنِ الْمُفْرَدِ الْمُتَمَيِّزِ وَيَبْطُلُ مَا لِابْنِ السَّبِيلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحُوزُ لَهُمْ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنْ قَبْضَهُ الْجُزْءَ الْمُشَاعَ لِابْنِهِ وَبَاقِيهِ لَهُ، أَوْ رَاجِعٌ إلَيْهِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ مَا يَقْبِضُهُ لِابْنِهِ مِمَّا أَبْقَاهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ عِدَّةً مِنْ جُمْلَةِ دَرَاهِمَ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ إشْهَادُهُ بِالْحِيَازَةِ لِابْنِهِ حِيَازَةً، وَقَدْ رَأَيْت مَعْنَاهُ لِلْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحُوزَ لِلصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ مَا وَهَبَهُ إلَّا الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ، أَوْ السُّلْطَانُ، أَوْ مَنْ يَلِيهِ فَأَمَّا غَيْرُ هَؤُلَاءِ مِنْ أُمٍّ، أَوْ أَخٍ، أَوْ جَدٍّ، أَوْ غَيْرِهِمْ فَلَا يَحُوزُ لَهُ مَا وَهَبَهُ يَتِيمًا كَانَ، أَوْ ذَا أَبٍ رَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ

مَالِكٍ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ حَوْزَ الْأُمِّ عَلَى الْيَتِيمِ الصَّغِيرِ حِيَازَةٌ فِيمَا وَهَبَتْهُ لَهُ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ أَجْنَبِيٌّ، وَكَذَلِكَ مَنْ وَلِيَ صَبِيًّا عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ مِنْ الْأَجْنَبِيِّ، أَوْ مِنْ قَرِيبٍ فَحِيَازَتُهُ لَهُ جَائِزَةٌ فِيمَا وَهَبَهُ لَهُ هُوَ، أَوْ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانُوا إنَّمَا ابْتَدَءُوا وِلَايَتَهُ مِنْ يَوْمِ الصَّدَقَةِ فَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَقَالَهُ ابْنُ نَافِعٍ وَأَصْبَغُ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى يَتِيمٍ لَهُ، أَوْ صَغِيرٍ فِي حِجْرِهِ هَلْ يَحُوزُ لَهُ فَقَالَ لَا يَجُوزُ لَهُ إلَّا الْأَبُ، أَوْ وَصِيُّ الْأَبِ، أَوْ الْأُمِّ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَصِيَّةً وَالْأَجْدَادُ كَالْأَبِ فِي عَدَمِهِ وَالْجَدَّاتُ كَالْأُمِّ إذَا كَانَ فِي حِجْرٍ آخَرَ مِنْ هَؤُلَاءِ، وَأَمَّا غَيْرُهُمْ فَلَا يَجُوزُ لَهُ إلَّا أَنْ يَبْرَأَ مِنْهُمْ إلَى رَجُلٍ يَلِيهِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ غَيْرَ الْأَبِ لَا يَلِي الْمَالَ بِنَفْسِهِ وَلَا قَدَّمَهُ مَنْ يَلِيه بِنَفْسِهِ فَلَمْ تَصِحَّ حِيَازَتُهُ كَابْنِ الْعَمِّ.

وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ هَذَا قَدْ تَقَدَّمَتْ لَهُ وِلَايَةٌ وَنَظَرٌ فَصَحَّتْ حِيَازَتُهُ لَهُ وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُوصِي عَلَى وَلَدِهِ وَلَا كُلُّ أَحَدٍ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَصِلَ خَبَرُهُ إلَى السُّلْطَانِ فَيَلِيه أَوْ يُوَلِّي عَلَيْهِ فَمَنْ كَانَ وَلِيُّهُ غَيْرَهُ عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ، أَوْ الْقَرَابَةِ فِي حُكْمِ الْوَصِيِّ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ كُلَّ مَنْ لَهُ عَلَيْهِ وِلَادَةٌ يَجُوزُ أَنْ يَلِيَهُ وَيَحُوزَ لَهُ كَالْأَبِ إلَّا أَنَّ بَعْضَهُمْ مُقَدَّمٌ عَلَى بَعْضٍ لِقُوَّةِ سَبَبِهِ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا أَنَّ الْوَصِيَّ يَحُوزُ عَلَى يَتِيمِهِ مَا أَعْطَاهُ فَقَدْ قَالَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ إنَّمَا ذَلِكَ إذَا كَانَ مُفْرَدَ النَّظَرِ فَإِنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ وَلْيُخْرِجْهَا إلَى شَرِيكِهِ أَوْ إلَى غَيْرِهِ قَالَ وَقِيلَ إنَّ حِيَازَتَهُ تَامَّةٌ.

[بَابٌ فِي الَّذِينَ يُحَازُ عَلَيْهِمْ]

(بَابٌ فِي الَّذِينَ يُحَازُ عَلَيْهِمْ) وَالَّذِي يُحَازُ عَلَيْهِ هُوَ الصَّغِيرُ وَالْبِكْرُ الْبَالِغَةُ وَالسَّفِيهُ وَاسْمُ الْيَتِيمِ يَنْطَلِقُ عَلَى جَمِيعِهِمْ، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ

(106/6)

. . . .

[المنتقى]

شُيُوخُنَا وَقَالَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ، وَقَدْ بَسَطْت الْقَوْلَ فِيهِ فِي كِتَابِ السِّرَاجِ فَأَمَّا الصَّغِيرُ فَإِنَّ حَدَّ الصِّغَرِ يُذْكَرُ فِي الْجِنَايَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي الصَّغِيرِ أَنَّهُ إذَا بَلَغَ لَمْ يُدْفَعْ إلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يُؤْنَسَ رُشْدُهُ قَالَهُ مُحَمَّدٌ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا يُدْفَعُ إلَيْهِ مَالُهُ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَالدَّلِيلُ عَلَى

ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: 6] فَجَعَلَ تَعَالَى إِينَاسَ الرُّشْدِ شَرْطًا فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الصَّغِيرَ إِنَّمَا يُخَافُ عَلَيْهِ إِفْسَادُ الْمَالِ وَتَأْثِيرُ الرُّشْدِ فِي حِفْظِ الْمَالِ أَكْثَرُ مِنْ تَأْثِيرِ الْبُلُوغِ فَإِذَا رُوْعِي الْبُلُوغُ فَبِأَنْ يُرَاعَى الرُّشْدُ أَوْلَى وَأَحْرَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الصَّغِيرِ فِي الْحَجْرِ مَا لَمْ تُعَنِّسْ فَإِنْ عَنَّسَتْ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبِكْرِ يَجُوزُ لَهَا أَبُوهَا، وَإِنْ عَنَّسَتْ وَقَالَ أَيْضًا: إلَّا أَنْ تَكُونَ عَنَّسَتْ وَرَضِيَتْ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا بِكْرٌ ذَاتُ أَبٍ فَلَزِمَهَا حَجْرُهُ كَالَّتِي لَمْ تُعَنِّسْ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا بَالِغَةٌ رَشِيدَةٌ خَبِيرَةٌ بِمَصَالِحِهَا فَزَالَ عَنْهَا الْحَجْرُ كَالثَّيِّبِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَجُوزُ لَهَا مَا لَمْ تَبْلُغْ التَّعْنِيسَ الْكَثِيرَ فَإِذَا بَلَغَتْ الْخَمْسِينَ وَالسِّتِّينَ فَهَذِهِ تَحُوزُ لِنَفْسِهَا وَلَا شَيْءَ لَهَا إلَّا أَنْ تَحُوزَ لِنَفْسِهَا وَهِيَ كَالَّتِي تَلِي مَالَهَا وَلَا يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا إلَّا بِرِضَاهَا فَإِنْ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا لَمْ أَفْسَخْهُ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ تَجُوزُ حِيَازَتُهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ رَضِيَ حَالَهَا وَجَاوَزَتْ الثَّلَاثِينَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مَا لَمْ تُعَنِّسْ جِدًّا فَتَبْلُغُ السِّتِّينَ وَنَحْوَهَا فَهَذِهِ إنْ لَمْ تَحُزْ لِنَفْسِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا وَوَقَعَ الِاتِّفَاقُ عَلَى التَّعْنِيسِ الْكَثِيرُ وَهُوَ بُلُوغُ الْخَمْسِينَ وَالسِّتِّينَ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي ظَاهِرِ الْأَمْرِ فِي التَّعْنِيسِ الْأَوَّلِ بِسِنِّ الثَّلَاثِينَ وَبِمَا زَادَ عَلَيْهَا الزِّيَادَةَ الْقَرِيبَةَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَمْ تَبْرُزْ بَعْدُ الْبُرُوزَ التَّامَّ.

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ: إذَا عَنَّسَتْ فِي بَيْتِ وَالِدِهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ هِبَتَهَا وَلَا عِتْقَهَا وَلَمْ يَحُدَّ.

وَقَالَ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ فِعْلُهَا، وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ: الَّتِي بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ سَنَةً وَخَمْسِينَ سَنَةً إذَا رَضِيَ حَالَهَا جَازَ فِعْلُهَا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَذَلِكَ عِنْدَنَا فِي الَّتِي لَا أَبَ لَهَا وَلَا وَصِيَّ وَلَا وَلِيَّ مِنْ السُّلْطَانِ فَلَمْ يَسْلَمْ مِنْ الِاخْتِلَافِ بِالتَّحْدِيدِ إلَّا الَّتِي بَلَغَتْ السِّتِّينَ؛ لِأَنَّهَا نِهَايَةُ التَّعْنِيسِ وَابْتِدَاءُ الشَّيْخُوخَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا السَّفِيهُ فَهُوَ الَّذِي لَا مَعْرِفَةَ لَهُ بِحِفْظِ مَالِهِ، وَوَجْهُ إصْلَاحِهِ وَهَلْ يُرَاعَى فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَعَهُ فِسْقٌ فِي دِينِهِ أَمْ لَا قَالَ أَشْهَبُ لَا يُنْظَرُ إلَى سَفَهِهِ فِي دِينِهِ إذَا كَانَ لَا يُخْدَعُ فِي مَالِهِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَحَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْمُولَى عَلَيْهِ لَا يُدْفَعُ إلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يُحْكَمَ بِهِ بِالرُّشْدِ فِي الْحَالِ

وَالْمَآلِ، وَهَذَا عِنْدَنَا فِي إزَالَةِ الْحَجْرِ عَنْهُ وَأَمَّا فِي رَدِّهِ إلَى الْحَجْرِ فَلَا يُرَاعَى فِيهِ فِسْقُهُ وَهُوَ قَوْلُ الْمَدَنِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا وَقَوْلُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الصَّلَاحَ فِي الدِّينِ مَعْنًى لَا يُرَاعَى فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِ فَلَمْ يُرَاعَ فِي حِفْظِهِ كَحِفْظِ الْقُرْآنِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الصَّلَاحَ فِي الدِّينِ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ وَبِهِ يُعْلَمُ إصْلَاحُهُ لِلْمَالِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ يَتَصَدَّقُ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا حَالُهَا فِي الْحِيَازَةِ حَالُ الْحُرَّةِ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ: وَيَجُوزُ السَّيِّدُ لِأُمِّ وَلَدِهِ مَا حَبَسَهُ عَلَيْهَا لِمَا فِي كِتَابِ الْحَبْسِ وَالصَّدَقَةِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ الرَّجُلَ يَحُوزُ عَطِيَّتَهُ لِمَنْ يَلِي أَمْرَهُ وَيَجُوزُ عَلَيْهِ قَضَاءَهُ يُرِيدُ أَنَّ قَضَاءَ السَّيِّدِ يَجُوزُ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ فِي مَالِهَا فَكَانَتْ مِمَّنْ يَحُوزُ عَلَيْهَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ مَالِي يَعْنِي لَمْ أُعْطِ أَحَدًا يُرِيدُ أَنَّهُ يَمْنَعُ مِنْهُ وَرَثَةَ الِابْنِ، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ هُوَ لِابْنِي قَدْ كُنْت أَعْطَيْته إيَّاهُ فَوَعَظَ عُمَرُ وَنَهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا وَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِفَاعِلِهِ وَأَنَّهُ إذَا أَعْطَى ابْنَهُ عَطِيَّةً ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِهَا وَيَقُولُ هَذَا مَالِي وَرُبَّمَا حَجَرَ الْإِعْطَاءَ وَأَخْفَى وَثِيقَةَ

(107/6)

مَا لَا يَجُوزُ مِنْ الْعَطِيَّةِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَعْطَى أَحَدًا عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ ثَوَابَهَا فَأَشْهَدَ عَلَيْهَا فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلَّذِي أُعْطِيهَا إلَّا أَنْ يَمُوتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الَّذِي أُعْطِيَهَا قَالَ: وَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي إمْسَاكَهَا بَعْدَ أَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إذَا قَامَ عَلَيْهَا صَاحِبُهَا أَخَذَهَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً ثُمَّ نَكَلَ الَّذِي أَعْطَاهَا فَجَاءَ الَّذِي أُعْطِيَهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ ذَلِكَ عَرْضًا كَانَ ذَلِكَ، أَوْ ذَهَبًا، أَوْ وَرِقًا، أَوْ حَيَوَانًا أُحْلِفَ الَّذِي أَعْطَى مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ فَإِنْ أَبَى الَّذِي أَعْطَى أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ الْمُعْطِي، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَيْضًا أَدَّى إلَى الْمُعْطِي مَا ادَّعَى عَلَيْهِ إذَا كَانَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ) .

[المنتقى]

الْعَطِيَّةِ وَلَا يَحِلُّ أَيْضًا أَنْ يُعْطِيَهُ عَطَاءً لَمْ يَبْتِلْهُ لَهُ ثُمَّ يُدْرِكَ الْمَوْتُ الْأَبَ فَيُعَرِّيَهُ عَنْ بَعْضِ وَرَثَتِهِ وَيَقُولَ قَدْ كُنْت وَهَبْته لِابْنِي وَهُوَ لَمْ يَبْتِلْ تِلْكَ الْهِبَةَ ثُمَّ قَالَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَنْ نُحِلَ نِحْلَةً فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نُحِّلَهَا حَتَّى تَكُونَ لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلٌ وَظَاهِرُ هَذَا اللَّفْظِ يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ الْمَنْحُولُ كَبِيرًا يَحُوزُ لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا لِصَغِيرٍ فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ قَدْ يَحُوزُ لَهُ غَيْرُهُ، وَقَدْ يَحُوزُ لِلْكَبِيرِ غَيْرُهُ عَلَى مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّاب أَنْ يَحُوزَ لِنَفْسِهِ، أَوْ يَحُوزَ لَهُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ بِتَوْكِيلٍ، أَوْ وَجْهٍ سَائِغٍ فِي الشَّرْعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا لَا يَجُوزُ مِنْ الْعَطِيَّةِ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ بِهَا الثَّوَابَ وَلَا الْعِوَضَ، وَإِنَّمَا يَبْتَلُّهَا لِلْمُعْطَى دُونَ عِوَضٍ وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا فَإِنَّهَا بِالْإِشْهَادِ تَثْبُتُ لِلْمُعْطِي فَلَيْسَ لِلْمُعْطِي الرُّجُوعُ فِيهَا؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَلْزَمُ بِالْقَوْلِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا أَنَّ الصَّدَقَةَ وَالْهِبَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ وَإِنَّمَا تَلْزَمُ بِالْقَبْضِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1] وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «الْعَائِدُ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ فَلَمْ يَفْتَقِرْ لُزُومُهُ إلَى قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ لَا يُقْضَى بِهِ وَضَرْبٌ يُقْضَى بِهِ فَأَمَّا مَا لَا يُقْضَى بِهِ فَمَا كَانَ مِنْ صَدَقَةٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ حَبْسٍ عَلَى وَجْهِ الْيَمِينِ عَلَى مُعَيَّنِينَ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنَيْنِ اتَّفَقَ أَصْحَابُنَا ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَغَيْرُهُمَا عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَلَكِنَّهُ يُؤْمَرُ بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الْبِرَّ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اللَّجَاجَ وَتَحْقِيقُ مَا نَازَعَ فِيهِ فَيُؤْمَرُ بِهِ وَلَا يُقْضَى بِهِ عَلَيْهِ وَمِثْلُهُ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ كُلُّ جَارِيَةٍ أَتَسَرَّرَهَا عَلَيْك فَهِيَ صَدَقَةٌ عَلَيْك، وَإِنْ وَطِئْت جَارِيَتِي هَذِهِ فَهِيَ صَدَقَةٌ عَلَيْك فَتَسَرَّرَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ زَيْدٍ: لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهَا، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ يَمِينٍ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى إخْرَاجِهَا وَحَكَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَشْهَبَ لَا يُجْبَرُ عَلَى إخْرَاجِهَا إلَّا إذَا كَانَتْ الصَّدَقَةُ عَلَى مُعَيَّنٍ بَلْ خُصُومَتُهُ لَا لِلْمَسَاكِينِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذِهِ صَدَقَةٌ عَلَى وَجْهِ الْبِرّ فَوَجَبَ أَنْ يُقْضَى عَلَيْهِ بِإِخْرَاجِهَا كَالْأَحْبَاسِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ إذَا كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ لَمْ يَسْتَحِقَّ أَحَدٌ الْمُطَالَبَةَ بِهَا فَيُقْضَى لَهُ.

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً ثُمَّ نَكَلَ الْمُعْطِي يُرِيدُ أَنْكَرَ ذَلِكَ فَشَهِدَ لِلْمُعْطَى شَاهِدٌ وَاحِدٌ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنْ أَنَّ الْمُعْطِيَ أَعْطَاهُ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ عَرْضٍ، أَوْ حَيَوَانٍ، أَوْ ذَهَبٍ، أَوْ وَرِقٍ مِثْلِ أَنْ يَكُونَ الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ كَالْحُلِيِّ وَالتِّبْرِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ لَا يَتَعَيَّنُ بِعَقْدٍ فَكَانَ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ بِيَدِ الْمُعْطِي فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا فِي ذِمَّتِهِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِلرَّجُلِ: اشْهَدْ أَنَّ لِفُلَانٍ فِي مَالِي مِائَةَ دِينَارٍ صَدَقَتُهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ، وَأَمَّا الرَّجُلُ

(108/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ ثَوَابَهَا ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطَى فَوَرَثَته بِمَنْزِلَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمُعْطَى عَطِيَّتَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً لَمْ يَقْبِضْهُ فَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي أَنْ يُمْسِكَهَا، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ أَعْطَاهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إذَا قَامَ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا) .

[المنتقى]
يَسْأَلُ الرَّجُلَ السَّلَفَ، أَوْ الْهِبَةَ فَيَقُولُ: أَنَا أُسَلِّفُك وَأَنَا أَهَبُك فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَوْعِدٌ لِغَيْرِ سَبَبٍ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا كَانَ السَّلَفُ وَالْعِدَّةُ لِغَيْرِ سَبَبٍ يَتَسَبَّبُ بِهِ وَلَا حَاجَةَ يَذْكُرُهَا فَإِنْ كَانَتْ الْعِدَّةُ مِنْ رَجُلٍ بِسَبَبٍ يَتَسَبَّبُ بِهِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أُرِيدُ الْحَجَّ، أَوْ السَّفَرَ، أَوْ نِكَاحًا، أَوْ شِرَاءَ سِلْعَةٍ، أَوْ هَدْمَ دَارِي وَبُنْيَانَهَا فَيَقُولَ لَهُ الرَّجُلُ: افْعَلْ ذَلِكَ وَأَنَا أُسَلِّفُك فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِسَحْنُونٍ أَنَّ هَذِهِ الْعِدَّةَ لَازِمَةٌ لِمَنْ وَعَدَهَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهَا؛ لِأَنَّهَا لَازِمَةٌ بِالْقَوْلِ كَالنَّظْرَةِ بِالدَّيْنِ تَلْزَمُ بِالْقَوْلِ سَوَاءٌ قَالَ: أَنْظُرُك أَوْ أَنْظَرْتُك، وَكَذَلِكَ فِي هَذَا سَوَاءٌ قَالَ: أُسَلِّفُك أَوْ أَسْلَفْتُك سَوَاءٌ ذَكَرَ أَجَلًا لِلسَّلَفِ، أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَإِنْ ذَكَرَ الْأَجَلَ لَزِمَهُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ لَزِمَهُ مِنْ الْأَجَلِ بِقَدْرِ مَا يَرَى أَنَّ مِثْلَهُ فِي غِنَاهُ وَقُوَّتِهِ عَلَى السَّلَفِ يُسَلِّفُ مِثْلَ التَّسَلُّفِ فِي غِنَاهُ وَقُوَّتِهِ عَلَى الْأَدَاءِ يُرَاعَى الْأَمْرَانِ فِي ذَلِك وَعَنْهُ أَنَّهُ يُرَاعَى مَعَ ذَلِكَ قَدْرُ الدَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ مَا اسْتَسْلَفَ، أَوْ اسْتَعَارَ بِسَبَبِهِ لَا يُفْضِي إلَى التَّسَبُّبِ بِشَيْءٍ وَلَكِنَّهُ أَسْلَفَ لِحَاجَةٍ ذَكَرَهَا مِثْلَ

أَنْ يَقُولَ لَهُ إنَّ غُرَمَائِي يُلْزِمُونَنِي بِدَيْنٍ فَأَسْلِفْنِي أَقْضِهِمْ أَوْ يَقُولُ أَعِرْنِي دَابَّتَك أَرْكَبُهَا غَدًا إلَى مَوْضِعِ كَذَا وَيَذْكُرُ حَاجَتَهُ فَيُعِدْهُ عَلَى ذَلِكَ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِأَصْبَغَ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ تَسَبَّبَ لِحَاجَتِهِ، أَوْ لَمْ يَتَسَبَّبْ لَهَا إلَّا أَنْ يَتْرُكَ حَاجَتَهُ تِلْكَ فَيَسْقُطُ عَنْ الْوَاعِدِ حُكْمُ عِدَّتِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَيَحْلِفُ الْمُعْطِي مَعَ شَاهِدِهِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْحُكْمِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فَإِنْ أَبَى الْمُعْطِي أَنْ يَحْلِفَ لَقَدْ أَعْطَاهُ مَا شَهِدَ بِهِ شَاهِدُهُ حَلَفَ الْمُعْطَى أَنَّهُ مَا أَعْطَاهُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ حُكِمَ الْمُعْطِي بِهَا دُونَ يَمِينٍ لِنُكُولِ الْمُعْطَى بَعْدَ رَدِّ الْيَمِينِ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ نَكَلَ عَنْ يَمِينٍ رُدَّتْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ كَمَنْ ادَّعَى قِبَلَ زَيْدٍ مَالًا فَلَمْ يَحْلِفْ زَيْدٌ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي فَنَكَلَ فَإِنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِبُطْلَانِ دَعْوَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ ظَاهِرُهُ لَيْسَتْ لَهُ يَمِينٌ وَلَا غَيْرُهَا عَلَى مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْهِبَةَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْهِبَةَ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ الْهِبَةُ مُعَيَّنَةً وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعِي أَمَّا مَا لَمْ يَكُنْ فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعِي فَالظَّاهِرُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى وَوَجْهُ ذَلِكَ ضَعْفُ سَبَبِ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ فِي دَعْوَى الْحُقُوقِ اللَّازِمَةِ بِاتِّفَاقٍ لَا يَجِبُ الْيَمِينُ إلَّا بِسَبَبٍ يُقَوِّي الدَّعْوَى فَكَانَ يَضْعُفُ الْهِبَةَ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِي لُزُومِهَا وَحَاجَتِهَا عِنْدَ مَالِكٍ إلَى الْحِيَازَةِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْهِبَةُ الْيَمِينُ فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ وَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْهِبَةَ أُخِذَ مِنْهُ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ فِي ذِمَّةِ مُدَّعِي الصَّدَقَةِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِعَمْرٍو دَيْنٌ قِبَلَ زَيْدٍ فَيَطْلُبُهُ مِنْهُ فَيَقُولُ زَيْدٌ قَدْ وَهَبْتنِيهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ لِعَمْرٍو عَلَى زَيْدٍ بِذَلِكَ الدَّيْنِ إلَّا بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا وَهَبَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُعْطِيَ يُرِيدُ إخْرَاجَ مَا عِنْدَهُ فَإِنْ ادَّعَى الْغَرِيمُ فِيهِ مَا يُبَرِّئُ ذِمَّتَهُ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ إلَّا بَعْدَ يَمِينِهِ عَلَى إبْطَالِ تِلْكَ الدَّعْوَى كَمَا لَوْ ادَّعَى الْقَضَاءَ وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي قِسْمَةٌ أُخْرَى إنْ كَانَتْ الْهِبَةُ بِغَيْرِ يَدِ الْمَوْهُوبِ فَلَا يَمِينَ عَلَى الْوَاهِبِ، وَإِنْ كَانَتْ بِيَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ إلَّا بَعْدَ يَمِينِهِ أَنَّهُ مَا وَهَبَ سَوَاءٌ كَانَتْ الْهِبَةُ عَرْضًا أَوْ عَيْنًا يُصَحِّحُ هَذَا التَّقْسِيمَ أَنَّ مَنْ اسْتَحَقَّ عَرْضًا بِيَدِ رَجُلٍ وَزَعَمَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهُ مِنْهُ حَتَّى يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا بَاعَ وَلَا وَهَبَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ ثَوَابَهَا فَمَاتَ الْمُعْطَى فَوَرَثَتُهُ بِمَنْزِلَتِهِ يُرِيدُ

(109/6)

(الْقَضَاءُ فِي الْهِبَةِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ دَاوُد بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ إنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا)

[المنتقى]

أَنَّ هَذَا حُكْمُ هَذِهِ الْهِبَةِ، وَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ ثَوَابٍ؛ لِأَنَّ حُكْمَ هِبَةِ الثَّوَابِ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ هَذِهِ الْهِبَةِ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَالِكًا كَانَ يَقُولُ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ فَأَخْبَرَ أَنَّ مَوْتَ الْمُعْطَى لَا يُبْطِلُ الْهِبَةَ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ الَّذِي يُبْطِلُ الْهِبَةَ عَدَمُهُ لَا يَفُوتُ بِمَوْتِ الْمُعْطَى فَوَرَثَتُهُ يَقُومُونَ مَقَامَهُ لَهُمْ مِنْ الْقِيَامِ بِطَلَبِهَا وَإِمْضَاءِ مَا كَانَ لَهُ وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُعْطِي قَبْلَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَطِيَّةِ بِالْقَبْضِ قَدْ فَاتَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي بَاقِي الْبَابِ.

[الْقَضَاءُ فِي الْهِبَةِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَجُوزُ هِبَتُهُ لِلثَّوَابِ]

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ يُرِيدُ أَنْ يَقْصِدَ بِهَا الْقُرْبَةَ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا يُرِيدُ أَنَّهَا لَازِمَةٌ لَهُ لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا سَوَاءٌ قُبِضَتْ مِنْهُ، أَوْ لَمْ تُقْبَضْ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً رَأَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ وَلَيْسَتْ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ فَإِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا كَانَ لَهُ ارْتِجَاعُهَا كَالسِّلْعَةِ يَعْرِضُهَا لِلْبَيْعِ فَإِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ إخْرَاجُهَا

وَقَوْلُهُ يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ يُحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْوَاهِبُ مِمَّنْ ظَاهِرُ هِبَتِهِ قَصْدُ الثَّوَابِ بِأَنْ يَهَبَ لِلثَّوَابِ وَيَعْتَقِدُهُ وَلَعَلَّهُ يَعْلَمُ بِهِ غَيْرُ الْمَوْهُوبِ لَهُ فَإِنْ اشْتَرَطَ الثَّوَابَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَهُوَ كَبَائِعِ السِّلْعَةِ بِقِيمَتِهَا، وَلَكِنْ إنْ وَهَبَ وَسَكَتَ عَنْ ذِكْرِ الثَّوَابِ ثُمَّ قَامَ يَطْلُبُ الثَّوَابَ فَهُوَ الَّذِي جَاءَ فِيهِ قَوْلُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ أَصْبَغُ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي الْوَجْهَيْنِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ

الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَهُوَ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ الثَّوَابَ فَقَدْ عُرِفَ أَنَّهُ الْمَقْصُودُ وَالْمَعْرُوفُ كَالشَّرْطِ.
وَفِي هَذَا خَمْسَةُ أَبْوَابٍ.
الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَجُوزُ هِبَتُهُ لِلثَّوَابِ وَمَا لَا يَجُوزُ وَمَا يَكُونُ عِوَضًا فِي هِبَةِ الثَّوَابِ.
الْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ يَحْمِلُ هِبَتَهُ عَلَى الثَّوَابِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ.
الْبَابُ الثَّالِثُ فِي مُقْتَضَى الْهِبَةِ مِنْ اللُّزُومِ أَوْ الْجَوَازِ.
الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا تَفُوتُ بِهِ الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ.
الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِ وُجُودِ الْعَيْبِ بِهَا.
(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَجُوزُ هِبَتُهُ لِلثَّوَابِ وَمَا لَا يَجُوزُ وَمَا يَكُونُ عِوَضًا فِي هِبَةِ الثَّوَابِ) اعْلَمْ أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ هِبَتُهُ لِلثَّوَابِ كَالْعَبْدِ الْآبِقِ وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ وَالْجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَمَا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ مِنْ ثَمَرٍ، أَوْ حَبٍّ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَلَا يَجُوزُ عَقْدُهُ بِالْعَبْدِ الْآبِقِ كَالْبَيْعِ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَصْلُحُ أَنْ يُوهَبَ لِلثَّوَابِ فَإِنْ شُرِطَ فِي ذَلِكَ ثَوَابٌ فَهِيَ هِبَةٌ مَرْدُودَةٌ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إنْ اشْتَرَطَهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَرْضًا، أَوْ طَعَامًا وَمِثْلُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَا يُعْجِبُنَا ذَلِكَ وَهِيَ غَيْرُ جَائِزَةٍ وَلْيَرُدَّ الْمِثْلَ فِيهَا، وَكَذَلِكَ الْفِضَّةُ وَالذَّهَبُ غَيْرُ الْمَسْكُوكِ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ أَنَّ الْقِيمَةَ إنَّمَا تَكُونُ بِالْعَيْنِ فَإِذَا كَانَتْ الْهَدِيَّةُ عَيْنًا فَإِنَّمَا تَكُونُ قِيمَتُهَا مِنْ أَصْنَافِ الْعُرُوضِ ثَبَتَتْ فِي الذِّمَّةِ غَيْرَ مَوْصُوفَةٍ وَلَا مُؤَجَّلَةٍ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ وَمَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَيْسَ فِي أَعْيَانِهَا غَرَضٌ وَلَا فِيهَا مَقْصِدٌ غَيْرُ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَإِنَّمَا هِبَةُ الثَّوَابِ فِيهَا يُتَاحِفُ بِهِ الْوَاهِبُ مِمَّا يَكُونُ فِيهِ غَرَضٌ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ فَيَثْبُتُ عَلَيْهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أَوْ أَكْثَرَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كُلَّ مَا صَحَّ بَيْعُهُ صَحَّ أَنْ يُوهَبَ لِلثَّوَابِ كَالْعُرُوضِ.
1 –
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ

. . . .

[المنتقى]

يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ مِنْ الْمَذْهَبِ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي السَّبَائِكِ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ السَّفَاتِجِ وَالنَّقَّارِ وَالْحُلِيِّ الْمَكْسُورِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ ذَهَبٌ، أَوْ فِضَّةٌ لَا غَرَضَ فِي هِبَتِهِ غَيْرَ مَبْلَغِهِ فَلَا يُوهَبُ لِلثَّوَابِ، وَإِنْ وَهَبَ فَهُوَ مَرْدُودٌ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا هِبَةُ الْحُلِيِّ الْمَصُوغِ لِلثَّوَابِ فَأَجَازَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَجُوزُ هَذَا بِحَالٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَجُوز بَيْعُهُ وَفِي عَيْنِهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ فَجَازَ أَنْ يُوهَبَ لِلثَّوَابِ كَسَائِرِ الْعُرُوضِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ ذَهَبَ بَعْضُهُ لَا يَتَنَاجَزُ فِيهَا قَبْضٌ، أَوْ شِرَاءُ عَرْضٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ وَلَا مُؤَجَّلٍ فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ كَالْبَيْعِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ تُحْمَلُ هِبَتُهُ عَلَى الثَّوَابِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ]

(الْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ تُحْمَلُ هِبَتُهُ عَلَى الثَّوَابِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ) الْوَاهِبُ إذَا وَهَبَ وَشَرَطَ الثَّوَابَ فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ هِبَتَهُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الثَّوَابِ اقْتَضَى ذَلِكَ الْجَوَازَ، أَوْ الْمَنْعَ، وَأَمَّا إنْ وَهَبَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ قَصَدَ الثَّوَابَ وَطَلَبَهُ فَإِنْ كَانَتْ هِبَتُهُ مِنْ جِنْسِ مَا لَا يُوهَبُ لِلثَّوَابِ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ فَدَعْوَاهُ غَيْرُ صَحِيحٍ وَقَوْلُهُ مَرْدُودٌ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْ الْعِوَضِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ لَا يُقْبَلُ دَعْوَاهُ أَنَّهُ وَهَبَهُ لِلثَّوَابِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ مَنْ وَهَبَ قَمْحًا، أَوْ شَعِيرًا فَفِيهِ الثَّوَابُ، وَأَمَّا الَّذِي لَا ثَوَابَ فِيهِ مِنْهُ مِثْلُ الْفَاكِهَةِ، أَوْ الرُّطَبِ يُهْدَى لِلْقَادِمِ قَالَهُ مَالِكٌ، وَإِنْ قَامَ يَطْلُبُ مِنْهُ ثَوَابًا لَمْ يُعْطَ قَالَهُ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّنَانِيرَ لَا غَرَضَ فِي أَعْيَانِهَا، وَإِنَّمَا يُوهَبُ لِلثَّوَابِ مَا يَكُونُ الْغَرَضُ فِي عَيْنِهِ كَالْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ وَالْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ وَالْعَقَارِ، وَأَمَّا الْفَاكِهَةُ فَلَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِطَلَبِ الثَّوَابِ عَلَى مَا يُوهَبُ مِنْهَا لِلْقَادِمِ وَمِثْلُهُ، وَإِنَّمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنْ تُوهَبَ عَلَى سَبِيلِ التَّآلُفِ فَكَانَتْ مَحْمُولَةً عَلَى غَالِبِ الْمُعْتَادِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ غَيْرَ ذَلِكَ فِيهَا.

وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ الْعَطَّارِ: وَكَذَلِكَ مَا يَهَبُهُ لِلْفَقِيرِ الْقَادِمِ مِنْ سَفَرِهِ مَنْ التحف كَالتَّمْرِ وَشِبَهِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْهِبَةِ وَلَا الْعِوَضَ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُفْتِ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ لَا عِوَضَ لَهُ وَلَا لَهُ أَخْذُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفُتْ رَوَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِنَا يَرَى لَهُ أَخْذَهُ إنْ لَمْ يَفُتْ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هِبَتَهُ مَحْمُولَةٌ عَلَى غَيْرِ الْعِوَضِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ

هِبَةٍ قَدْ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا لَمْ تَفُتْ أُحْتُمِلَ وَقَوْلُهُ وَتَقُومُ بِمِلْكِهِ وَيَدِهِ حَلَفَ وَرُدَّتْ إلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا جَرَتْ عَادَةُ النَّاسِ بِبَلَدِنَا مِنْ إهْدَاءِ النَّاسِ بَعْضِهِمْ إلَى بَعْضِ الْكِبَاشَ وَغَيْرَهَا عِنْدَ النِّكَاحِ هَذَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ: إنَّ ذَلِكَ عَلَى الثَّوَابِ وَكَذَلِكَ رَأَيْت الْقَضَاءَ فِي بَلَدِنَا قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْمُهْدِيِّينَ وَالْمُهْدَى إلَيْهِمْ عَلَى ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّهُ الْمَعْرُوفُ قَالَ، وَذَلِكَ كَالشَّرْطِ فَقُضِيَ لِلْمُهْدِي بِقِيمَةِ الْكِبَاشِ حِينَ قَبَضَهَا الْمُهْدَى إلَيْهِ إنْ كَانَتْ مَجْهُولَةَ الْوَزْنِ فَإِنْ كَانَتْ مَعْلُومَةَ الْوَزْنِ قُضِيَ بِوَزْنِهَا، وَإِنْ كَانَ الْمُهْدَى إلَيْهِ بَعَثَ إلَى الْمُهْدِي قَدْرًا مِنْ لَحْمٍ مَطْبُوخٍ أَوْ أَكَلَ عِنْدَهُ فِي الْعُرْسِ حُوسِبَ بِهِ مِنْ قِيمَةِ هَدِيَّتِهِ، وَلَوْ كَانَ هَذَا فِي بَلَدٍ لَا يُعْرَفُ فِيهِ هَذَا لَمْ يَقْضِ فِيهِ بِثَوَابٍ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ عِنْدِي فِيهِ نَظَرٌ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وُهِبَ لَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ ثَوَابًا ثُمَّ ادَّعَاهُ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ إلَى نَاحِيَةِ الْمُعْطِي وَالْمُعْطَى فَإِنْ وَهَبَ غَنِيٌّ لِفَقِيرٍ دَابَّةً، أَوْ كَسَاهُ ثَوْبًا، أَوْ أَعْطَاهُ مَا يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ صِلَتَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ وَهَبَ فَقِيرٌ لِغَنِيٍّ فَلَهُ الثَّوَابُ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي فَقِيرٍ وَهَبَهُ غَنِيٌّ أَوْ فَقِيرٌ: الثَّوَابُ عَلَى الْغَنِيِّ وَهَبَهُ غَنِيٌّ أَوْ فَقِيرٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْفَقِيرَ لَا يُطْلَبُ مِنْهُ اسْتِقْرَارُ الْعِوَضِ وَالْهِبَةِ لِلثَّوَابِ مُقْتَضَاهَا الْمُكَارَمَةُ وَأَنْ تُعَوَّضَ الْمُعْطَى أَمْثَالَ مَا صَارَ إلَيْهِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ فِي الْفَقِيرِ وَمَوْجُودٌ فِي الْغَنِيِّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً مُطْلَقَةً فَادَّعَى أَنَّهُ وَهَبَهَا لِلثَّوَابِ عُمِلَ عَلَى الْمَعْرُوفِ فِيهِ

(111/6)

. . . .

[المنتقى]

فَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ، الْوَاهِبُ يَطْلُبُ الثَّوَابَ عَلَى هِبَتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ لَا يَطْلُبُ الثَّوَابَ عَلَى هِبَتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْهُوبِ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ فَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ وَاحْتَمَلَ الْأَمْرَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ مَعَ

يمينه.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا ثَوَابَ لِذِي سُلْطَانٍ فِيمَا وَهَبَهُ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ؛ لِأَنَّهُ لَيسَ مِمَّا يُعْرَفُ أَنَّ ذَا السُّلْطَانِ يَطْلُبُ اسْتِقْرَارَ ثَوَابٍ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُ غَيْرُهُ مِنْهُ، وَأَمَّا مَا يَهَبُهُ أَحَدٌ لِلسُّلْطَانِ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ لَا ثَوَابَ فِيهِ وَالظَّاهِرُ عِنْدِي مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ عَلَى الثَّوَابِ وَجْهُ قَوْلِ أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّهُ مَنْ أَهْدَى إلَيْهِ فَإِنَّمَا يُقْصَدُ التَّقَرُّبُ مِنْهُ فَعَلَى ذَلِكَ تُحْمَلُ هِبَتُهُ مَعَ الْإِطْلَاقِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ عَطِيَّتَهُ وَهِبَتَهُ مَقْصُودَةٌ بِعِوَضٍ وَبِغَيْرِ عِوَضٍ وَهِيَ مِنْ جُمْلَةِ مَا يُرْغَبُ التَّقَرُّبُ إلَيْهِ بِسَبَبِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَمَا أُهْدِيَ إلَى الْفَقِيرِ فَعَلَى غَيْرِ الثَّوَابِ وَمَا أَهْدَى هُوَ فَعَلَى الثَّوَابِ وَالظَّاهِرُ عِنْدِي أَنَّهُ أَرَادَ الثَّوَابَ، وَأَمَّا الْغَنِيُّ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمَ سَائِرِ الْأَغْنِيَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا ثَوَابَ عَلَى سَيِّدٍ فِيمَا أَهْدَاهُ إلَيْهِ مَوْلَاهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إنَّمَا يُهْدِي إلَيْهِ شُكْرًا لِإِنْعَامِهِ عَلَيْهِ بِالْعِتْقِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا هِبَةُ ذِي الرَّحِمِ فَلَيْسَتْ عَلَى الثَّوَابِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إلَّا أَنْ يَرَى النَّاسُ أَنَّهُ وَهَبَهُ لِلثَّوَابِ مِثْلَ أَنْ يَطْلُبَ الْمَوْهُوبُ لَهُ مَا يَسْتَحْسِنُهُ عِنْدَ الْوَاهِبِ فَيَهَبُهُ إيَّاهُ اسْتِقْرَارًا لِلْعِوَضِ فَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى الثَّوَابِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا لَمْ يُبَيِّنْ وَجْهَ الثَّوَابِ فَهُوَ عَلَى غَيْرِ الثَّوَابِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هِبَتَهُ مَحْمُولَةٌ عَلَى صِلَةِ الرَّحِمِ وَكُلُّ هِبَةٍ لَهَا وَجْهٌ غَيْرُ الثَّوَابِ فِي الْأَغْلَبِ فَهِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهِبَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الْآخَرَ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهَا لِغَيْرِ الثَّوَابِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ إلَّا أَنْ يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ الثَّوَابَ وَمَعْنَاهُ مَا تَقَدَّمَ وَذَكَر الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ أَنَّ فِي الْهِبَةِ الْمُطْلَقَةِ رِوَايَتَيْنِ:

إحْدَاهُمَا: أَنَّهَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ، وَالثَّانِيَةُ: لَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْمِلْكَيْنِ مُتَمَيِّزَانِ وَأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ مَطْلُوبَةٌ بَيْنَهُمَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَقَرَّبُ إلَى الْآخَرِ

بِالْهَدِيَّةِ وَيُحِبُّ التَّقَرُّبَ إلَيْهِ.

وَقَدْ ذُكِرَ فِي كِتَابِ الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ فِيمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً تَسْكُنُ فِي بَيْتٍ بِكِرَاءٍ فَسَاكَنَهَا حَتَّى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ الْكِرَاءِ إلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ بَيَّنَتْ لَهُ بِذَلِكَ وَأَعْلَمَتْهُ بِالْكِرَاءِ وَقَالَتْ إنْ شِئْت فَأَدِّهِ، وَإِنْ شِئْت فَاخْرُجْ، وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَهِيَ سَاكِنَةٌ فِي دَارِهَا ثُمَّ طَلَبَتْ كِرَاءَهَا فَلَا كِرَاءَ لَهَا، وَقَالَ غَيْرُهُ: عَلَيْهِ كِرَاءُ مِثْلِهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِمَّا اكْتَرَتْ بِهِ.

وَاخْتِلَافُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَالْغَيْرِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي هَذَا الْأَصْلِ فِي كِتَابِ الْعِدَّةِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ فِي الْمُعْتَدَّةِ تَعْتَدُّ فِي مَسْكَنٍ بِكِرَاءٍ فَطَلَبَتْ الْكِرَاءَ بَعْدَ تَمَامِ الْعِدَّةِ أَنَّ لَهَا ذَلِكَ إنْ كَانَ مُوسِرًا حِينَ السُّكْنَى.

وَقَالَ بَعْضُ شُيُوخِنَا الْأَنْدَلُسِيِّينَ أَنَّ الْمَسْأَلَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَانِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ سَكَنَتْ فِي وَقْتٍ لَا يَظُنُّ بِهِ الصِّلَةُ، وَقَدْ بَسَطْت الْقَوْلَ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي شَرْحِ الْمُدَوَّنَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّهَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ مَعَ الْإِطْلَاقِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا إنْ ادَّعَتْ أَنَّهَا شَرَطَتْ عَلَيْهِ الثَّوَابَ تَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ وَتَبْرَأُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا ادَّعَتْ أَنَّهَا شَرَطَتْ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْإِطْلَاقُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي إنْكَارِ دَعْوَاهَا كَادِّعَائِهَا سَائِرَ الشُّرُوطِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الْعَطِيَّةِ بِلَفْظِ الْهِبَةِ، أَوْ الْهَدِيَّةِ فَأَمَّا لَفْظُ الصَّدَقَةِ فَلَا ثَوَابَ فِيهِ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ} [التوبة: 60] الْآيَةَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مُقْتَضَاهَا الْقُرْبَةُ، وَذَلِكَ يُنَافِي الْعِوَضَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(112/6)

. . . .

[المنتقى]

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي مُقْتَضَى هِبَةِ الثَّوَابِ مِنْ اللُّزُومِ أَوْ الْجَوَازِ]

ِ) الَّذِي عَلَيْهِ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْهِبَةَ بِاللَّفْظِ لَازِمَةٌ لِلْوَاهِبِ فَإِنْ أَخَذَ الْمُعْطِي قِيمَتَهَا فَلَا سَبِيلَ لَهُ

إِلَيْهَا وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَرْعٌ) فَإِنْ زَادَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ كَانَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ قَبْضِهَا فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ: لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ قَبْضِهَا وَلَا مِنْ بَيْعِهَا وَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهَا، وَإِنْ كَانَتْ تَلْزَمُ بِالْقَوْلِ إلَّا أَنَّ لِلْوَاهِبِ مَنْعَ الْمُعْطِي مِنْ قَبْضِهَا حَتَّى يُثِيبَهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مُقْتَضَى هِبَةِ الثَّوَابِ الِاسْتِسْلَامُ وَتَرْكُ الْمُشَاحَّةِ، وَذَلِكَ مُخَالِفٌ لِلْمَنْعِ مِنْ الْقَبْضِ، ووَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ فَكَانَ لِلْبَائِعِ إمْسَاكُ مَا بَاعَ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ كَالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ فَإِنْ قَبَضَهَا الْمُعْطَى بِغَيْرِ إذْنِ الْمُعْطِي فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ يَرْتَجِعُهَا حَتَّى يُثِيبَهُ وَلَيْسَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَبْدُوَ لَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَرْتَجِعُهَا وَيَتَلَوَّمُ فَإِنْ أَثَابَهُ وَإِلَّا رَدَّهَا وَالْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي مَنْعِ الْوَاهِبِ الْمَوْهُوبَ مِنْ قَبْضِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا تَفُوتُ بِهِ هِبَةُ الثَّوَابِ وَتَلْزَمُ بِهِ الْقِيمَةُ] 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ فَاتَتْ الْهِبَةُ فَقَدْ لَزِمَتْ الْمُعْطَى بِالْقِيمَةِ كَنِكَاحِ التَّفْوِيضِ يَلْزَمُ بِالدُّخُولِ مَهْرَ الْمِثْلِ فَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ الَّتِي تَلْزَمُ فِي الْهِبَةِ وَالثَّوَابِ عَيْنًا لَزِمَ قَبْضُهَا وَالرِّضَا بِهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّوَابُ دَيْنًا مِثْلَ أَنْ يَهَبَهُ دَارًا فَيُثِيبَهُ مِنْهَا دَيْنًا فَفِي كِتَابِ أَبِي مُحَمَّدٍ يَجُوزُ: حَلَّ الدَّيْنُ، أَوْ لَمْ يَحِلَّ قَالَ مُحَمَّدٌ: يُرِيدُ أَنَّهُ حَوَالَةٌ وَيُرِيدُ إذَا كَانَ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْهِبَةُ فِي الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ الدَّنَانِيرِ، أَوْ الدَّرَاهِمِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَوِّضَهُ مِنْهَا سُكْنَى دَارٍ وَلَا خِدْمَةَ عَبْدٍ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَجَوَّزَهُ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّقَبَةِ لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ عِنْدَهُ قَبْضٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِيمَا تَفُوتُ بِهِ هِبَةُ الثَّوَابِ وَتَلْزَمُ بِهِ الْقِيمَةُ) وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِ وُجُودِ الْعَيْبِ بِهَا] 1

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي حُكْمِ وُجُودِ الْعَيْبِ بِهَا) فَإِنَّهُ إنْ اطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ قَبْلَ أَنْ يُثِيبَهُ وَقَبْلَ أَنْ تَفُوتَ فَإِنْ عَلِمَ الْوَاهِبُ بِالْعَيْبِ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا قِيمَتُهَا مَعِيبَةً؛ لِأَنَّهُمَا عَالِمَانِ بِالْعَيْبِ قَالَهُ مُحَمَّدٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَاهِبَ وَهَبَهَا عَلَى أَنَّهَا مَعِيبَةٌ فَلَهُ قِيمَتُهَا عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْعَيْبِ فَلَهُ قِيمَتُهَا صَحِيحَةً غَيْرَ مَعِيبَةٍ كَأَنْ فَاتَتْ بِحَوَالَةِ أَسْوَاقٍ، أَوْ كَانَتْ جَارِيَةً فَفَاتَتْ بِوَطْءٍ قَالَهُ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ لَا تُفِيتُهُ حَوَالَةُ الْأَسْوَاقِ وَالْوَاهِبُ وَهَبَ عَلَى الصِّحَّةِ فَإِمَّا أَنْ يَرْضَى الْمُعْطِي أَنْ يُثِيبَهُ عَلَى ذَلِكَ، أَوْ يَرُدَّهُ.

(مَسْأَلَة) فَإِنْ ظَهَرَ الْعَيْبُ بَعْدَ أَنْ أَثَابَهُ وَقَبْلَ الْفَوَاتِ فَلَهُ رَدُّهَا وَالرُّجُوعُ فِي الثَّوَابِ أَوْ إمْسَاكُهَا وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِمَّا أَثَابَهُ وَذَلِكَ كَالْبَيْعِ.

وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ: إنْ لَمْ يُعْلِمْهُ بِالْعَيْبِ حَتَّى فَاتَتْ بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ لَزِمَهُ قِيمَتُهَا صَحِيحَةً فَإِنْ شَاءَ حَبَسَهَا بِذَلِكَ وَإِلَّا رَدَّهَا، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ فَوَاتَ الْهِبَةِ الْمُوجِبِ لِقِيمَتِهَا بِفَوْتِ سُوقٍ، أَوْ زِيَادَةِ بَدَنٍ، أَوْ وَطْءٍ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَتْ قَدْ فَاتَتْ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهَا فَأَثَابَهُ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْعَيْبِ رَجَعَ بِقَدْرِ الْعَيْبِ مِمَّا أَثَابَهُ بِهِ إنْ كَانَ الثَّوَابُ أَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْهِبَةِ، أَوْ أَكْثَرَ ظَهَرَ عَلَى الْعَيْبِ قَبْلَ أَنْ يُوَفِّيَ الْقِيمَةَ، أَوْ قَبْلَ أَنْ يُثِيبَ لَكَانَتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا مَعِيبَةً.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ وُجِدَ الْعَيْبُ بِالْعِوَضِ قَبْلَ أَنْ يَفُوتَ فَلَهُ رَدُّهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْعِوَضِ الْمَعِيبِ مِثْلُ قِيمَةِ الْهِبَةِ فَلَا يُرَدُّ، أَوْ يَكُونُ أَقَلَّ فَيَتِمُّ لَهُ الْقِيمَةُ فَلَا يُرَدُّ قَالَ أَشْهَبُ لَهُ رَدُّهُ كَمَا تُرَدُّ الْهِبَةُ؛ لِأَنَّهُ يَرَى أَنْ لَا يُقْبَلَ مِنْ عِوَضِهِ إلَّا الْعَيْنُ فَأَخْذُهُ الْعِوَضَ شِرَاءٌ لَهُ بِالْقِيمَةِ الَّتِي وَجَبَتْ لَهُ وَاخْتِيَارٌ لَهُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا تَأَوَّلَ مُطَرِّفٌ ذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِهِ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ، وَإِنْ أَعْطَى قِيمَتَهَا إلَّا أَنْ يَرْضَى مِنْهَا فَجَعَلَ عَقْدَ الْهِبَةِ لِلثَّوَابِ غَيْرَ

(113/6)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْهِبَةَ إذَا تَغَيَّرَتْ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ لِلثَّوَابِ بِزِيَادَةٍ، أَوْ نُقْصَانٍ فَإِنَّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهَا قِيمَتَهَا يَوْمَ قَبْضِهَا)

[المنتقى]

لَازِمٍ لِلْوَاهِبِ وَنَحْوُهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.
وَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ وَإِذَا أَعْطَاهُ الْقِيمَةَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا رَاضٍ، وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ مَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا يُرِيدُ يُعْطَى قِيمَتَهَا قَالَ مَالِكٌ أَمَّا ثَوَابُ مِثْلِهَا، أَوْ رَدُّهَا فَمَعْنَى قَوْلِهِ مَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا عَلَى قَوْلِ مُطَرِّفٍ مَا لَمْ يَأْخُذْ مَا يُرْضِيهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَعْطَى أَكْثَرَ مِنْ الْقِيمَةِ وَمَعْنَاهُ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ مَا لَمْ يُعْطِ مَا هُوَ رِضًا مِنْهَا عِنْدَ النَّاسِ، وَذَلِكَ الْقِيمَةُ وَالرِّضَا مِنْهَا يُعْتَبَرُ فِي وَجْهَيْنِ الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ فَأَمَّا الْقَدْرُ فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَأَمَّا الْجِنْسُ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ لَا يَلْزَمُ الْوَاهِبَ مَا أَعْطَى مِنْ غَيْرِ الْعَيْنِ إلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَى شَيْءٍ يَجُوزُ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ مَا أَثَابَهُ مِنْ السِّلَعِ مِمَّا يُثَابُ بِمِثْلِهِ فَذَلِكَ يَلْزَمُ الْوَاهِبَ إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ قِيمَةَ الْهِبَةِ وَكَانَ مِمَّا يَتَعَاطَاهُ النَّاسُ فِي ثَوَابِ الْهِبَاتِ بَيْنَهُمْ وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يُثِيبَهُ حَطَبًا وَلَا تِبْنًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِمَّا يَتَعَاطَاهُ النَّاسُ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ.
وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ هِيَ أُصُولُ الْأَثْمَانِ وَقِيَمُ الْمُتْلَفَاتِ فَلَا تَكُونُ الْقِيمَةُ إلَّا مِنْهُمَا عِنْدَ الْمُشَاحَّةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ أَعْوَاضَ الْمَبِيعَاتِ عَلَى حَسَبِ الْعُرْفِ، وَلِذَلِكَ كَانَتْ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ وَرِقًا وَفِي بَعْضِهَا ذَهَبًا وَكَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ إبِلًا، وَلَوْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنْ يُثَابَ الْوَاهِبُ بِغَيْرِ الْعَيْنِ كَانَ ذَلِكَ حُكْمَ ثَوَابِهَا مَعَ مَا ثِيبَ عَلَيْهِ مِنْ التَّوْسِعَةِ، وَلِذَلِكَ صَحَّتْ مَعَ تَرْكِ قَدْرِ الثَّوَابِ وَذِكْرِ جِنْسِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ أَشْهَبَ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَخْتَصَّ الثَّوَابُ بِالْعَيْنِ الَّتِي تَجْرِي فِي بَلَدِ الْهِبَةِ وَتِلْكَ السِّكَّةِ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ إنَّمَا يَكُونُ بِهَا دُونَ سَائِرِ أَنْوَاعِ الْعَيْنِ وَالسِّكَكِ فَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَعَلَى حَسَبِ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ أَمْرٌ مَصْرُوفٌ إلَى اخْتِيَارِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مَعَ الْعُرْفِ.
(فَرْعٌ) وَهَذَا مَعَ التَّشَاحِّ، وَأَمَّا مَعَ التَّسَامُحِ نُظِرَتْ فَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ لَمْ تَفُتْ يَجُوزُ أَنْ يُعَوِّضَهُ مِنْهَا كُلَّمَا يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّمَ الْهِبَةَ فِيهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ إنْ وَهَبَهُ أَثْوَابًا فُسْطَاطِيَّةً لَمْ يَجُزْ لَهُ عِنْدَ مَالِكٍ أَنْ يُثِيبَهُ مِنْهَا أَثْوَابًا فُسْطَاطِيَّةً أَكْثَرَ مِنْهَا، وَلَوْ وَهَبَهُ حِنْطَةً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُعَوِّضَهُ مِنْهَا حِنْطَةً وَلَا مِمَّا يُؤْكَلُ وَيُشْرَبُ إلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ مِثْلَ طَعَامِهِ فِي صِفَتِهِ وَجَوْدَتِهِ وَكَيْلِهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ حُلِيًّا وَقُلْنَا بِجَوَازِ هِبَتِهِ لِلثَّوَابِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ يُثِيبُهُ قِيمَةَ الْحُلِيِّ عُرُوضًا وَلَا يَأْخُذُ دَرَاهِمَ وَلَا دَنَانِيرَ، وَإِنْ كَانَ الْحُلِيُّ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الثَّوَابِ يُرِيدُ بَعْدَ أَنْ يَفْتَرِقَا وَقَبْلَ أَنْ يَغِيبَ الْحُلِيُّ لَجَازَ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَكُونُ الثَّوَابُ عَلَى حُلِيِّ الذَّهَبِ وَرِقًا وَعَلَى حُلِيِّ الْوَرِقِ ذَهَبًا فَمَا فِي الْمُدَوَّنَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى اعْتِبَارِ التَّنَاجُزِ بِالْقَبْضِ فِي مَجْلِسِ الْهِبَةِ وَبِحَضْرَتِهَا؛ لِأَنَّهُ صَرْفٌ وَمَا فِي غَيْرِ الْمُدَوَّنَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى اعْتِبَارِ الْقَبْضِ فِي

مَجْلِسِ الْهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى عَدَمِ الْقِيمَةِ بَعْدَ وَفَاةِ الْهِبَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ يُثِيبُ عَنْ حُلِيِّ الذَّهَبِ وَرِقًا وَعَنْ حُلِيِّ الْوَرِقِ ذَهَبًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ أَنَّ الْهِبَةَ لِلثَّوَابِ غَيْرُ لَازِمَةٍ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ قَبَضَهَا مَا لَمْ تَتَغَيَّرْ عِنْدَهُ بِزِيَادَةٍ، أَوْ نُقْصَانٍ فِي عَيْنِهَا فَإِنْ حَدَثَ بِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَقَدْ فَاتَ رَدُّهَا إلَى الْوَاهِبِ وَلَزِمَ الْمَوْهُوبَ قِيمَتُهَا هَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الزِّيَادَةَ وَالنَّقْصَ فِي الْبَدَنِ مِمَّا تَفُوتُ بِهِ الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ وَتَلْزَمُ الْمُعْطِيَ قِيمَتُهَا وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا يُلْزَمُ بِهَا الْمُعْطَى قَالَ وَقَالَهُ مَالِكٌ ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ النَّمَاءُ وَالنَّقْصُ فَوْتٌ وَيُجْبَرُ الْمَوْهُوبُ لَهُ عَلَى الثَّوَابِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ لِلْمَوْهُوبِ رَدُّهَا فِي الزِّيَادَةِ، وَإِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ لَيْسَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ فِي النَّقْصِ وَلَا لِلْوَاهِبِ فِي الزِّيَادَةِ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ وَأَخَذَ بِهِ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَقَالَ لَيْسَ الرَّدُّ إلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا زَادَتْ، أَوْ نَقَصَتْ وَجْهُ الْقَوْلِ

(114/6)

. . . .

[المنتقى]

الْأَوَّلِ إنَّمَا لَزِمَتْهُ الْهِبَةُ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِمَا ذَهَبَ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ تَكُونُ الزِّيَادَةُ لَهُ فَيَمْنَعُهُ مِنْ الرَّدِّ كَالْبَيْعِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعَقْدَ لَمَّا كَانَ لَازِمًا فِي جَنْبَةِ الْمُعْطِي دُونَ الْمُعْطَى وَكَانَتْ الزِّيَادَةُ لِلْمُعْطَى كَانَ لَهُ تَرْكُهَا وَيَرُدُّ الْعَطِيَّةَ، وَأَمَّا النَّقْصُ فَهُوَ إتْلَافُ بَعْضِ الْعَطِيَّةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا نَاقِصَةً فَلَزِمَتْهُ بِالنُّقْصَانِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا حَوَالَةُ الْأَسْوَاقِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ فَلَيْسَتْ بِفَوْتٍ، وَقَالَ أَصْبَغُ اخْتِلَافُ الْأَسْوَاقِ فِيهَا فَوْتٌ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْفَوْتَ فِيهَا كَالْفَوْتِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فِي الْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ وَالرِّبَاعِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْهِبَةَ لِلثَّوَابِ تَئُولُ إلَى اللُّزُومِ بِالْقِيمَةِ فَكَانَ تَغَيُّرُ الْأَسْوَاقِ مُفِيتًا لَهَا كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذِهِ هِبَةٌ يَجُوزُ رَدُّهَا فَلَمْ يَمْنَعْ رَدَّهَا حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ كَهِبَةِ الْأَبِ لِابْنِهِ عَلَى وَجْهِ الِاعْتِصَارِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْبَيْعُ فَوْتٌ فَإِنْ رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ تُحَوَّلَ الْأَسْوَاقُ فَهُوَ فَوْتٌ وَلَا رَدَّ لَهُ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُهُ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بَيِّنٌ وَاضِحٌ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَإِنَّ مَا تَفُوتُ بِهِ هِبَةُ الثَّوَابِ فَمَا يُتِمُّ بِهِ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ وَيَكْمُلُ بِالْقَبُولِ مَعَ الْإِيجَابِ فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ، وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ بِهِ الْبَيْعُ، وَإِنَّمَا يَرُدُّهُ عَمَّا عُقِدَ عَلَيْهِ إِلَى وَجْهٍ مِنْ الصِّحَّةِ لِعَدَمِ الرَّدِّ وَتَعَذُّرِهِ، وَلَوْ أَمْكَنَ ذَلِكَ لَمَا وَجَبَ إمْضَاؤُهُ فَعَلَى هَذَا مَتَى وُجِدَ مَا يَفُوتُ بِهِ هِبَةُ الثَّوَابِ وَتَجِبُ بِهِ الْقِيمَةُ فَقَدْ لَزِمَ الْعَقْدُ وَتَمَّ وَلَا يَثْبُتُ بِخِيَارِ الرَّدِّ زَوَالُ مَا فَاتَ بِهِ وَلَا عَدَمُهُ، وَلِذَلِكَ لَوْ الْتَزَمَ قِيمَتَهَا قَبْلَ الْفَوَاتِ لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ، وَلَوْ الْتَزَمَ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لَمْ يَلْزَمْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مِمَّا يَفُوتُ بِهِ الْبَيْعُ الْفَاسِدُ فَفَاتَتْ بِهِ هِبَةُ الثَّوَابِ كَالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

الْمَوْهُوبُ لَهُ لِأَهْبِيَتِهَا فَالْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَا كَالْبَيْعِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ الْغُرَمَاءُ أَنْ يُعْطُوهُ قِيمَتَهَا وَرَأَيْت لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْقِيمَةَ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْهِبَةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً لِلثَّوَابِ فَوَطِئَهَا الْمَوْهُوبُ فَذَلِكَ فَوْتٌ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْقِيمَةَ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إذَا غَابَ عَلَيْهَا فَقَدْ لَزِمَهُ الثَّوَابُ، وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا وَلَمْ تَتَغَيَّرْ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَدْ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَوْهُوبِ رَدُّهَا إنْ اخْتَارَ ذَلِكَ وَلَيْسَ ذَلِكَ لِلْوَاهِبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَّا أَنْ يَجْتَمِعَا عَلَى رَدِّهَا قَالَ مُطَرِّفٌ، وَذَلِكَ أَنَّنَا إذَا قُلْنَا: إنَّهَا تَلْزَمُ الْوَاهِبَ بِاللَّفْظِ فَإِنَّهَا إذَا فَاتَتْ لَزِمَتْهُمَا جَمِيعًا وَإِنْ قُلْنَا لَا تَلْزَمُ الْوَاهِبَ بِاللَّفْظِ فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا بِالْفَوَاتِ قَدْ لَزِمَتْهُمَا، وَإِنْ وُجِدَ الِاخْتِلَافُ فِيمَا تَفُوتُ بِهِ فَإِذَا اتَّفَقَا بَعْدَ الْفَوَاتِ عَلَى الرَّدِّ فَإِنَّ ذَلِكَ لِمَعْنَى الْإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الرَّدِّ جَازَ ذَلِكَ وَكَيْفَ صِفَتُهُ قَالَ مُحَمَّدٌ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِمَا بِمَا لَزِمَ الْمُعْطِي مِنْ الْقِيمَةِ ثُمَّ رَجَعَ مُحَمَّدٌ فَقَالَ: يَجُوزُ إذَا رَضِيَا بِرَدِّهَا وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ الْقِيمَةَ؛ لِأَنَّهَا هِبَةٌ إلَّا أَنْ يُوَجِّهَهَا لَهُ عَلَى قِيمَتِهَا يُرِيدُ أَنْ يُثِيبَهَا مِنْهُ بِالْقِيمَةِ الْمَجْهُولَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ مُحَمَّدٌ أَنَّ الْقِيمَةَ مَجْهُولَةٌ فَلَا تَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ بِهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ رَدَّهَا فُسِخَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ فَلَمْ يَحْتَجْ إلَى مَعْرِفَةِ الْقِيمَةِ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ فَوَاتِ السِّلْعَةِ بِالْقَبْضِ فَإِنَّ لَهُ إمْسَاكَهَا بِمَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْيَمِينِ بَعْدَ طَرْحِ مَا يَنُوبُ قِيمَةَ الْعَبْدِ مِنْ الثَّمَنِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْيَمِينِ بَعْدَ طَرْحِ مَا يَنُوبُ قِيمَةَ الْعَيْبِ مِنْ الثَّمَنِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَا يَلْزَمُهُ بَعْدَ التَّفْوِيضِ فَبِأَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إلَى تَقْوِيمٍ وَاحِدٍ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِنَّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَتَهَا يَوْمَ قَبْضِهَا قَالَ مُحَمَّدٌ وَيَوْمَ قَبْضِهَا أَصْوَبُ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْعُقُودَ الَّتِي لَا تَلْزَمُ وَلَا تَئُولُ إلَى التَّمْلِيكِ بِزِيَادَةٍ، أَوْ نُقْصَانٍ فَإِنَّمَا يُرَاعَى يَوْمَ الْقَبْضِ قِيمَةُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّ الْمُعْطَى إنَّمَا ضَمِنَهَا بِالْقَبْضِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْهِبَةَ قَدْ لَزِمَتْ

(115/6)

الِاعْتِصَارُ فِي الصَّدَقَةِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ قَبَضَهَا الِابْنُ، أَوْ كَانَ فِي حِجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنْ الصَّدَقَةِ) .

[المنتقى]
الْوَاهِبَ بِالْقَبُولِ فَإِذَا فَاتَتْ وَلَزِمَتْ الْمُعْطِي وَجَبَ أَنْ يَلْزَمَهُ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ لَزِمَتْ الْمُعْطِي؛ لِأَنَّ الْمُعْطَى لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِمَا فِيهَا مِنْ الزِّيَادَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ نَقْصُهَا قَبْلَ الْقَبْضِ كَبَيْعِ الْخِيَارِ إذَا رَضِيَ مُشْتَرِطُ الْخِيَارِ الْمَبِيعَ فَلَهُ مَا حَدَثَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ مِنْ الزِّيَادَةِ وَعَلَيْهِ النَّقْصُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقُولَ أَنَا آخُذُهُ وَيُحَطُّ عَنِّي نَقْصُهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَإِنَّمَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يَوْمَ الْقَبْضِ أَصْوَبُ؛ لِأَنَّ لِلْهِبَةِ لِلثَّوَابِ بِالْقَبْضِ تَأْثِيرًا فِي لُزُومِهَا؛ لِأَنَّهَا لَوْ بَقِيَتْ فِي يَدِ الْوَاهِبِ لَمْ تَفُتْ بِزِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ، وَإِنَّمَا تَفُوتُ بِذَلِكَ إذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُعْطِي فِي بَيْعِ الْخِيَارِ، وَإِنَّمَا يُسْتَنَدُ الْخِيَارُ إلَى الْعَقْدِ لَا إلَى الْقَبْضِ وَلِأَنَّ الْمَبِيعَ بِالْخِيَارِ إنَّمَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ بِالثَّمَنِ الْمُسَمَّى وَالْهِبَةِ لِلثَّوَابِ بِالْقِيمَةِ فَوَجَبَ أَنْ تُرَاعَى فِيهِ يَوْمَ الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

[الِاعْتِصَارُ فِي الصَّدَقَةِ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ أَنَّ مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ عَلَى ابْنِهِ الْكَبِيرِ الْمَالِكِ لِأَمْرِ نَفْسِهِ، أَوْ الصَّغِيرِ فِي حِجْرِهِ فَلَيْسَ لِلْمُتَصَدِّقِ اعْتِصَارُهَا إذَا قُبِضَتْ وَحِيزَتْ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ لَا اعْتِصَارَ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ وَمَا كَانَ مِنْ الْعَطِيَّةِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ فَلَا اعْتِصَارَ فِيهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِنَا أَنَّ الْعَطَايَا الْمُنْفَرِدَ بِهَا لَازِمَةٌ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا قَالَ: قَبَضَهَا الِابْنُ، أَوْ كَانَ فِي حِجْرِ أَبِيهِ فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ لِيَذْكُرَ أَقْوَى وُجُوهِهَا فِي حِيَازَةِ الِابْنِ الْكَبِيرِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ ذَكَرَ أَصْعَبَ وُجُوهِهَا وَهُوَ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ فِي حِجْرِهِ فَيُقْضَى عَلَى الْإِشْهَادِ لَهُ بِالصَّدَقَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْحِيَازَةَ لَهُ فَلَا اعْتِصَارَ لَهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِمَا اُحْتُجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنْ الصَّدَقَةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا مِنْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ صَدَقَتَهُ وَيَأْخُذَهَا بِعِوَضٍ فَبِأَنْ لَا يَكُونَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَتَى بِلَفْظٍ مُحْتَمِلٍ لِلْقُرْبَةِ وَغَيْرِهَا كَالْهِبَةِ وَالنَّحْلِ وَالْعَطِيَّةِ فَإِنْ قُرِنَ بِهِ مَا يَقْتَضِي الْقُرْبَةَ كَقَوْلِهِ هِبَةً لِلَّهِ، أَوْ لِوَجْهِ اللَّهِ، أَوْ لِطَلَبِ الْأَجْرِ، أَوْ لِصِلَةِ رَحِمِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يُعْتَصَرُ هَذَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مَالٌ يَخْرُجُ عَنْ وَجْهِ الْقُرْبَةِ فَلَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ كَالصَّدَقَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يُرِيدُ بِهَا الصِّلَةَ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يَعْتَصِرُهَا كَالصَّدَقَةِ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ لَهُ ابْنٌ، أَوْ ابْنَةٌ مُحْتَاجَانِ صَغِيرٌ فِي حِجْرِهِ أَوْ كَبِيرٌ بَائِنٌ عَنْهُ، وَقَدْ يَكُون الِابْنُ الصَّغِيرُ يَصِلُهُ لِمَا يَخَافُ عَلَيْهِ مِنْ الْخَصَاصَةِ، وَإِنَّمَا يَقْتَضِي هِبَتَهُ أَوْ عَطِيَّتَهُ لِابْنِهِ الَّذِي فِي حِجْرِهِ أَوْ الْبَائِنِ عَنْهُ إذَا كَانَ ذَا مَالٍ كَثِيرٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ ظَاهِرَ هِبَتِهِ وَمَعْنَاهَا الْقُرْبَةُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِأَنَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا هِبَةٌ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهَا مَا يُخْلِصُهَا لِلْقُرْبَةِ فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ اعْتِصَارَهَا كَالْهِبَةِ لِلْغَنِيِّ، وَذَلِكَ أَنَّ الصِّلَةَ لَا تَخْتَصُّ بِالْفَقِيرِ بَلْ قَدْ يُوصَلُ الْغَنِيُّ وَغَيْرُهُ فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ الِاعْتِصَارَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قَيَّدَ الْهِبَةَ، أَوْ الْعَطِيَّةَ، أَوْ النِّحْلَةَ فَقَالَ: إنِّي قَدْ سَلَّطْت عَلَيْهَا حُكْمَ الِاعْتِصَارِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي جَوَازِ الِاعْتِصَارِ لِلْأَبَوَيْنِ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا «رَوَى النُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ أَنَّ أَبَاهُ أَتَى بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إنِّي نَحَلْت ابْنِي هَذَا غُلَامًا فَقَالَ

أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْت مِثْلَهُ قَالَ: لَا، قَالَ: فَارْتَجِعْهُ» .
فَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ وَهَبَ لِابْنِهِ الْغُلَامَ ثُمَّ أَمَرَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالِارْتِجَاعِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الِارْتِجَاعُ بِهِبَتِهِ مِنْهُ جَائِزًا لَمَا أَمَرَهُ بِذَلِكَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الِابْنَ قَدْ أُضِيفَ إلَى الْأَبِ مَعَ مَالِهِ فِي الشَّرْعِ فَكَانَ لِذَلِكَ تَأْثِيرٌ فِي انْتِزَاعِ مَا بِيَدِهِ كَالْعَبْدِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْأَبَوَيْنِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ

(116/6)

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ نَحْلًا، أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ أَنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَسْتَحْدِثْ الْوَلَدُ دَيْنًا يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ فَلَيْسَ لِأَبِيهِ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ عَلَيْهِ الدُّيُونُ، أَوْ يُعْطِي الرَّجُلُ ابْنَهُ، أَوْ ابْنَتَهُ الْمَالَ فَتَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ، وَإِنَّمَا تَنْكِحُهُ لِغِنَاهُ وَلِلْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ فَيُرِيدُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ الْأَبُ، أَوْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ قَدْ نَحَلَهَا أَبُوهَا النِّحَلَ إنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا وَيَرْفَعُ فِي صَدَاقِهَا لِغِنَاهَا وَمَالِهَا وَمَا أَعْطَاهَا أَبُوهَا ثُمَّ يَقُولُ الْأَبُ أَنَا أَعْتَصِرُ ذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ابْنِهِ وَلَا مِنْ ابْنَتِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ إذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْت لَك)

[المنتقى]
أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ مَنْ لَا يَلِي مَالَهُ إلَّا بِتَوَلِّيهِ لَمْ يَرْجِعْ فِي هِبَتِهِ كَالِابْنِ يَهَبُ أَبَاهُ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الِاعْتِصَارَ جَائِزٌ فِي الْهِبَاتِ وَالْعَطَايَا فَإِنْ أَطْلَقَ لَفْظَ الْهِبَةِ أَوْ النِّحْلَةِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ عَطِيَّةٌ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهَا مَا يُخْلِصُهَا لِلْقُرْبَةِ فَجَازَ فِيهَا الِاعْتِصَارُ كَالَّتِي شُرِطَ فِيهَا الِاعْتِصَارُ.

(ش) : قَوْلُهُ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا يُرِيدُ أَهْلَ الْمَدِينَةِ عَلَى سَاكِنِهَا السَّلَامُ ثُمَّ قَالَ فِيمَنْ نَحَلَ نَحْلًا أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ أَنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَسْتَحْدِثْ الْوَلَدُ دَيْنًا خُصَّ الْوَلَدُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يُعْتَصَرُ إلَّا الْأَبَوَيْنِ مِنْ الِابْنِ وَالِابْنَةِ صِغَارًا كَانُوا، أَوْ كِبَارًا فَأَمَّا الْجَدُّ

وَالْجَدَّةُ فَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِمَا فَرَوَى عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ لَا يُعْتَصَرُ وَلَا يَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ وَيَرِثُ مَعَهُ الْإِخْوَةُ وَلَا يَكُونُ بِيَدِهِ بِضْعُ بَنَاتِ الِابْنِ، وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَنَّ الْجَدَّ وَالْجَدَّةَ يَعْتَصِرَانِ كَالْأَبَوَيْنِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْجَدَّ لَا يَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الِاعْتِصَارُ كَالْعَمِّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ أَدْلَى بِالْأُبُوَّةِ وَيُقَدَّمُ فِي الْمِيرَاثِ عَلَى الْأُخُوَّةِ كَالْأَبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْأُمَّ تَعْتَصِرُ فَإِنَّهَا لَا تَعْتَصِرُ مِنْ يَتِيمٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْهِبَةُ لِلْيَتِيمِ لِلْإِشْفَاقِ عَلَيْهِ وَخَوْفِ ضَيَاعِهِ وَهَذَا مَعْنَاهُ الصِّلَةُ وَالْقُرْبَةُ فَلِذَلِكَ كَانَ حُكْمُهَا حُكْمَ الصَّدَقَةِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِهِ أُمٌّ وَلَيْسَ لِلْأُمِّ أَنْ تَعْتَصِرَ إذَا لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِهَا أَبٌ؛ لِأَنَّ الْيَتِيمَ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ لَا مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ، وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ الْيَتِيمَ إذَا كَانَ غَنِيًّا فَإِنَّ لِلْأُمِّ أَنْ تَعْتَصِرَ مِنْهُ كَمَا تَعْتَصِرُ مِنْ الْكَبِيرِ قَالَ مَالِكٌ لِلْأُمِّ مِنْ الِاعْتِصَارِ مَا لِلْأَبِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ فَجَازَ أَنْ تُعْتَصَرَ، وَإِنْ مَاتَ الْآخَرُ كَالْأَبِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا تَعْتَصِرُ الْأُمُّ مِنْ الْيَتِيمِ فَوَهَبَتْ ابْنَهَا الصَّغِيرَ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ لَمْ يَجُزْ لَهَا أَنْ تَعْتَصِرَ، وَإِنْ كَبِرَ، وَلَوْ كَبِرَ الِابْنُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أَبُوهُ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ كَانَ لَهَا أَنْ تَعْتَصِرَ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ قَدْ انْقَطَعَ عَنْهُ الِاعْتِصَارُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَتَعْتَصِرُ الْأُمُّ مَا وَهَبَتْ لِابْنِهَا الْكَبِيرِ لَا أَبَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ حَدِّ الْيُتْمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَتِيمًا حِينَ الْهِبَةِ وَلَا بَعْدَهَا إلَى وَقْتِ الِاعْتِصَارِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَا يُنَافِي الِاعْتِصَارَ وَقْتَ الْهِبَةِ مِنْ الْيَتِيمِ إنْ وُجِدَ قَبْلَ الِاعْتِصَارِ مَنَعَ الِاعْتِصَارَ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِيهِ فِي جَمِيعِ أَحْوَالِ الْهِبَةِ وَيُخْرِجُهَا عَنْ حُكْمِ الْهِبَةِ إلَى حُكْمِ الصَّدَقَةِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَهُ أَنْ يُعْتَصَرَ مَا لَمْ يُحْدِثْ الْوَلَدُ دَيْنًا يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ لَمْ يَكُنْ لِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُذْهِبُ أَمْوَالَ النَّاسِ، وَقَدْ صَارَ ذَلِكَ الْحَالُ لِلْمَوْهُوبِ مِنْ أَجْلِ ذِمَّتِهِ الَّتِي تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ النَّاسِ بِهَا وَذَلِكَ يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ كَانَ الِابْنُ مِدْيَانًا فَوَهَبَهُ الْأَبُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْأَبَ إذَا وَهَبَ ابْنَتَهُ الْمُزَوَّجَةَ، أَوْ ابْنَهُ الْمَرِيضَ، أَوْ الْمِدْيَانَ لَمْ يَعْتَصِرْ كَمَا لَوْ تَقَدَّمَتْ الْعَطِيَّةُ عَلَى هَذِهِ الْحَوَادِثِ قَالَ

أَصْبَغُ إذَا كَانَتْ الْحَالُ وَاحِدَةً كَالْحَالِ يَوْمَ الْهِبَةِ فَلَهُ الِاعْتِصَارُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا مَنَعَ الِاعْتِصَارَ إذَا حَدَثَ بَعْدَ الْهِبَةِ يَمْنَعُهَا إذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ

(117/6)

. . . .

[المنتقى]

الْهِبَةِ كَالْيَتِيمِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ دَيْنَهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ مِنْ أَجْلِ الْهِبَةِ فَلَا يُمْنَعُ اعْتِصَارُهَا، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ دَيْنٌ بِسَبَبِ الْهِبَةِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا وَهَبَ الرَّجُلُ ابْنَهُ الْكَبِيرَ الْغَنِيَّ الْهِبَةَ الْيَسِيرَةَ الَّتِي يَرَى أَنَّهُ لَا يُدَايَنُ بِمِثْلِهَا فَأَدَانَ، أَوْ تَزَوَّجَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ ذَلِكَ يَرْفَعُ الِاعْتِصَارَ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ الِاعْتِصَارَ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مِنْ أَنَّ تِلْكَ الْهِبَةَ قَدْ قَوَّتْهُ عَلَى ذَلِكَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذِهِ الْهِبَةِ حَقُّ آدَمِيٍّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدَايِنْ وَلَمْ يَتَزَوَّجْ مِنْ أَجْلِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: أَوْ يُعْطِي الرَّجُلُ ابْنَهُ، أَوْ ابْنَتَهُ الْمَالَ فَتَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إنَّمَا تَنْكِحُهُ لِغِنَاهُ وَلِلْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ، أَوْ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ قَدْ نَحَلَهَا أَبُوهَا النِّحَلَ إنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا لِمَالِهَا وَمَا أَعْطَاهَا فَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ، يُرِيدُ أَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يُقْصَدُ فِيهِ الْمَالُ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا وَلِمَالِهَا وَجَمَالِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاك» فَإِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ أَغْرَاضِ النِّكَاحِ وَكَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَدْ تَزَوَّجَ الْآخَرَ مِنْ أَجْلِ عَطِيَّةِ أَبِيهِ فَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يُزِيلَ تِلْكَ الْعَطِيَّةَ فَتَبْطُلَ زِيَادَةُ مَنْ زَادَ فِي نِكَاحِهِ مِنْ أَجْلِهَا، وَلَوْ زَالَ النِّكَاحُ بِمَوْتٍ، أَوْ طَلَاقٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ، أَوْ بَعْدَهُ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَعُودُ حُكْمُ الِاعْتِصَارِ سَوَاءٌ دَخَلَ، أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَبَ قَدْ عَرَّضَهُ لِذَلِكَ فَإِذَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حُقُوقُ النَّاسِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إبْطَالُهَا كَمَا لَوْ أَذِنَ لِغَيْرِهِ فِي التِّجَارَةِ بِمَالٍ لَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ فِيهِ مِلْكٌ وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمُوَطَّأِ أَنَّ حُكْمَهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْأُنْثَى.

وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ دِينَارٍ أَنَّ نِكَاحَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ بَعْدَ الْهِبَةِ لَا يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ، وَقَالَ: لِأَنَّ الْوَلَدَ

الذَّكَرَ دَخَلَ فِي مَا الْمَخْرَجُ مِنْهُ بِيَدِهِ وَدَخَلَتْ الِابْنَةُ فِيمَا الْمَخْرَجُ مِنْهُ بِيَدِ غَيْرِهَا، وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّ حَقَّ الزَّوْجَةِ قَدْ تَعَلَّقَ بِمَالِ الزَّوْجِ كَمَا تَعَلَّقَ حَقُّ الزَّوْجِ بِمَالِ الزَّوْجَةِ بَلْ تَعَلَّقَ حَقُّ الزَّوْجَةِ بِمَالِ الزَّوْجِ أَقْوَى لِمَا فِيهِ مِنْ الْمُدَايَنَةِ وَلِمَا يَجِبُ لَهَا مِنْ النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ وَالسُّكْنَى فِي مَالِهِ فَإِنْ كَانَ نِكَاحُ الِابْنَةِ يَقْطَعُ الِاعْتِصَارَ فَبِأَنْ يَقْطَعَهُ نِكَاحُ الذَّكَرِ أَوْلَى.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ مَرَضُ الْمُعْطِي فَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي فَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يَعْتَصِرُ مَرِيضٌ وَلَا يَعْتَصِرُ مِنْهُ فَأَمَّا الْمَرِيضُ فَإِنَّهُ لَا يَعْتَصِرُ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَصِرُ لِغَيْرِهِ مِنْ الْوَرَثَةِ وَلَيْسُوا بِآبَاءٍ وَلَا يَعْتَصِرُ إلَّا الْأَبُ، وَأَمَّا الْمَرِيضُ فَلَا يَعْتَصِرُ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْوَرَثَةِ قَدْ تَعَلَّقَتْ بِمَالِهِ كَمَا لَوْ تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ لَامْتَنَعَ الِاعْتِصَارُ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ زَالَ الْمَرَضُ فَهَلْ يَعُودُ الِاعْتِصَارُ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَعُودُ حُكْمُ الِاعْتِصَارِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ وَالدَّيْنِ قَالَ أَصْبَغُ مَا زَالَ بِهِ الِاعْتِصَارُ مِنْ مَرَضٍ، أَوْ غَيْرِهِ يَوْمًا وَاحِدًا فَلَا يَعُودُ بِزَوَالِهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ مُطَرِّفٌ مِنْ أَنَّ الْمَرَضَ لَمْ يُحْدِثْهُ الْوَلَدُ وَالدَّيْنُ وَالنِّكَاحُ بِسَبَبِهِ فَمَنَعَ ذَلِكَ أَنْ يَعُودَ بِهِ الِاعْتِصَارُ وَوَجْهٌ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الْمَرَضَ الَّذِي يُؤَثِّرُ فِي الْهِبَاتِ إنَّمَا هُوَ الْمَرَضُ الَّذِي يَتَّصِلُ بِالْمَوْتِ، وَأَمَّا الْمَرَضُ الَّذِي يَتَّصِلُ بِهِ الْبُرْءُ فَلَا تَأْثِيرَ لَهُ فِيهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الِاعْتِصَارَ إذَا زَالَ بِسَبَبٍ لَمْ يَعُدْ بِزَوَالِهِ كَالنِّكَاحِ وَالدَّيْنِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَتَغَيُّرُ الْهِبَةِ عَلَى وَجْهَيْنِ فِي ذَاتِهَا وَفِي قِيمَتِهَا فَإِذَا تَغَيَّرَتْ فِي قِيمَتِهَا بِتَغَيُّرِ الْأَسْوَاقِ لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ الِاعْتِصَارَ قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْهِبَةَ عَلَى حَالِهَا وَزِيَادَةُ الْقِيمَةِ وَنَقْصُهَا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِهَا وَلَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي صِفَتِهَا فَلَمْ يَمْنَعْ الِاعْتِصَارَ كَنَقْلِهَا مِنْ مَوْضِعٍ إلَى آخَرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَغَيُّرُهَا فِي عَيْنِهَا وَنَقْصُهَا فَلَا يَمْنَعُ اعْتِصَارَهَا، وَقَالَ أَصْبَغُ ذَلِكَ يَمْنَعُ اعْتِصَارَهَا وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ أَنَّ نَقْصَ الْهِبَةِ وَزِيَادَتَهَا لَا يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ كَنَقْصِ الْقِيمَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ تَغَيُّرَ حَالِ ذِمَّةِ الْمُعْطِي يَقْطَعُ الِاعْتِصَارَ فَبِأَنْ يَمْنَعَهُ تَغَيُّرُ الْهِبَةِ فِي نَفْسِهَا أَوْلَى وَأَحْرَى

(فَرْعٌ)

الْقَضَاءُ فِي الْعُمْرَى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ إلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَدًا لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»)

[المنتقى]

وَلِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ مِنْ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ إلَّا أَنْ يَجْعَلَاهَا حُلِيًّا فَلَيْسَ لَهُ اعْتِصَارُهَا قَالَهُ مَالِكٌ وَرَوَاهُ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا تَغَيُّرٌ فِي الْهِبَةِ يَمْنَعُ الِاعْتِصَارَ كَالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فِيهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا الِابْنُ فَالَّذِي قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْوَطْءَ يَفْسَخُهَا، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا وَلَمْ تَحْمِلْ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ لَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ الِاعْتِصَارُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَقَالَ يُوقَفُ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ فَإِنْ حَمَلَتْ بَطَلَ الِاعْتِصَارُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوَطْءَ غَيْرُ مَا أُبِيحَ مِنْ تَمَامِ مِلْكِهِ وَيَكْمُلُ كَأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ يَأْذَنُ لِشَرِيكِهِ فِي وَطْءِ الْجَارِيَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ وَطْءَ الْمُعْطِي لَا يُوجِبُ الِانْتِزَاعَ كَوَطْءِ الْعَبْدِ إذَا أَعْطَاهُ إيَّاهُ سَيِّدُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ خَلَا بِهَا الِابْنُ وَادَّعَى الْوَطْءَ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ ذَلِكَ اعْتِصَارَهَا قَالَهُ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ وَفِي كِتَابِ الِاسْتِبْرَاءِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ إنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَهَا مِنْ ابْنِهِ الْكَبِيرِ وَيَسْتَبْرِئُ إذَا غَابَ عَلَيْهَا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ ادَّعَى وَطْئًا وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَدَّعِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ادِّعَاءَ الْوَطْءِ مَعَ إمْكَانِهِ بِالْخَلْوَةِ مُؤَثِّرٌ فِي الْحُكْمِ كَالزَّوْجِ يَخْلُو بِزَوْجَتِهِ وَتَدَّعِي عَلَيْهِ الْوَطْءَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: أَوْ يُكَاتِبُ الْعَبْدَ وَعَلَى هَذَا عِنْدِي يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْعِتْقُ وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ وَفَوَاتُ الْعَيْنِ بِبَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ وَأَمَّا مَا يُكَالُ، أَوْ يُوزَنُ، أَوْ يُعَدُّ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّ خَلْطَهُ الِابْنَ بِمِثْلِهِ فَلَا سَبِيلَ لِلْأَبِ إلَى اعْتِصَارِهِ قَالَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ جَرَى مَجْرَى إتْلَافِهِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِيهِ.

[الْقَضَاءُ فِي الْعُمْرَى وَفِيهِ أَبْوَاب]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَعْنَى الْعُمْرَى وَأَلْفَاظِهَا]

(ش) : مَعْنَى الْعُمْرَى هِبَةُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ مُدَّةَ عُمْرِ الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ مُدَّةَ عُمْرِهِ وَعُمْرَ عَقِبِهِ فَسُمِّيَتْ عُمْرَى لِتَعَلُّقِهَا بِالْعُمْرِ، وَإِنَّمَا يَتَنَاوَلُ الْأَعْمَارُ هِبَةَ الْمَنَافِعِ لَا هِبَةَ الرَّقَبَةِ، وَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا أُعْطَى مِنْ الْمَنَافِعِ يَكُونُ لَهُ وَلِعَقِبِهِ وَلَا تَبْطُلُ لِعَقِبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَا تَرْجِعُ بِذَلِكَ إلَى الَّذِي أَعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ فَوَجَبَ أَنْ يُنْفِذَ عَطِيَّتَهُ عَلَى مَا أَعْطَاهَا مِنْ وُجُوبِ التَّوَارُثِ فِيهَا، وَإِنْ بِتَنَقُّلِ الْمَنَافِعِ إلَى عَقِبِ الْمُعْطِي بَعْدَ مَوْتِهِ، وَهَذَا كُلُّهُ رَاجِعٌ إلَى الْمَنَافِعِ وَمُتَعَلِّقٌ بِهِ دُونَ رَقَبَةِ الدَّارِ؛ لِأَنَّ رَقَبَتَهَا لَمْ يُعْطِهَا عَطَاءً وَقَعَتْ فِي الْمَوَارِيثُ وَلَا غَيْرَهُ وَلَا خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ وَفِي مَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ ثَمَانِيَةُ أَبْوَابٍ:.

أَحَدُهَا فِي مَعْنَى الْعُمْرَى وَأَلْفَاظِهَا وَمَعْنَى الْحُبْسِ وَالصَّدَقَةِ وَمَا يَخْتَلِفُ لِذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهَا.

وَالْبَابُ الثَّانِي: فِيمَنْ يَصِحُّ مِنْهُ التَّحْبِيسُ وَمَنْ يَصِحُّ عَلَيْهِ وَمَا يَصِحُّ تَحْبِيسُهُ.

وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِي دُخُولِ الْعَقِبِ مَعَ الْمُعْطِي، أَوْ تَرْتِيبِهِ بَعْدَهُ.

وَالْبَابُ الرَّابِعُ فِي مَعْنَى الْعَقِبِ وَالذُّرِّيَّةِ وَالْبَنِينَ وَالْمَوْلَى.

وَالْبَابُ الْخَامِسُ فِي قِسْمَةِ مَنَافِعِ الْعُمْرَى.

وَالْبَابُ السَّادِسُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْقَسْمِ فِيهَا بِالْوِلَادَةِ وَانْتِقَالِهِ بِالْمَوْتِ.

وَالْبَابُ السَّابِعُ فِيمَا يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْعُمْرَى وَالْحُبْسِ.

وَالْبَابُ الثَّامِنُ فِي مَنْ تَعُودُ إلَيْهِ مَنَافِعُ الْعُمْرَى وَالْحُبْسِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ وَمَنْ حَبَسَ عَلَيْهِمْ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَعْنَى الْعُمْرَى وَأَلْفَاظِهَا وَمَعْنَى الْحُبْسِ وَالصَّدَقَةِ وَمَا يَخْتَلِفُ لِذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهَا) إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْعُمْرَى هِبَةُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ مُدَّةَ عُمْرِ الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ مُدَّةَ عُمْرِهِ وَعُمْرِ عَقِبِهِ فَقَدْ سُمِّيَ الْمِلْكُ عُمْرَى لِجَوَازِ أَنْ تَعَلَّقَ الْعُمْرَى بِمَنَافِعِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ رَجَعَتْ إلَى صَاحِبِهَا إنْ كَانَ حَيًّا، أَوْ إلَى وَرَثَتِهِ يَوْمَ مَاتَ إنْ كَانَ مَيِّتًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ

. . . .

وَالشَّافِعِيُّ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمُعْمَرِ وَلِعَقِبِهِ بَعْدَهُ فَإِنْ مَاتَ وَلَا عَقِبَ لَهُ فَلِبَيْتِ الْمَالِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ تَعْلِيقَ الْمِلْكِ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ يَقْتَضِي تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّ تَعْلِيقَ الْمِلْكِ لِوَقْتٍ يَنْتَهِي إلَيْهِ يَمْنَعُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ لِمَالِكِ رَقَبَتِهِ بِمَجِيءِ زَيْدٍ، أَوْ نُزُولِ الْمَطَرِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لِلْعُمْرَى أَلْفَاظًا نَحْنُ نُبَيِّنُهَا وَنَذْكُرُ مَا يَقْرُبُ مِنْهَا مِمَّا يُخَالِفُهَا، وَذَلِكَ إذَا كَانَ مَعْنَى الْعُمْرَى هِبَةَ الْمَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ فَإِنْ كَانَ مَا كَانَ مِنْ الْأَلْفَاظِ يَقْتَضِي هَذَا الْمَعْنَى فَإِنَّ حُكْمَهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْعُمْرَى، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ وَمِنْ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ أَسْكَنْتُك هَذِهِ الدَّارَ عُمْرَى، أَوْ وَهَبْتُك سُكْنَاهَا عُمْرَك وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ قَالَ أَسْكَنْتُك هَذِهِ الدَّارَ وَعَقِبَك رَجَعَتْ إلَى صَاحِبِهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لَك وَلِعَقِبِك سُكْنَى وَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ إذَا قَالَ: هِيَ لَك صَدَقَةٌ سُكْنَى فَلَيْسَ لَهُ إلَّا سُكْنَاهَا صَدَقَةً دُونَ الرَّقَبَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ: حَيَاتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ هَذِهِ الدَّارُ حَبْسٌ عَلَى فُلَانٍ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى هَذَا فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنَّهَا عُمْرَى، وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: هِيَ حَبْسٌ.

وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَبْسِ عَلَى الْمَعْنَيَيْنِ لَهُمَا بِمَعْنَى الْعُمْرَى، وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ اخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَتَرَجَّحَ فِيهَا قَوْلُ مَالِكٍ.

فَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهَا عُمْرَى مِمَّا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ التَّحْبِيسَ إنَّمَا يَقْتَضِي هِبَةَ الْمَنَافِعِ فَإِذَا قَالَ عَلَى فُلَانٍ اقْتَضَى ذَلِكَ اخْتِصَاصَ الْهِبَةِ دُونَ غَيْرِهَا مِنْ وَارِثٍ، أَوْ غَيْرِهِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ إنَّمَا وَهَبَهُ الْمَنَافِعَ دُونَ مُدَّةِ عُمْرِهِ، وَذَلِكَ بِمَعْنَى الْعُمْرَى، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لَفْظَ التَّحْبِيسِ ظَاهِرُهُ يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ رُجُوعِ الْمَنَافِعِ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى التَّحْبِيسِ أَنْ تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَحْبُوسَةً عَلَى وُجُوهٍ نَصَّ عَلَيْهَا أَوَاخِرَ تَعْيِينِهَا وَإِذَا حَبَسَهَا عَلَى فُلَانٍ انْصَرَفَتْ إلَيْهِ مَنَافِعُهَا عُمْرَهُ فَإِذَا انْقَضَى عُمْرُهُ لَمْ يَرْجِعْ إلَى الْحَبْسِ؛ لِأَنَّهُ مَعْنًى يَمْنَعُ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ الْمُحْبِسُ حَيًّا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ يَسْأَلُ عَمَّا أَرَادَ مِنْ عُمْرَى، أَوْ حَبَسَ فَيُحْمَلُ عَلَى ذَلِكَ وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ فَقَدْ اخْتَارَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَنْ يَعُودَ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَجْرِيَ فِي ذَلِكَ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ؛ لِأَنَّهَا مَسْأَلَةُ الْخِلَافِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا، وَإِنَّمَا قُبِلَ قَوْلُهُ لَمَّا احْتَمَلَ الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا فَكَانَ هُوَ أَعْلَمَ بِمَا أَرَادَ مِنْ ذَلِكَ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ: دَارِي هَذِهِ حَبْسٌ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ مَا عَاشَ الْمُحْبَسُ عَلَيْهِمْ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ حَبْسٌ مُؤَبَّدٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ تَصْرِيحٌ فِي تَأْبِيدِ التَّحْبِيسِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلَّقَهُ بِهَذِهِ؛ لِأَنَّ الْعُمْرَى فِيهَا وَالْبَيْعُ اقْتَضَى ذَلِكَ التَّحْبِيسَ الْمُؤَبَّدَ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَخْتَصُّ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَخْرَجِ قَوْلِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ أَنَّهَا عَلَى رِوَايَتَيْنِ كَقَوْلِهِ حَبْسًا فَقَطْ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ عَلَى رِوَايَةٍ وَاحِدَةٍ أَنَّهَا حَبْسٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَلَوْ قَالَ: دَارِي حَبْسٌ عَلَى فُلَانٍ وَوَلَدِهِ فَإِنْ كَانَ وَلَدُهُ مُعَيَّنِينَ مِثْلَ قَوْلِهِ: دَارِي حَبْسٌ عَلَى فُلَانٍ وَبَنِيهِ زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَخَالِدٍ فَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ، وَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: وَعَلَى مَنْ يَحْدُثُ لَهُ بَعْدُ مِنْ وَلَدٍ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّهَا حَبْسٌ لِتَعَلُّقِهَا بِمَجْمُوعَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْأَوْلَادَ فِي قَوْلِهِ هِيَ حَبْسٌ عَلَى فُلَانٍ وَوَلَدِهِ أَوْ عَلَى فُلَانٍ وَعَقِبِهِ، أَوْ عَلَى قَوْمٍ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ كَبَنِي تَمِيمٍ، أَوْ قُرَيْشٍ، أَوْ قَالَ حَبْسًا مُؤَبَّدًا، أَوْ حَبْسًا لَا يُبَاعُ.

قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، أَوْ حَبْسًا صَدَقَةً عَلَى قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنِينَ فَإِنَّ هَذَا لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ فِي أَنَّهُ تَرْجِعُ مَنَافِعُهُ إلَى الْمُحْبَسِ عَلَيْهِمْ كَمَا لَوْ قَالَ: جَعَلْت دَارِي مَسْجِدًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ تَقْتَضِي التَّأْبِيدَ فَحُمِلَتْ عَلَى مُقْتَضَاهَا وَأَمَّا قَوْلُهُ حَبْسًا صَدَقَةً فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ: هِيَ عُمْرَى إنْ لَمْ يَذْكُرْ عَقِبًا وَلَا يُمْنَعُ الْبَيْعُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَخْرِيجِ قَوْلِ مَالِكٍ

(120/6)

. . . .

[المنتقى]

فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إنَّهَا عَلَى رِوَايَتَيْنِ كَقَوْلِهِ حَبْسًا فَقَطْ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ عَلَى رِوَايَةٍ وَاحِدَةٍ أَنَّهَا تَرْجِعُ حَبْسًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ حَبَسْت هَذِهِ الدَّارَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْ مُطَرِّفٌ الْحُكْمَ إلَى مُعَيَّنٍ وَلَا غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ

الْحَبْسُ وَيَلْزَمُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَشْهَبَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لَا يَصِحُّ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ دَارِي هَذِهِ عُمْرَى فَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ حَتَّى يَذْكُرَ الْعُمْرَى وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ لَفْظَ التَّحْبِيسِ أَكْثَرُ مَا يُسْتَعْمَلُ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ وَلَفْظُ الْعُمْرَى لَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْقُرْبَةِ فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ وَالْهِبَةَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا لَفْظُ التَّوْقِيفِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: إنَّ لَفْظَ التَّوْقِيفِ صَرِيحٌ فِي تَأْبِيدِ الْحَبْسِ فَلَا يَرْجِعُ مِلْكًا أَبَدًا؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ هَذِهِ اللَّفْظَةِ فِي الْعُرْفِ التَّبَتُّلُ عَلَى وَجْهِ التَّأْبِيدِ وَتَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ عَلَى الدَّوَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا لَفْظُ الصَّدَقَةِ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَمْلِيكَ الرُّقْبَةِ فَهُوَ عَلَى مَا أَرَادَ كَالْهِبَةِ، وَإِنْ أَرَادَ بِهِ مَعْنَى الْحَبْسِ فَإِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ مَا يَقْتَضِي التَّأْبِيدَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْحَبْسِ قَالَ ذَلِكَ كُلَّهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ قَالَ وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فِي الَّذِي يَقُولُ مِلْكِي هَذَا صَدَقَةٌ عَلَى فُلَانٍ وَعَقِبِهِ مَا عَاشُوا وَلَمْ يَقُلْ حَبْسًا أَنَّهُ يَكُونُ مِلْكًا لِآخِرِ الْعَقِبِ مِنْ رَجُلٍ، أَوْ امْرَأَةٍ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا شَاءَ مِنْ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا يَرَوْنَهُ حَبْسًا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ، وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهُ تَمْلِيكَ الرَّقَبَةِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا عَلَّقَ ذَلِكَ بِمُعَيَّنٍ وَعَقِبِهِ عُلِمَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَمْلِكَهَا الْأَوَّلُ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ عَقِبَهُ مِنْ مِلْكِهَا فَاقْتَضَى ذَلِكَ تَمْلِيكَ الرَّقَبَةِ آخِرَ الْعَقِبِ وَهَذَا الَّذِي حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مَوْجُودٌ فِي الْمَذْهَبِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ عَنْ الرَّجُلِ يَقُولُ: دَارِي صَدَقَةٌ عَلَى فُلَانٍ وَوَلَدِهِ مَا عَاشُوا أَنَّهَا تَرْجِعُ إذَا انْقَرَضُوا مَرْجِعَ الْأَحْبَاسِ.

وَرَوَى فِي الْمَوَّازِيَّة أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ قَالَ: إنْ لَمْ يَبْقَ مِنْ الْعَقِبِ إلَّا بِنْتٌ أَنَّ لَهَا بَيْعَ الدَّارِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَدْ رَوَى صَخْرُ بْنُ جُوَيْرِيَةَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ «أَنَّ عُمَرَ تَصَدَّقَ بِمَالٍ لَهُ يُقَالُ لَهُ نَعَمْ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: إنِّي اسْتَفَدْت مَالًا وَهُوَ عِنْدِي نَفِيسٌ فَأَرَدْت أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَّثُ وَلَكِنْ تُنْفِقُ ثَمَرَهُ فَتَصَدَّقَ بِهِ عُمَرُ» فَصَدَقَتُهُ تِلْكَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَفِي الرِّقَابِ وَالْمَسَاكِينِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَلِذِي الْقُرْبَى لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ، أَوْ يُؤَكِّلُ صِدِّيقَهُ فَاسْتَعْمَلَ لَفْظَ الصَّدَقَةِ فِيمَا مَعْنَاهُ التَّحْبِيسُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ أَنَّ تَعْلِيقَ الصَّدَقَةِ بِجَمَاعَةٍ يَنْتَقِلُ إلَيْهِ بَعْدَ انْقِرَاضِ بَعْضِ بَنِيهِ أَنَّ الْمُرَادَ بِذَلِكَ الصَّدَقَةُ بِالْمَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ لَا يَصِحُّ فِيهَا نَقْلُهَا بِالصَّدَقَةِ عَنْ قَوْمٍ إلَى قَوْمٍ وَإِنَّمَا يَصِحُّ ذَلِكَ فِي الْمَنَافِعِ، وَهَذَا مَعْنَى الْحَبْسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ إذَا عَرَّا لَفْظَ الصَّدَقَةِ عَنْ لَفْظِ التَّحْبِيسِ فَإِنْ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَقْتَضِي تَبْتِيلَ الصَّدَقَةِ فَهُوَ عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ اقْتَرَنَ بِهِ مِنْ صِفَةِ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِمْ، أَوْ صِفَةِ الصَّدَقَةِ مَا يَقْتَضِي التَّخْيِيرَ فَهُوَ عَلَى ذَلِكَ، وَإِذَا عَرَّا مِنْ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: إنَّهَا لَا تَكُونُ بِمَعْنَى التَّحْبِيسِ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ ظَاهِرُهَا تَمْلِيكُ الرَّقَبَةِ، وَإِنَّمَا يَنْصَرِفُ إلَى الْمَنَافِعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْحَبْسَ وَمَا فِي مَعْنَاهُ بِأَيِّ لَفْظٍ كَانَ تَبْقَى الرَّقَبَةِ عَلَى مِلْكِ الْمُحْبِسِ وَلِلشَّافِعِيِّ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: مِثْلُ هَذَا، وَالثَّانِي: يَنْتَقِلُ إلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ وَالثَّالِثُ: يَنْتَقِلُ إلَى الْبَارِي تَعَالَى وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ بَدَلُ الْمَنَافِعِ فَلَا تَخْرُجُ بِذَلِكَ الرَّقَبَةِ عَنْ مِلْكِ الْبَاذِلِ بِالْعَارِيَّةِ وَدَلِيلٌ ثَانٍ أَنَّ كُلَّ مَا لَا يَصِحُّ عِتْقُهُ فَلَا يَجُوزُ الْمِلْكُ عَنْ رُقْبَتِهِ وَيَبْقَى الْمِلْكُ عَلَى مَنَافِعِهِ كَالْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ يَصِحُّ التَّحْبِيسُ مِنْهُ وَمَنْ يَصِحُّ التَّحْبِيسُ عَلَيْهِ وَمَا يَصِحُّ تَحْبِيسُهُ] 1

(121/6)

. . . .

[المنتقى]

(الْبَابُ الثَّانِي فِيمَنْ يَصِحُّ التَّحْبِيسُ مِنْهُ، وَمَنْ يَصِحُّ التَّحْبِيسُ عَلَيْهِ وَمَا يَصِحُّ تَحْبِيسُهُ) التَّحْبِيسُ فِي الْأَصْلِ جَائِزٌ يَلْزَمُ فِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ وَلَا يَفْتَقِرُ إلَى حُكْمِ حَاكِمٍ وَالْمَشْهُورُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَلَا يَلْزَمُ وَأَصْحَابُهُ الْمُتَأَخِّرُونَ يَحْكُونَ عَنْهُ أَنَّهُ جَائِزٌ وَلَكِنْ لَا يَلْزَمُ إلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إمَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ أَوْ يُوصِي فِي مَرَضِهِ، أَوْ يُوقَفُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَيَصِحُّ وَيَكُونُ مِنْ ثُلُثِهِ كَالْوَصِيَّةِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا أَوْ سِقَايَةً فَإِنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُ وَلَا يَفْتَقِرُ إلَى حُكْمِ حَاكِمٍ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي كَلَّمَ فِيهَا أَبُو يُوسُفَ مَالِكًا فِي مَجْلِسِ الرَّشِيدِ فَظَهَرَ عَلَيْهِ مَالِكٌ.

وَقَالَ لَهُ هَذِهِ أَوْقَافُ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَنْقُلُهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ خَلَفُهُمْ عَنْ سَلَفِهِمْ يُشِيرُ إلَى الْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ فَرَجَعَ أَبُو يُوسُفَ فِي ذَلِكَ عَنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهَذَا فِعْلُ أَهْلِ الدِّينِ وَالْعِلْمِ فِي الرُّجُوعِ إلَى الْحَقِّ حِينَ ظَهَرَ وَتَبَيَّنَ وَرَأَى أَصْحَابُهُ الْمُتَأَخِّرُونَ الِاعْتِذَارَ لِقَوْلِهِ الْقَدِيمِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَعَ مَا قَدَّمْنَاهُ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1] وَمِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا رَوَى نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ «أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ بِخَيْبَرَ أَرْضًا فَأَتَى النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: إنِّي أَصَبْت أَرْضًا لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ مِنْهُ فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي بِهِ قَالَ: إنْ شِئْت حَبَسْت أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْت بِهَا فَتَصَدَّقَ عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ بَلْ فِي الْفُقَرَاءِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ بِهِ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ تَحْبِيسُ عَقَارٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ فَلَمْ يَفْتَقِرْ إلَى وَصِيَّةٍ وَلَا حُكْمِ حَاكِمٍ كَالْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لَهُ فِي تَحْبِيسِ الرِّبَاعِ وَإِعْمَارِهَا قَوْلًا وَاحِدًا وَهُوَ الْجَوَازُ، وَأَمَّا الْحَيَوَانُ وَالْعُرُوضُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ الْحَبْسَ فِي الْحَيَوَانِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ أَعْمَرَ دَابَّتَهُ، أَوْ دَارِهِ أَوْ عَبِيدَهُ فِي حَيَاتِهِ جَازَ وَيَرْجِعُ بَعْدَ مَوْتِهِ إلَى وَرَثَتِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَمْ أَسْمَعْ مِنْ مَالِكٍ فِي تَحْبِيسِ الثِّيَابِ شَيْئًا وَلَا بَأْسَ بِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ ذَلِكَ جَائِزٌ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ قُلْنَا بِالْجَوَازِ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَازِمًا لِمُوَافَقَةِ الشَّرْعِ مَعَ كَوْنِهِ مِنْ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ، وَإِنْ قُلْنَا بِكَرَاهَةِ ذَلِكَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا الْجَوَازُ وَالثَّانِيَةُ اللُّزُومُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ فِي الْخَيْلِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي غَيْرِهَا وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ الْحَبْسَ فِي الْحَيَوَانِ فَإِنْ وَقَعَ أَمْضَاهُ، وَإِنْ أَرَادَ تَغْيِيرَهُ إلَى مَا هُوَ أَفْضَلُ لِلْمُعَيَّنِ وَأَحَبُّ إلَى اللَّهِ تَعَالَى فَذَلِكَ لَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ الْحَبْسُ فِي الْحَيَوَانِ لَازِمٌ عَلَى مَا شَرَطَ كَالرِّبَاعِ وَجْهُ اللُّزُومِ قَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَنَّ خَالِدًا حَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْبُدَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ أَصْلٌ يَبْقَى وَيَصِحُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ كَالْعَقَارِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ التَّحْبِيسَ يَقْتَضِي التَّأْبِيدَ، وَذَلِكَ مُخْتَصٌّ بِالْعَقَارِ دُونَ مَا يَنْقُلُ وَيَحُولُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُوقِفَ الرَّجُلُ مِلْكَهُ عَلَى نَفْسِهِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا بِجِهَةٍ مِنْ الْجِهَاتِ لَمْ يَصِحَّ أَنْ يَنْقُلَهُ إلَى غَيْرِ تِلْكَ الْجِهَةِ مِنْ مِلْكِهِ كَمَا لَوْ وَهَبَ نَفْسَهُ مَالَهُ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ مَنْ حَبَسَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى جِيرَانِهِ صَحَّ حَبْسُهُ وَدَخَلَ مَعَهُمْ، وَإِنَّمَا يُرَدُّ مَا حَبَسَ عَلَى نَفْسِهِ خَاصَّةً.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ: دَارِي هَذِهِ حَبْسٌ، أَوْ مَوْقُوفَةٌ وَلَمْ يَذْكُرْ وَجْهًا تُصْرَفُ إلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ يُحْمَلُ عَلَى الْمَقْصُودِ بِإِحْبَاسِ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَوَجْهُ الْحَاجَةِ فِيهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَكُونُ لِلْفُقَرَاءِ، أَوْ الْمَسَاكِينِ قِيلَ لَهُ: إنَّهَا بِالْإِسْكَنْدَرِيَّةِ قَالَ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ وَوَجْهُهُ أَنَّ مُعْظَمَ الْبِلَادِ مُعْظَمُ حَاجَتِهَا فِي إعْطَاءِ الْمَسَاكِينِ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ وُجُوهِ الْبِرِّ وَأَعَمُّهَا، وَأَمَّا الثُّغُورُ فَرُبَّمَا كَانَتْ الْحَاجَةُ إلَى مَا يُصْرَفُ فِي وُجُوهِ الْجِهَادِ آكَدُ فَيَنْظُرُ فِي ذَلِكَ الْإِمَامُ فَيَصْرِفُ الْأَحْبَاسَ الْمُطْلَقَةَ إلَى مَا هُوَ آكَدُ

(122/6)

. . . .

[المنتقى]

حَاجَةٍ وَأَعَمُّ وَقْتَ عَقْدِ التَّحْبِيسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ حَبَسَ ذِمِّيٌّ دَارًا عَلَى مَسْجِدٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ وَرَوَاهُ مَعْنُ بْنُ عِيسَى عَنْ امْرَأَةٍ نَصْرَانِيَّةٍ بَعَثَتْ دِينَارًا إلَى الْكَعْبَةِ أَيُجْعَلُ فِي الْكَعْبَةِ؟ قَالَ: يُرَدُّ إلَيْهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ أَمْوَالٌ هِيَ أَطْهَرُ الْأَمْوَالِ وَأَطْيَبُهَا وَأَمْوَالُ الْكُفَّارِ أَبْعَدُ الْأَمْوَالِ عَنْ ذَلِكَ فَيَجِبُ أَنْ تُنَزَّهَ عَنْهَا الْمَسَاجِدُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ حَبَسَ مُسْلِمٌ عَلَى كَنِيسَةٍ فَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنْ يُرَدَّ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَرَفَ صَدَقَتَهُ إلَى وَجْهِ مَعْصِيَةٍ كَمَا لَوْ صَرَفَهَا إلَى شُرْبِ الْخَمْرِ وَإِعْطَائِهِ أَهْلَ الْفِسْقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

رَوَى عُمَرُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ إخْرَاجَ الْبَنَاتِ مِنْ الْحَبْسِ إذَا زُوِّجْنَ وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ ذَلِكَ مِنْ عَمَلِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْمَنْعِ مِنْ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْبَنِينَ بِالْعَطَاءِ لَا سِيَّمَا مَعَ مَا فِيهِ مِنْ شِبْهِ فِعْلِ أَهْلِ الْكُفْرِ وَاحْتَجَّتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا} [الأنعام: 139] .

(فَرْعٌ) فَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ الشَّأْنُ أَنْ يَبْطُلَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ، وَمَنْ

أَخْرَجَهُنَّ عَنْهُ بَطَلَ تَحْبِيسُهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ شَرَطَ أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْهُنَّ بَطَلَ حَقُّهَا إلَّا أَنْ يَرُدَّهَا رَادٌّ وَيَنْقُصُ ذَلِكَ حَتَّى يَرُدَّهَا إلَى الْفَرَائِضِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَرَى إنْ فَاتَ ذَلِكَ أَنْ يَضْمَنَ عَلَى مَا شَرَطَ، وَإِنْ كَانَ حَيًّا لَمْ يَجُزْ عَنْهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيُدْخِلُ فِيهِ الْبَنَاتُ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ نَحْوَهُ وَأَنْكَرَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ لِسَحْنُونٍ وَالْخِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْخِلَافِ فِيمَنْ وَهَبَ بَعْضَ بَنِيهِ دُونَ بَعْضٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَإِنْ نَقَصَ إذَا لَمْ يَأْتِ الْمُحْبِسُ عَلَيْهِمْ وَهُمْ كِبَارٌ فَإِنْ أَبَوْا لَمْ يُفْسَخْ، وَإِنْ كَانَ حَيًّا.

[الْبَابُ الثَّالِثُ فِي دُخُولِ الْعَقِبِ مَعَ الْمُعْطِي]

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي دُخُولِ الْعَقِبِ مَعَ الْمُعْطِي) الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ» ، وَذَلِكَ أَنَّ إعْطَاءَ الْمَنَافِعِ فِي الْعُمْرَى، أَوْ الْحَبْسِ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِ مُعَيَّنِينَ أَوْ لِمُعَيَّنِينَ وَغَيْرِ مُعَيَّنِينَ فَأَمَّا غَيْرُ الْمُعَيَّنِينَ فَكَمَنْ قَالَ أَعْمَرْتُ هَذِهِ الدَّارَ وَلَدَ فُلَانٍ أَوْ عَقِبَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ مَنْ حَبَسَ عَلَى وَلَدِهِ دَارًا فَوُلِدَ لَهُ أَوْلَادٌ فَإِنَّهُمْ مَعَ الْآبَاءِ فِي حَيَاةِ الْأَبِ، وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ وَلَدِي وَوَلَدُ وَلَدِي يَبْدَأُ بِالْآبَاءِ فَيُوَرَّثُونَ، وَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ كَانَ لِوَلَدِ الْوَلَدِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ كَانَ مَالِكٌ يُؤْثِرُ الْأَعْلَيْنَ وَكَانَ الْمُغِيرَةُ وَغَيْرُهُ يُسَوُّونَ بَيْنَهُمْ وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ أَشْهَبَ لَا يَكُونُ الْأَبُ أَوْلَى مَعَ اسْتِوَاءِ الْحَاجَةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ قَالَ يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ} [النساء: 11] فَكَانَ وَلَدُ الْوَلَدِ كَالْوَلَدِ فِي ذَلِكَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُهُمْ تَنَاوُلًا وَاحِدًا فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَوْا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّ شَأْنَ الْأَحْبَاسِ أَنْ يُؤْثِرَ أَقْرَبَهُمْ مِنْ الْمُحْبِسِ وَكَانَ الْأَوْلَى أَنْ يَحْتَجَّ بِالْآيَةِ لِمَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْآبَاءَ يَبْدَءُونَ فِي الْمِيرَاثِ قَوْلُهُ: وَلَدِي يَتَعَدَّى إلَى وَلَدِ الْوَلَدِ وَتَمَامُ قَوْلِهِ هَذَا أَنْ يَقُولَ الْقَائِلِينَ فِي بَعْضِ أَحْكَامِهِ يَقْتَضِي أَنَّهُ إذَا قَالَ وَلَدِي فَإِنَّ ذَلِكَ يَتَنَاوَلُ مَنْ يَكُونُ مِنْ وَلَدِهِ مَا تَنَاسَلُوا، وَكَذَلِكَ إذَا قَالَ وَلَدُ وَلَدِي وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ قُلْنَا يُؤْثِرُ الْأَقْرَبَ فِي قَوْلِهِ وَلَدِي فَبِأَنْ يُؤْثِرَ هَاهُنَا الْأَقْرَبَ أَوْلَى وَإِذَا قُلْنَا قَوْلُهُ وَلَدِي فَقَدْ تَقَدَّمَ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى وَلَدِهِ وَأَعْقَابِهِمْ ثُمَّ بَقِيَ بَنُوهُ وَبَنُو بَنِيهِ فَإِنَّهُ يُسَوِّي بَيْنَهُمْ مَعَ اسْتِوَاءِ الْحَالِ.

(فَرْعٌ) بَيْنَ الْأَعْلَوْنَ فَإِنَّ ذَلِكَ تَسَاوِي حَالٍ فِي الْحَاجَةِ يَبْدَأُ الْأَعْلَوْنَ وَيُعْطَى مَا فَضَلَ فَإِنْ كَانَتْ الْحَاجَةُ فِي وَلَدٍ أُوثِرُوا وَيَكُونُ الْأَبُ مَعَهُمْ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ

(123/6)

. . . .

[المنتقى]

قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ اسْتِحْسَانٌ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْوَلَدِ إلَّا فِي الْفَضْلِ وَشَأْنُ الْإِحْبَاسِ إيثَارُ الْأَقْرَبِ، وَكَذَلِكَ مَرْجِعُهَا، وَإِنَّمَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُعْطَى الْأَبُ مَعَهُمْ فَلِئَلَّا يَنْقَطِعَ سَبَبُ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا، وَلَوْ كَانَتْ الْحَاجَةُ فِي الْأَبِ وَلَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمْ وَلَدُ الْوَلَدِ إلَّا بَعْدَ غِنَى الْأَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ دَارِي هَذِهِ حَبْسٌ عَلَى فُلَانٍ ثُمَّ عَلَى وَلَدِهِ، أَوْ عَلَى فُلَانٍ بَعْدَهُ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ الَّذِينَ هُمْ أَحْيَاءٌ ثُمَّ عَلَى أَعْقَابِهِمْ فَهُوَ عَلَى قَوْلِهِ فَإِذَا انْقَرَضُوا فَعَلَى أَعْقَابِهِمْ، وَلَوْ قَالَ: وَأَعْقَابُهُمْ دَخَلَ الْعَقِبُ مَعَ الْأَعْلَى، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ثُمَّ فِي الْعَطْفِ لِلتَّرْتِيبِ فَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنْ يَبْدَأَ الْأَوَّلُونَ وَلَا يَكُونُ لِمَنْ بَعْدَهُمْ شَيْءٌ إلَّا بَعْدَ انْقِرَاضِهِمْ، وَأَمَّا الْوَاوُ فَهِيَ لِلْجَمْعِ فَاقْتَضَتْ التَّشْرِيكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِي مَعْنَى الْعَقِبِ وَالْبَنِينَ وَالْوَلَدِ وَالْوَرَثَةِ] 1

قَالَ مَالِكٌ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ الْعَقِبَ الْوَلَدُ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى وَلَيْسَ وَلَدُ الْبَنَاتِ عَقِبًا ذَكَرًا كَانَ، أَوْ أُنْثَى وَقَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَيَجْمَعُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ ذَكَرٍ، أَوْ أُنْثَى أَدْلَتْ بِهِ أُنْثَى فَلَيْسَ بِعَقِبٍ، وَقَالَهُ ابْنُ شِهَابٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَأَصْلُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ عَقِبَ الرَّجُلِ مَنْ انْتَسَبَ إلَيْهِ وَوَلَدُ الْبَنَاتِ لَا يُنْسَبُونَ إلَيْهِ، وَلِذَلِكَ لَا يُقَالُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ الْهَاشِمِيّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَارِثِ الْهِلَالِيُّ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ لُبَابَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ الْهِلَالِيَّةَ، وَمَنْ كَانَ أَبُوهُ مِنْ الْعَرَبِ وَأُمُّهُ مِنْ الرُّومِ لَا يُقَالُ لَهُ الرُّومِيُّ وَلَا يُنْتَسَبُ إلَى الرُّومِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا الْوَلَدُ فَإِنَّهُ اسْمٌ يَتَنَاوَلُ الْوَلَدَ وَوَلَدَ الْوَلَدِ الذُّكُورِ ذُكُورُهُمْ وَالْإِنَاثُ إنَاثُهُمْ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ حَبَسَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمَوَارِيثِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ كِنَانَةَ فَلِذَلِكَ لَا يَدْخُلُونَ فِي صَدَقَةِ الْجَدِّ فِي أُمِّهِمْ بِهَذَا الِاسْمِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَلَدِ وَالْعَقِبِ سَوَاءٌ، وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ} [النساء: 11] وَلَا خِلَافَ أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ كَالْوَلَدِ فِي رَدِّ الْأُمِّ إلَى السُّدُسِ وَلَا تَأْثِيرَ فِي ذَلِكَ لِوَلَدِ الْبَنَاتِ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَكَانَتْ الْفَتْوَى عِنْدَنَا يُرِيدُ بِقُرْطُبَةَ أَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ يَدْخُلُونَ فِي ذَلِكَ وَقَضَى بِهِ مُحَمَّدُ بْنُ إسْحَاقَ بْنِ السُّلَيْمِ وَبِهِ يُفْتِي أَكْثَرُ مَنْ كَانَ فِي زَمَانِهِ قَالَ، وَكَذَلِكَ الْأَعْقَابُ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ إلَّا فِي قَوْلِهِ بَنِي وَبَنِي بَنِي وَوَلَدِي وَوَلَدُ وَلَدِي أَبْيَنُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبَنُونَ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الْوَلَدَ وَوَلَدَ الْوَلَدِ ذُكُورَهُمْ وَإِنَاثَهُمْ قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى بَنِيهِ وَبَنِي بَنِيهِ فَإِنَّ بَنَاتِهِ وَبَنَاتِ بَنِيهِ يَدْخُلُونَ فِي ذَلِكَ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى بَنَاتِهِ فَإِنَّ بَنَاتِهِ وَبَنَاتِ بَنِيهِ يَدْخُلُونَ مَعَ بَنَاتِ صُلْبِهِ وَالَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ أَصْحَابِنَا أَنَّ وَلَدَ الْبِنْتِ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْبَنِينَ وَمَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ لِلْحَسَنِ أَنَّ ابْنِي هَذَا لَسَيِّدٌ» فَعَلَى سَبِيلِ الْمَجَازِ وَالثَّنَاءِ عَلَيْهِ وَالْإِخْبَارِ بِمَحَاسِنِهِ لَا عَلَى مَعْنَى النِّسْبَةِ وَإِطْلَاقِ اللَّفْظِ فَإِذَا حَبَسَ عَلَى نَسْلِ فُلَانٍ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْعَطَّارِ أَنَّهُ كَقَوْلِهِ وَلَدُ وَلَدِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ خُرُوجِ وَلَدِ الْبَنَاتِ مِنْ ذَلِكَ فِي قَوْلِ مَالِكٍ وَدُخُولِهِمْ عَلَى ظَاهِرِ لَفْظِ الْمُحْبِسِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الذُّرِّيَّةُ فَقَدْ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ الْعَطَّارِ لَا خِلَافَ فِي دُخُولِ وَلَدِ الْبَنَاتِ فِي ذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ} [الأنعام: 84] إلَى قَوْلِهِ {وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيسَى} [الأنعام: 85] فَجَعَلَ عِيسَى مِنْ ذُرِّيَّةِ إبْرَاهِيمَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدَ ابْنٍ، وَإِنَّمَا هُوَ وَلَدُ بِنْتٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْآلُ فَهُمْ الْأَهْلُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ آلُهُ وَأَهْلُهُ سَوَاءٌ وَهُمْ الْعَصَبَاتُ وَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْخَالَاتُ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي الْعَصَبَةُ، أَوْ مَنْ كَانَ فِي قُعْدُدِهِنَّ مِنْ النِّسَاءِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي مَنْ حَبَسَ عَلَى رَجُلٍ وَعَلَى أَهْلِهِ أَوْسُقًا مُسَمَّاةً مِنْ

. . . .

[المنتقى]

حَائِطِهِ فَهَلَكَ وَلَدٌ مِنْ وَلَدِ ذَلِكَ الرَّجُلِ وَوَلَدٌ لَهُ آخَرُ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْحَبْسِ.

وَمَا رُوِيَ عَنْ مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ أَنَّهُ قَالَ فِي قَوْلِ الْمُسَلِّمِ: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ إنَّ آلَ مُحَمَّدٍ كُلُّ تَقِيٍّ وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {أَدْخِلُوا آلَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ الْعَذَابِ} [غافر: 46] فَإِنَّ ذَلِكَ يُحْمَلُ عَلَيْهِ اللَّفْظُ بِأَدِلَّةٍ اُقْتُرِنَتْ بِهِ صَرَفَتْهُ عَنْ ظَاهِرِهِ وَإِطْلَاقُ اللَّفْظِ يَقْتَضِي مَا قَدَّمْنَاهُ أَوَّلًا، وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَيَدْخُلُ فِي الْأَهْلِ مَنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ بَعُدُوا، أَوْ قَرُبُوا، وَلَوْ قَالَ عَلَى آبَاءٍ دَخَلَ الْآبَاءُ وَالْأُمَّهَاتُ وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ بَعُدُوا أَوْ قَرُبُوا، وَكَذَلِكَ الْعُمُومَةُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ} [البقرة: 133] .

وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي الْأَخْوَالِ وَالْخَالَاتِ وَالْأُخْتَانِ أَنْ يَدْخُلُوا وَهَذِهِ الْمَعَانِي إنَّمَا وَرَدَتْ عَلَى سَبِيلِ الْمَجَازِ وَمُقْتَضَى مَذْهَبِ مَالِكٍ حَقَائِقُهَا، أَوْ عُرْفُ اسْتِعْمَالِهَا الْغَالِبِ عَلَى حَقَائِقِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْقَرَابَةُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ مَنْ أَوْصَى بِمَالٍ لِأَقَارِبِهِ أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبُ بِالِاجْتِهَادِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الْبَنَاتِ وَوَلَدُ الْخَالَاتِ وَرَوَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ يَدْخُلُ فِيهَا الْأَعْمَامُ وَالْعَمَّاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَقَارِبُهُ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ كُلَّ ذِي رَحِمٍ مِنْهُ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مُحَرَّمٌ، أَوْ غَيْرُ مُحَرَّمٍ فَهُوَ ذُو قَرَابَةٍ، وَقَدْ ذَكَرْت ذَلِكَ فِي الِاسْتِيفَاءِ مُسْتَوْعِبًا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمَوَالِي فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى مَوَالِيه فَإِنَّ مَوَالِيَ مَوَالِيه يَدْخُلُونَ مَعَهُمْ، وَكَذَلِكَ مَوَالِي ابْنِهِ، وَكَذَلِكَ مَوَالِي أَبِيهِ وَرَوَى عَنْهُ وَهْبٌ يَدْخُلُ فِيهِ أَوْلَادُ مَوَالِيه وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُمْ لَا يَنْتَسِبُونَ إلَيْهِ وَلَا هُمْ فِي قُعْدُدِ عَصَبَتِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ يُنَاسِبُونَهُ إلَى أَحَدِ جَدَّيْهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْقَرَابَةَ وَيَلْزَمُهُ عَلَى قَوْلِهِ فِي بَنَاتِ الْأَخِ أَنْ يَدْخُلَ فِي ذَلِكَ بَنُو الْخَالَةِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لِجَنْبَةِ الْأَبِ قَرَابَةٌ يَدْخُلُ بِهَا وَلَدُ النِّسَاءِ دُونَ جَنْبَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ جَنْبَةَ الْأَبِ فِي الْقَرَابَةِ لَهَا وَجْهٌ إلَّا أَنَّهُ لَمْ يُفَسِّرْ ذَلِكَ تَفْسِيرًا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْقَرَابَةُ مِنْ غَيْرِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ حَبَسَ عَلَى قَوْمِهِ، أَوْ قَوْمِ فُلَانٍ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ ذَلِكَ عَلَى الرِّجَالِ خَاصَّةً مِنْ الْعَصَبَةِ دُونَ النِّسَاءِ وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ} [الحجرات: 11] فَفَرَّقَ بَيْنَ الْقَوْمِ وَالنِّسَاءِ قَالَ زُهَيْرٌ

وَمَا أَدْرِي وَسَوْفَ إخَالُ أَدْرِي ... أَقَوْمٌ آلُ حِصْنٍ أَمْ نِسَاءُ

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ قُلْنَا: إنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَوَالِي أُمِّهِ مَوَالِي بَنِيهِ وَأَبِيهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى مَوَالِيه فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي وَلَدُ الْوَلَدِ وَالْأَجْدَادِ وَالْأُمِّ وَالْجَدَّةِ وَالْإِخْوَةِ وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي بَنِي الْإِخْوَةِ وَالْعُمُومَةِ وَلَوْ أَدْخَلْت هَؤُلَاءِ دَخَلَتْ مَوَالِي الْقَبِيلَةِ، وَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالتَّعْصِيبِ فَإِنَّ مَوَالِيَهُ يَدْخُلُونَ فِي إطْلَاقِ لَفْظِ مَوَالِي الْمُحْبِسِ، وَمَنْ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَأَخْوَالُهُ لَا يَدْخُلُونَ فِي إطْلَاقِ لَفْظِ الْمَوَالِي.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي هَؤُلَاءِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْأَقْرَبِ وَيُؤْثِرُ عَلَى الْأَبْعَدِ إذَا اسْتَوَوْا فِي الْحَاجَةِ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْرَبُ غَنِيًّا أُوثِرَ الْمُحْتَاجُ الْأَبْعَدُ عَلَيْهِ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي مَوَالِي الْأَبِ وَالِابْنِ.

[الْبَابُ الْخَامِسُ فِي قِسْمَةِ مَنَافِعِ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ] 1

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي قِسْمَةِ مَنَافِعِ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ) فَأَمَّا الْعُمْرَى وَالْحَبْسُ الَّذِي تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ إذَا كَانَ عَلَى مُعَيَّنِينَ فَإِنَّهُمْ فِيهِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَا حُبِسَ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ مِنْ دَارٍ، أَوْ زَرْعٍ، أَوْ ثَمَرِ نَخْلٍ فَذَلِكَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ وَلِلذَّكَرِ مِثْلُ مَا لِلْأُنْثَى قَالَ

. . . .

[المنتقى]

ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ حَبَسَ عَلَى قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ دُونَ تَعَقُّبٍ فَإِنَّ حَقَّ الْغَائِبِ مِنْهُمْ ثَابِتٌ فِي السُّكْنَى وَحَاضِرُهُمْ وَغَائِبُهُمْ سَوَاءٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَفَقِيرُهُمْ وَغَنِيُّهُمْ سَوَاءٌ، وَأَمَّا الْعُمْرَى وَالْحَبْسُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنِينَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ مَنْ حَبَسَ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ فَإِنَّهُ يُفَضِّلُ أَهْلَ الْحَاجَةِ وَالْمَسْكَنَةِ وَالْمُؤْنَةِ وَالْعِيَالِ وَالزَّمَانَةِ بِقَدْرِ مَا يَرَاهُ مَنْ وُلِّيَ ذَلِكَ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ لَا يُفَضَّلُ ذُو الْحَاجَةِ عَلَى الْغَنِيِّ فِي الْحَبْسِ إلَّا بِشَرْطٍ مِنْ الْمُحْبِسِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَعْنَى الْحَبْسِ الْقُرْبَةُ وَإِيثَارُ ذَوِي الْحَاجَةِ يَقْتَضِي الْقُرْبَةَ إلَّا أَنْ يُصْرَفَ عَنْ ظَاهِرِهِ بِشَرْطٍ وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْحَبْسِ الْمُخْتَصِّ بِالْمُعَيَّنِينَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ مَنْ حَبَسَ عَلَى مُعَيَّنِينَ فَقَدْ قَصَدَ اسْتِيفَاءَهُمْ وَالْمُسَاوَاةَ بَيْنَهُمْ وَإِذَا أَفْرَدَ غَيْرَ مُعَيَّنِينَ وَأَضَافَهُمْ إلَى مُعَيَّنِينَ فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ الِاسْتِيعَابَ وَلَا الْمُسَاوَاةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِيهِمْ فَكَانَ ذَلِكَ مُقْتَضَى حَبْسِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الْمُحْبِسَ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ مِنْهُمْ الْغَنِيَّ وَالْمُحْتَاجَ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ إيثَارُ ذَوِي الْحَاجَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَذَوِي الْقُرْبَى وَفِي قَرَابَتِهِ غَنِيٌّ لَا يُعْطَى مِنْهُ وَلَكِنَّ ذَوِي الْحَاجَةِ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ حَبَسَ عَلَى قَوْمٍ وَعَلَى أَعْقَابِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ كَالصَّدَقَةِ لَا يُعْطَى مِنْهُ الْغَنِيُّ شَيْئًا وَيُعْطَى الْمُتَوَسِّطُ بِقَدْرِ حَالِهِ فَإِنْ كَانَ لِلْأَغْنِيَاءِ أَوْلَادٌ كِبَارٌ فُقَرَاءُ قَدْ بَلَغُوا أَعْطُوا بِقَدْرِ حَاجَتِهِمْ وَمَعْنَى ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ ظَاهِرَ الْحَبْسِ وَمُقْتَضَاهُ الْقُرْبَةُ وَسَدُّ الْخَلَّةِ، وَذَلِكَ مُخْتَصٌّ بِذَوِي الْحَاجَةِ، وَأَمَّا الْمُسَدِّدُ فَهُوَ الَّذِي لَهُ كِفَايَةٌ وَرُبَّمَا ضَاقَتْ حَالُهُ بِكَثْرَةِ عِيَالِهِ، وَأَمَّا وَلَدُ الْغَنِيِّ لَا مَالَ لَهُ فَهُوَ فَقِيرٌ وَإِذَا بَلَغَ صَحِيحًا فَلَمْ يَلْزَمْ الْأَبَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ فَهُوَ مِنْ الْفُقَرَاءِ وَذَوِي الْحَاجَةِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا تَسَاوَى أَهْلُ الْحَبْسِ فِي الْفَقْرِ، أَوْ الْغِنَى أُوثِرَ الْأَقْرَبُ وَيُعْطَى الْفَضْلُ مَنْ يَلِيه، وَإِنْ كَانَ الْأَبْعَدُ غَنِيًّا أُوثِرَ الْفَقِيرُ الْأَبْعَدُ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَصَدَ بِالْحَبْسِ قَرَابَتَهُ كَانَ لِلْقَرِيبِ تَأْثِيرٌ فِي الْإِيثَارِ إلَّا أَنَّ تَأْثِيرَ ذَوِي الْفَقْرِ وَالْحَاجَةِ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّهُ مَقْصُودُ الصَّدَقَاتِ وَالْأَحْبَاسِ، وَهَذَا إذَا كَانَ عَدَدُ الْمُحْبَسِ عَلَيْهِمْ لَا يَنْحَصِرُ وَلَا يَفْضُلُ عَنْ فُقَرَائِهِمْ شَيْءٌ فَإِنَّهُ يَصْرِفُ إلَى الْأَغْنِيَاءِ.

وَقَدْ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْحَبْسَ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ، وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْبِسَ عَلَى رَجُلٍ غَنِيٍّ، وَإِنَّمَا يُؤْثِرُ الْفُقَرَاءَ فَإِنْ فَضَلَتْ فَضْلَةٌ جَازَ صَرْفُهَا إلَى مَنْ شَرَكَ الْفُقَرَاءَ فِي مَعْنَى الْحَبْسِ مِنْ الْأَغْنِيَاءِ.

(فَرْعٌ) وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي الْحَبْسِ سَوَاءٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ بِشَرْطٍ،

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لَفْظَ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ وَلِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ {فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] وَسَوَّى بَيْنَ ذُكُورِهِمْ وَإِنَاثِهِمْ فِي ذَلِكَ الثُّلُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَسَمَ الْحُبْسَ بَيْنَ أَهْلِهِ مِنْ غَلَّةٍ وَسُكْنَى فَلَيْسَ عَلَى كَثْرَةِ الْعَدَدِ وَلْيَبْدَأْ بِأَهْلِ الْحَاجَةِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَلَوْ بَدَرَ إلَى سُكْنَى الْحُبْسِ بَعْضُهُمْ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِالْبِدَارِ وَلَكِنَّ الْمُقَدَّمَ أَحْوَجُهُمْ وَأَقْرَبُهُمْ مِنْ الْمُحْبِسِ، وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ تَسَاوَوْا فِي الْغِنَى وَالْحَاجَةِ فَمَنْ سَبَقَ إلَى سُكْنَاهَا مِنْهُمْ فَهُوَ أَحَقُّ وَلَا يَخْرُجُ لِمَنْ بَقِيَ وَلَيْسَ عَلَى عَدَدِهِمْ وَلَكِنْ بِقَدْرِ كَثْرَةِ الْعِيَالِ وَلَيْسَ الْأَعْزَبُ فِي السُّكْنَى كَالْمُتَأَهِّلِ الْمُعَقِّبِ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فَأَمَّا إنْ كَانَ بَعْضُهُمْ غَائِبًا وَالْحَاضِرُ أَوْلَى مِنْهُ بِالسُّكْنَى؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ لَا يُمْكِنُهُ سُكْنَاهُ فَكَانَ الْحَاضِرُ أَوْلَى بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي حُبِسَ عَلَيْهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَعَانِيَ الْمُؤْثِرَةَ فِي التَّقْدِيمِ الْحَاجَةُ وَالْقَرَابَةُ وَالْبِدَارُ، وَالْحَاجَةُ مُقَدَّمَةٌ فَإِنْ تَسَاوَوْا فِي الْحَاجَةِ وَالْقَرَابَةِ فَمَنْ بَادَرَ إلَى السُّكْنَى كَانَ أَحَقَّ بِهِ وَفِي مَعْنَاهُ أَنَّ الْحَاضِرَ أَحَقُّ مِنْ الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ الْحَاضِرَ بَادَرَ إلَى السُّكْنَى قَبْلَهُ وَالِاعْتِبَارُ

(126/6)

. . . .

[المنتقى]

فِي ذَلِكَ ابْتِدَاءَ السُّكْنَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْحَاضِرَ أَوْلَى بِالسُّكْنَى مِنْ الْغَائِبِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يَغِيبَ قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ فَإِنَّهُ إذَا قَدِمَ لَمْ يَخْرُجْ لَهُ مَنْ قَدْ سَكَنَ وَلَا يَخْرُجُ أَحَدٌ لِأَحَدٍ إلَّا أَنْ يَخْرُجَ فِي سَفَرِ انْقِطَاعٍ، وَلَوْ خَرَجَ مُسَافِرًا فَعَرَضَ لَهُ بَعْضُ مَا يَعْرِضُ لِلنَّاسِ مِنْ الْأَسْفَارِ كَانَ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ مَسْكَنَهُ إلَى أَنْ يَعُودَ، وَلَوْ انْتَقَلَ إلَيْهِ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْحُبْسِ رَدَّ إلَى مَنْزِلِهِ وَأَخْرَجَ مَنْ كَانَ دَخَلَ فِيهِ قَالَهُ مَالِكٌ وَإِذَا سَكَنَ بَعْضُهُمْ لِحَاجَتِهِ وَلِحُضُورِهِ فَاسْتَغْنَى وَقَدِمَ الْغَائِبُ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَمْ يَخْرُجْ أَحَدٌ مِنْهُمْ لِقُدُومِ الْغَائِبِ وَلَا لِحَاجَةِ غَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْحُبْسِ وَالْغَائِبُ وَالْمُسَافِرُ كَالْحَاضِرِ فِي ابْتِدَاءِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ سَكَنَ مِنْ أَهْلِ الْحُبْسِ مَعَ أَبِيهِ فَبَلَغَ فَإِنْ كَانَ قَوِيًّا يُمْكِنُهُ الِانْفِرَادُ عَنْ أَبِيهِ فَلَهُ مَسْكَنُهُ مِنْ

الْحَبْسِ، وَإِنْ لَمْ يَتَزَوَّجْ إِذَا ضَاقَ عَلَيْهِ مَسْكَنُ أَبِيهِ فَأَمَّا مَنْ ضَعُفَ عَنْ الِانْفِرَادِ فَلَا مَسْكَنَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَتَزَوَّجَ فَمَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ حَقُّهُ فِي الْمَسْكَنِ، وَهَذَا فِي الذُّكُورِ، وَأَمَّا الْإِنَاثُ فَلَا مَسْكَنَ لَهُنَّ، وَإِنْ بَلَغْنَ؛ لِأَنَّهُنَّ فِي كَفَالَةِ الْأَبِ قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْكِرَاءُ وَالْغَلَّاتُ مِنْ الثَّمَرِ وَغَيْرِهِ فَإِنَّ حَقَّ مَنْ انْتَجَعَ، أَوْ غَابَ لَا يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنْ السُّكْنَى إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ الْقَاسِمِ.

[الْبَابُ السَّادِسُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْقَسْمِ بِالْوِلَادَةِ وَانْتِقَالِهِ بِالْمَوْتِ]

وَذَلِكَ يَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ انْتِقَالٌ إِلَى مَنْ هُوَ مِنْ جُمْلَةِ مَنْ حُبِسَ عَلَيْهِمْ وَانْتِقَالٌ إِلَى غَيْرِهِمْ فَأَمَّا الِانْتِقَالُ إِلَى الْمُحْبِسِ، أَوْ الْمُعْمِرِ عَلَيْهِمْ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِلَفْظِ الْإِشَاعَةِ، أَوْ الْإِبْهَامِ فَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْإِشَاعَةِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ وَهْبٍ وَأَشْهَبَ فِيمَنْ حَبَسَ دَارًا أَوْ حَائِطًا عَلَى قَوْمٍ فَمَاتَ بَعْضُهُمْ فَإِنَّ مَا كَانَ لِلْمَيِّتِ مِنْ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى بَقِيَّةِ أَصْحَابِهِ حَتَّى يَنْقَرِضُوا، وَذَلِكَ فِي الْأَحْبَاسِ كُلِّهَا مِنْ غَلَّةٍ، أَوْ سُكْنَى، أَوْ خِدْمَةٍ، أَوْ دَارٍ مُحْبَسَةٍ كَانَ مَرْجِعُ ذَلِكَ الْحَبْسَ إِلَى صَاحِبِ الْأَصْلِ، أَوْ غَيْرِهِ أَوْ إِلَى السَّبِيلِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنْ دَارٍ أَوْ عَبْدٍ فَنَصِيبُ الْمَيِّتِ يَرْجِعُ عَلَى أَصْحَابِهِ وَنَحْوِهِ، رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ قَالَ سَحْنُونٌ، وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْهُ جَمِيعُ الرُّوَاةِ وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ فِيمَا يَنْقَسِمُ وَمَا لَا يَنْقَسِمُ إِلَّا ابْنَ الْقَاسِمِ فَإِنَّهُ أَخَذَ بِرُجُوعِ مَالِكٍ فِي هَذَا بِعَيْنِهِ فَقَالَ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ فِيمَا يَنْقَسِمُ وَمَا لَا يَنْقَسِمُ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ جَمِيعَهُمْ فِي لَفْظِ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ، وَالتَّشْرِيكُ بَيْنَهُمْ فِيهِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِمَنْ يَسْتَحِقُّ الِاسْمَ وَيَتَنَاوَلُهُ حَتَّى يَنْقَرِضُوا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كَوْنَهُ مِمَّا يَنْقَسِمُ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحِصَّتِهِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ رُجُوعَ حِصَّتِهِ إِلَى إِشْرَاكِهِ وَيُوجِبُ انْقِطَاعَ حُكْمِ الْعُمْرَى مِنْهَا لِمَوْتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ وَرَاعَيْنَا مَا يَنْقَسِمُ فَإِنَّ مُطَرِّفًا قَالَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَسْكَنِ: إِنْ جَزَّأَ الْمُحْبِسُ الدَّارَ بَيْنَهُمْ فَنَصِيبُ الْمَيِّتِ رَاجِعٌ إِلَى رَبِّ الدَّارِ، وَإِنْ جَزَّءُوهَا هُمْ بَيْنَهُمْ فَنُصِيبُ الْمَيِّتِ رَاجِعٌ إِلَى أَصْحَابِهِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ أَنَّ هَذَا فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُمْ الدَّارَ سُكْنَى وَاحِدٍ وَاخْتِدَامَهُمْ الْعَبْدَ كَذَلِكَ قَالَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَمَا كَانَ مِنْ غَلَّةٍ تَنْقَسِمُ، أَوْ دَارٍ تُكْتَرَى، أَوْ عَبِيدٍ مُخَارِجِينَ فَإِنَّ نَصِيبَ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ حَبَسَ خَادِمًا عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِمْ غَيْرُهُمْ، أَوْ عَلَى نَاسٍ مُجْتَمِعِينَ حَيَاتَهُمْ فَإِنْ مَاتَ مِنْهُمْ أَحَدٌ فَنَصِيبُهُ عَلَى مَنْ بَقِيَ، وَلَوْ

كَانَ عَلَى رَجُلَيْنِ مُتَفَرِّقَيْنِ هَذَا عَلَى حِدَةٍ، وَهَذَا عَلَى حِدَةٍ فَنَصِيبُ مَنْ مَاتَ لِلْمُحْبِسِ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَهَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ التَّفْسِيرِ الْأَوَّلِ وَلَوْ جَعَلَ ذَلِكَ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ، أَوْ الْمُجْتَمِعِينَ وَنَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مَعْرُوفٌ فَلَا يَرْجِعُ نَصِيبُ الْمَيِّتِ عَلَى أَصْحَابِهِ، وَلَوْ حَبَسَهُ

(127/6)

. . . .

[المنتقى]

عَلَى الْمُفْتَرِقِينَ وَجَعَلَ ذَلِكَ مُشَاعًا كَانَ نَصِيبُ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ لِأَصْحَابِهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: إذَا قَالَ: غُلَامِي يَخْدُمُ فُلَانًا يَوْمًا وَفُلَانًا يَوْمًا فَهَذِهِ قِسْمَةٌ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا رَجَعَ نَصِيبُهُ إلَى أَصْحَابِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ مُرَاعَاةُ الْقِسْمَةِ فَإِنَّ ظَاهِرَ قَوْلِ سَحْنُونٍ يَقْتَضِي مُرَاعَاةَ قِسْمَةِ الْمُعْطِي ذَلِكَ بَيْنَهُمْ فِي نَفْسِ الْعَطِيَّةِ وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ، وَقَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ يَقْتَضِي أَنَّ الْمُرَاعَى فِي ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الْعَطِيَّةُ مِمَّا يَنْقَسِمُ كَالْعَبِيدِ الْمُخَارِجِينَ، وَالْغَلَّةُ تَنْقَسِمُ وَالدَّارُ تُكْرَى وَهُوَ قَوْلُ الْعِرَاقِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا وَرِوَايَتُهُمْ عَنْ الْمَذْهَبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِاعْتِبَارِ قِيمَةِ الْمُعْطَى عِنْدَ الْعَطِيَّةِ فَهَذَا حُكْمُهُ إذَا بُيِّنَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا أُبْهِمَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ عَلَى الْإِشَاعَةِ حَتَّى يُبَيِّنَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لَفْظَ الْإِبْهَامِ يَقْتَضِي الِاشْتِرَاكَ وَالْإِشَاعَةَ فَحُمِلَ عَلَيْهِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ التَّعْيِينِ وَمَعْنَاهُ أَنْ يُعَيِّنَ الْحُظُوظَ فَيُسَمِّي لِكُلِّ وَاحِدٍ يَوْمًا مُعَيَّنًا أَوْ نَصِيبًا مُسَمًّى، أَوْ سُكْنَى مَعْرُوفَةً فَإِنَّ نَصِيبَ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ يَرْجِعُ إلَى صَاحِبِ الْمَرْجِعِ، وَرَوَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَعْيِينَهُ وَتَعْيِينَ نَصِيبِهِ يَقْتَضِي مَنْعَ الِاشْتِرَاكِ وَيَجْعَلُ حُكْمَ كُلِّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ يَخْتَصُّ بِهِ فَإِذَا تُوُفِّيَ اسْتَحَقَّ مَا كَانَ لَهُ صَاحِبُ الْمَرْجِعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ التَّحْبِيسُ، أَوْ التَّعْمِيرُ عَلَى مُعَيَّنِينَ فَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنِينَ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ: عَلَى فُلَانٍ وَعَقِبِهِ، أَوْ عَلَى بَنِي تَمِيمٍ فَهَذَا إنْ بَقِيَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ أَخَذَ جَمِيعَ الْغَلَّةِ إذْ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِي صِفَةِ التَّحْبِيسِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى امْرَأَتَيْنِ وَعَقِبِهِمَا فَهَاهُنَا يَرْجِعُ نَصِيبُ الْمَيِّتَةِ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِ الْمَرْجِعِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ حَبَسَ حَبْسًا عَلَى رَجُلَيْنِ حَيَاتَهُمَا ثُمَّ لِرَجُلٍ بَعْدَهُمَا فِي وَجْهٍ آخَرَ

فَمَاتَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ رَجَعَ نَصِيبُهُمَا عَلَى الْآخَرِ، وَقَدْ قِيلَ يَرْجِعُ نَصِيبُ الْمَيِّتِ مِنْهُمَا فِي الْوَجْهِ الثَّانِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَإِذَا كَانَ الْحَبْسُ حَائِطًا فَمَاتَ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْحَبْسِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الْإِبَارِ، أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ، أَوْ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ، أَوْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْإِبَارِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ: لَا شَيْءَ لَهُ مِنْ الثَّمَرِ وَلَا لِوَرَثَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْإِبَارِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ لَا شَيْءَ لَهُ وَلَا لِوَرَثَتِهِ مِنْ الثَّمَرَةِ وَهِيَ لِمَنْ وُلِدَ بَعْدَ الْإِبَارِ وَقَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: هِيَ لِوَرَثَتِهِ مَنْ مَاتَ بَعْدَ الْإِبَارِ، وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ الْإِبَارِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْهَا وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَفِي الْمُعْمِرِ يَمُوتُ وَفِي الْحَائِطِ ثَمَرَةٌ قَدْ أُبِّرَتْ، أَنَّهَا لِوَرَثَتِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالثَّمَرَةِ مَعَ بَقَاءِ الرُّقْبَةِ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهَا فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بُدُوُّ، الصَّلَاحِ، كَالزَّكَاةِ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ مِنْ الْحَبْسِ ذَلِكَ الْوَقْتِ جَازَ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِأَكْلِهَا رُطَبًا؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ مَقْصُودٌ فَلَوْلَا اسْتِحْقَاقُهُ لِلثَّمَرَةِ لَمُنِعَ الِانْتِفَاعُ بِهَا، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهَا عَطِيَّةٌ فَوَجَبَتْ بِالْإِبَارِ، كَالصَّدَقَةِ الْمُبَتَّلَةِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ يَسْتَحِقُّ فِيهَا بِالْإِبَارِ فَكَذَلِكَ هَذَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ فَالَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ وُلِدَ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْ تِلْكَ الثَّمَرَةِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ حُبِسَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ فَإِنَّ الْغَلَّةَ تُقَسَّمُ عَلَى مَنْ كَانَ حَيًّا، أَوْ مَوْلُودًا يَوْمَ تُقَسَّمُ الثَّمَرَةَ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى قَبِيلَةٍ أَنَّهُ إنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ طِيبِ الثَّمَرَةِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلَا حَقَّ لَهُ، وَمَنْ وُلِدَ قَبْلَ الْقَسْمِ، قُسِمَ لَهُ، وَأَمَّا إنْ حَبَسَ عَلَى قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ مُسَمَّيْنَ بِأَسْمَائِهِمْ مِمَّنْ أَدْرَكَ طِيبَ الثَّمَرَةِ فَحَقُّهُ فِيهَا ثَابِتٌ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْغَلَّةِ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَالْأَحْبَاسُ مَوْضُوعَةٌ عَلَى أَنَّهَا تُسْتَحَقُّ بِإِمْكَانِ الِانْتِفَاعِ كَالسُّكْنَى.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْحَبْسِ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الصَّدَقَةَ

. . . .

أَقْوَى؛ لِأَنَّهَا مُعَيَّنَةٌ وَمُتَعَلِّقَةٌ بِمُعَيَّنِينَ، وَأَمَّا مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْحَبْسِ وَتَمْيِيزِ مَنْ يَسْتَحِقُّ الثَّمَرَةَ فَإِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الِانْتِفَاعِ بِهَا وَالِانْتِجَاعِ لَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَتْ أَرْضًا فَحَرَثَهَا ثُمَّ مَاتَ فَرَبُّهَا مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ أَعْطَى الْوَرَثَةَ كِرَاءَ الْحَرْثِ، أَوْ سَلَّمَهَا إلَيْهِمْ بِكِرَائِهَا تِلْكَ السَّنَةَ، وَلَوْ مَاتَ وَفِيهَا زَرْعٌ فَلِوَرَثَةِ الزَّارِعِ وَلَا كِرَاءَ عَلَيْهِمْ.

[الْبَابُ السَّابِعُ فِي بَيْعِ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ] 1

(الْبَابُ السَّابِعُ فِي بَيْعِ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ) أَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْعُمْرَى وَالْحَبْسِ عَقْدٌ لَازِمٌ؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ لِلْمَنَافِعِ بِالْعُمْرَى وَالْحَبْسِ يَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى غَيْرِ مَوْجُودٍ عِنْدَ التَّحْبِيسِ وَالثَّانِي عَلَى مَوْجُودٍ فَأَمَّا إنْ كَانَ عَلَى مَوْجُودٍ مِثْلِ أَنْ يُعْمِرَ زَيْدًا أَوْ يُعْمِرَهُ وَعَقِبَهُ، أَوْ يَحْبِسَ عَلَى زَيْدٍ، أَوْ عَلَيْهِ وَعَلَى عَقِبِهِ وَوَاحِدٍ مِمَّنْ أُعْمِرَ، أَوْ حُبِسَ عَلَيْهِ مَوْجُودٍ عِنْدَ الْعُمْرَى فَقَدْ امْتَنَعَ الْبَيْعُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُهُمْ غَيْرَ مَوْجُودِينَ مِثْلَ أَنْ يَحْبِسَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ هُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مَا لَمْ يَلِدْ فَإِذَا وُلِدَ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ حَتَّى يُؤَيَّسَ لَهُ مِنْ الْوَلَدِ، وَلَوْ أَجَزْت لَهُ هَذَا لَأَجَزْت لَهُ أَنْ يَبِيعَ إذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ ثُمَّ مَاتُوا وَلَمْ يَنْتَظِرْ أَنْ يُولَدَ لَهُ غَيْرُهُمْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ بَلْ هُوَ حَبْسٌ.

وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْحَبْسَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ قَبُولُ أَحَدٍ فَيَلْزَمُ سَبَبُهُ وَرُبَّمَا مَنْ ذَكَرَ فِيهِ لَا يَخْلُو فَإِذَا وُلِدَ لَهُ فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْمَوْلُودِ بِهِ فَلَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الْحَبْسَ مُتَوَجِّهٌ إلَى مَنْ يَصِحُّ وُجُودُهُ وَيُتَوَقَّعُ لُزُومُ حَقِّهِ وَعَلَى ذَلِكَ عَقَدَ الْحَبْسَ فَلَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ مَا لَمْ يُؤَيَّسْ مِنْ وُجُودِ الْمُحْبَسِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُخْرِجُ الْحَبْسَ عَنْ حُكْمِهِ فِي اللُّزُومِ فَإِذَا يَئِسَ مِنْهُ عَلِمَ أَنَّ الْحَبْسَ لَمْ يَنْفُذْ بِصَرْفِهِ إلَى مَنْ قَدْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ وَلَا يَثْبُتُ لَهُ حَقٌّ، وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّ عَقْدَ الْحَبْسِ عَقْدٌ يَلْزَمُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مَنْ حَبَسَ عَلَيْهِ فَلَوْ قَالَ حَائِطِي حَبْسٌ لَلَزِمَ وَأَكْثَرُ مَا فِي قَوْلِهِ حَائِطِي حَبْسٌ عَلَى وَلَدِي وَلَا يُوجَدُ لَهُ وَلَدٌ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يَذْكُرْ الْمُحْبَسُ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لَازِمٌ وَيُوجِبُ تَصَرُّفَهُ إلَى مَنْ قَرَّرَتْ الشَّرِيعَةُ رَدَّهَا إلَيْهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فَقَدْ قَالَ فِيمَنْ قَالَ صَدَقَتِي هَذِهِ عَلَى وَلَدِي وَلَا وَلَدَ لَهُ فَهِيَ حَبْسٌ تَخْرُجُ عَنْ يَدِهِ إلَى يَدِ ثِقَةٍ وَثَمَرَتُهَا بَعْدَ ذَلِكَ حَبْسٌ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُولَدَ لَهُ رَجَعَتْ هِيَ وَغَلَّتُهَا إلَى أَوْلَى النَّاسِ بِالْحَبْسِ يَوْمَ حَبَسَهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ عَقْدُ الْحَبْسِ لَازِمًا وَقَدْ تَعَلَّقَ بِمَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ

لَزِمَ إخْرَاجُهُ مِنْ يَدِهِ لِيَصِحَّ الْحَوْزُ فِيهِ فَإِنْ حَدَثَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَدٌ رُدَّ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ حَوْزُهُ لَهُ، وَقَالَ غَيْرُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَلَا يَضُرُّ ذَلِكَ مِنْ مَرْجِعِهِ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْحَوْزَ قَدْ تَمَّ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا كَانَ الْحَبْسُ عَلَى مَوْجُودٍ يَوْمَ الْحَبْسِ، أَوْ عَلَى غَيْرِ مَوْجُودٍ ثُمَّ وُجِدَ فَقَدْ لَزِمَ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا الرُّجُوعُ فِيهِ فَإِنْ بَاعَهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ فِيمَنْ حَبَسَ عَلَى وَلَدِهِ الصِّغَارِ، أَوْ الْكِبَارِ ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِمْ عَلَى الْمَسَاكِينِ ثُمَّ تَعَدَّى فَبَاعَهُ مُقَابَضَةً، أَوْ بَعْدَ طُولِ زَمَانٍ كَانَ الْبَيْعُ مَنْقُوضًا وَيُرَدُّ إلَى الْحَبْسِ وَلَا يُنْظَرُ إلَى تَوَانِي هَؤُلَاءِ فِي قَبْضِهِ؛ لِأَنَّهَا بَعْدَهُمْ عَلَى الْمَسَاكِينِ فَإِنْ أُعْدِمَ بِالثَّمَنِ اُتُّبِعَ بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْحَبْسِ لَازِمٌ فَلَا يُحِيلُهُ عَنْ مُقْتَضَاهُ تَعَدِّي الْمُحْبَسِ فِيهِ وَيَجِبُ نَقْضُ بَيْعِهِ وَيُتَّبَعُ بِالثَّمَرِ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّهُ أَجْنَبِيٌّ؛ لِأَنَّ مَا بَاعَهُ قَدْ اُسْتُحِقَّ عَلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَنَى مَسْجِدًا فِي قَرْيَةٍ ثُمَّ صُلِّيَ فِيهِ ثُمَّ بَاعَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى مَنْ هَدَمَهُ وَبَنَاهُ دَارًا فَلْيُفْسَخْ ذَلِكَ وَيُرَدُّ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الْحَبْسِ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ لِلَّهِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُغَيَّرُ قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَسْجِدَ مِنْ جُمْلَةِ الْأَحْبَاسِ اللَّازِمَةِ بَلْ هِيَ أَوْكَدُهَا؛ لِأَنَّهَا خَالِصَةٌ لِلَّهِ تَعَالَى وَمُضَافَةٌ إلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَى فِي خَرَابِهَا} [البقرة: 114] وَأَمَّا قَوْلُ مُطَرِّفٍ مَنْ بَنَى مَسْجِدًا يُرِيدُ عَلَى الصُّورَةِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْمَسَاجِدِ قَالَ ثُمَّ هَدَمَهُ الْمُبْتَاعُ وَبَنَاهُ دَارًا يُرِيدُ أَنَّهُ نَقَلَهُ إلَى صُورَةِ الدُّورِ وَقَوْلُهُ

(129/6)

. . . .

[المنتقى]

لَمْ يَرُدَّ بَعْدَ الْفَسْخِ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ يَقْتَضِي عِنْدِي أَنَّ لِلْمَسْجِدِ بُنْيَانًا مَخْصُوصًا يُمْنَعُ مَنْ يُرِيدُ التَّمَلُّكَ مِنْ بُنْيَانِهِ وَيُمْنَعُ مَنْ تَمَلَّكَهُ مِنْ اسْتِدَامَةِ تَمَلُّكِهِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ وَيُمْنَعُ مَنْ أَرَادَ بُنْيَانَ الْمَسَاجِدِ مِنْ أَنْ يَعْدِلَ عَنْهَا لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ السَّيِّئَةِ وَلِلذَّرِيعَةِ إلَى تَمَلُّكِ الْمَسَاجِدِ وَتَرْكِ تَعْظِيمِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَقَوْلُهُ مَنْ بَنَى مَسْجِدًا فِي قَرْيَةٍ ثُمَّ صُلِّيَ فِيهِ يُرِيدُ إبَاحَةً لِمَنْ صَلَّى فِيهِ فَإِنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَلْزَمُ بِهِ

تَحْبِيسُهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالتَّحْبِيسِ، وَلَوْ تَلَفَّظَ بِهِ لَلَزِمَهُ ذَلِكَ، وَظَاهِرُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَهُوَ مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ لِمُجَرَّدِ الْبُنْيَانِ، وَفِي هَذَا عِنْدِي نَظَرٌ، وَقَدْ كَانَ يَجِبُ أَنْ يَلْزَمَ لِمُجَرَّدِ الْبُنْيَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتِمُّ الْحِيَازَةُ فِيهِ إلَّا بِإِبَاحَتِهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ فِيهِ قَالَ أَصْبَغُ أَبُو إِسْحَاقَ إذَا خَلَّى بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهُ فَهُوَ مَاضٍ وَلَا يَحْتَاجُ إلَى أَنْ يُجْعَلَ بِيَدِ قَيِّمٍ سَوَاءً كَانَ بَابُ الْمَسْجِدِ دَاخِلُ بَابِ دَارِهِ يُغْلَقُ عَلَيْهِ أَوْ خَارِجَ الْبَابِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ اللِّسَانِ لِمَنْ جَوَّزَ أَنْ يَبْنِيَ مِثْلَ هَذَا الْبُنْيَانِ فِي دَارِهِ مَسْجِدًا لِنَفْسِهِ وَأَهْلِهِ فَلَا يَكُونُ بِذَلِكَ حَبْسًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَمَا كَانَ فِي الْمَسَاجِدِ مِنْ بَيْتِ الْمَاءِ، أَوْ بَيْتٍ لِزَيْتِهِ وَحُصُرِهِ وَآلَتِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ تَبَعٌ لَهُ، وَكَذَلِكَ سَلَاسِلُهُ وَقَنَادِيلُهُ وَبُنْيَانُهُ وَجُذُوعُهُ مَا انْكَسَرَ مِنْهَا رُدَّ إلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ حَبَسَ حَبْسًا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ قَبْلَ الْحَبْسِ وَاسْتَحْدَثَ دَيْنًا بَعْدَ الْحَبْسِ فَقَامَ أَهْلُ الدَّيْنِ قَالَ سَحْنُونٌ: قَدْ قِيلَ يُبَاعُ مِنْهَا لِلدَّيْنِ الْقَدِيمِ وَيَدْخُلُ مَعَهُمْ أَهْلُ الدَّيْنِ الثَّانِي وَلَا يُبَاعُ مِنْهَا غَيْرُ ذَلِكَ، وَقَدْ قِيلَ: إذَا دَخَلَ مَعَهُمْ الْآخَرُونَ بِيعَ لِلْأَوَّلِينَ بِقَدْرِ مَا انْتَقَصَهُمْ الْآخَرُونَ ثُمَّ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ الْآخَرُونَ وَهَكَذَا أَبَدًا حَتَّى يَسْتَوْفُوا، أَوْ يَفْرُغَ الْحَبْسُ، وَكَذَلِكَ لِأَصْحَابِنَا قَوْلَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ رَجُلَانِ حُبِسَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَبْسٌ مُنْفَرِدٌ لَمْ يَجُزْ لَهُمَا أَنْ يَتَنَاقَلَاهُ وَهُوَ كَالْبَيْعِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَمْ يَصِحَّ فِيهِ الْمُبَايَعَةُ، وَالْمُنَاقَلَةُ نَوْعٌ مِنْ الْبَيْعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَتْ أَرْضًا مُحْبَسَةً لِدَفْنِ الْمَوْتَى فَضَاقَتْ بِأَهْلِهَا فَأَرَادُوا أَنْ يُوَسِّعُوا وَيَدْفِنُوا وَبِجَانِبِهَا مَسْجِدٌ فَأَرَادُوا أَنْ يَدْفِنُوا فِيهِ مَيِّتًا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ حَبْسٌ كُلُّهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مَقْبَرَةٍ عَفَتْ: فَلَا بَأْسَ أَنْ يُبْنَى فِيهَا مَسْجِدٌ وَكُلُّ مَا كَانَ لِلَّهِ فَلَا بَأْسَ أَنْ يُسْتَعَانَ بِبَعْضِهِ عَلَى بَعْضٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ أَنَّهُ إذَا كَانَ الْحَبْسَانِ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِغَيْرِهِ فَلَا بَأْسَ بِصَرْفِ بَعْضِهَا إلَى بَعْضٍ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ نَقْلِ الْمَقْبَرَةِ إلَى الْمَسْجِدِ وَيُدْفَنُ الْمَيِّتُ فِي الْمَسْجِدِ عَلَى سَبِيلِ التَّوَسُّعِ فَأَمَّا مَا كَانَ لِلْمَخْلُوقِينَ مِنْ الْحُقُوقِ فَلَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُ مَنْفَعَةَ أَحَدِ الْحَبْسَيْنِ مِنْ مَالِكٍ إلَى مَالِكٍ غَيْرِهِ وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا يُنْقَلُ مِنْ مَالِكٍ إلَى

مَالِكٍ، وَإِنَّمَا يُنْقَلُ مِنْ وَجْهِ مَنْفَعَةٍ إلَى وَجْهٍ آخَرَ وَهُوَ كُلُّهُ لِلَّهِ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الدُّورُ الْمُحْبَسَةُ حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاحْتَاجَ الْمَسْجِدُ إلَى سَعَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ دُورَ الْحَبْسِ لِيُوَسِّعَ بِهَا الْمَسْجِدَ وَالطَّرِيقَ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ عَامٌّ أَعَمُّ مِنْ نَفْعِ الدَّارِ الْمُحْبَسَةِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: وَذَلِكَ عِنْدِي فِي مِثْلِ جَوَامِعِ الْأَمْصَارِ دُونَ مَسَاجِدِ الْقَبَائِلِ وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَمَنْ مَعَهُ

أَنَّ الْأَحْبَاسَ إنَّمَا تُغَيَّرُ إلَى الْمَنَافِعِ الْعَامَّةِ دُونَ الْخَاصَّةِ

، وَذَلِكَ فِي مِثْلِ الْجَوَامِعِ، وَأَمَّا مَسَاجِدُ الْقَبَائِلِ فَإِنَّهَا خَاصَّةٌ وَيَصِحُّ أَنْ يَكُونَ فِي الْبَلَدِ الْوَاحِدِ مِنْهَا كَثِيرٌ فَمَتَى ضَاقَ مَسْجِدٌ بُنِيَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ مَسْجِدٌ يَتَّسِعُ فِيهِ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ فِي الْجَوَامِعِ، وَأَمَّا عَلَى تَجْوِيزِ مَالِكٍ ذَلِكَ فِي الطُّرُقِ فَيَصِحُّ ذَلِكَ فِي مَسَاجِدِ الْقَبَائِلِ وَغَيْرِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَقْدُ الْحَبْسِ لَازِمٌ مُؤَبَّدٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ الْأَحْبَاسِ خِلَافًا لِابْنِ حَنْبَلٍ فِي تَجْوِيزِ ذَلِكَ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ رَبِيعَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا احْتَجَّ بِهِ مَالِكٌ فَإِنَّهُ قَالَ وَبَقَاءُ أَحْبَاسِ السَّلَفِ دَائِرَةٌ دَلِيلٌ عَلَى مَنْعِ ذَلِكَ وَدَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ مَا لَا يَنْقُلُ الْحَبْسَ عَنْ مُقْتَضَاهُ إذَا لَمْ تَخْرَبْ فَإِنَّهُ لَا يَنْقُلُهُ عَنْ مُقْتَضَاهُ، وَإِنْ خَرِبَ كَالْغَصْبِ

(130/6)

. . . .

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ لَهُ حَائِطٌ وَفِيهِ نَخْلٌ قَدْ حُبِسَتْ بِمَائِهَا فَغَلَبَتْ عَلَيْهَا الرِّمَالُ حَتَّى أَبْطَلَتْ وَفِي مَائِهَا فَضْلٌ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا لَا يُبَاعُ فَضْلُ ذَلِكَ الْمَاءِ وَلْيَدَعْهُ بِحَالِهِ وَإِنْ غَلَبَتْ عَلَيْهَا الرِّمَالُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا تُبَاعُ الدَّارُ الْمُحْبَسَةُ، وَإِنْ خَرِبَتْ وَصَارَتْ عَرْصَةً.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا خَرِبَ مِنْ الْحَبْسِ وَانْتَقَلَ إلَى أَهْلِ تِلْكَ النَّاحِيَةِ وَبَطَلَ الْمَوْضِعُ وَأَرَادَ أَهْلُهُ بَيْعَهُ

وَالِانْتِفَاعَ بِثَمَنِهِ بِمَا هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الرِّبَاعِ بِمَالٍ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَلَا يُنَاقِلُ الْوَقْفَ، وَإِنْ خَرِبَ مَا حَوَالَيْهِ، وَقَدْ تَعُودُ الْعِمَارَةُ بَعْدَ الْخَرَابِ.

(فَرْعٌ) قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ لَا يُبَاعُ بَعْضُ الْوَقْفِ وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَرَى بَيْعَهُ وَلَسْت أَقُولُ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي الرِّبَاعِ وَالْأُصُولِ الثَّابِتَةِ الَّتِي لَا تُنْقَلُ وَلَا تُحَوَّلُ فَأَمَّا مَا يُنْقَلُ كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي الْفَرَسِ الْمُحْبَسِ يَضْعُفُ فَلَا يَبْقَى فِيهِ قُوَّةٌ لِلْغَزْوِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ وَيُجْعَلُ ثَمَنُهُ فِي آخَرَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ شُورِكَ بِهِ وَالثِّيَابُ تُبَاعُ إنْ لَمْ يَبْقَ فِيهَا مَنْفَعَةٌ وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مَا يُنْتَفَعُ بِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ غَيْرُ هَذَا لَبَطَلَتْ الْأَحْبَاسُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا فَسَادٌ بَيِّنٌ مِنْ صَلَاحِهِ وَلَا تُرْجَى عَوْدَتُهُ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَلَيْسَتْ كَذَلِكَ الرِّبَاعُ فَإِنَّهَا تَعْمُرُ بَعْدَ الْخَرَابِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ هَذَا حَبْسٌ فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ لِعَدَمِ الِانْتِفَاعِ بِهِ كَالرِّبَاعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَبَسَ الرَّجُلُ جُزْءًا مُشَاعًا مِنْ دَارٍ، أَوْ حَائِطٍ وَطَلَبَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ الْقِسْمَةَ، أَوْ الْبَيْعَ فَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَ يَنْقَسِمُ بِقَاسِمٍ فَمَا وَقَعَ لِلْحَبْسِ كَانَ حَبْسًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُحْبِسَ إذَا حَبَسَ جُزْءًا مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ قَدْ كَانَ حَقُّ شَرِيكِهِ إنْ أَرَادَ الْبَيْعَ أَنْ يَبِيعَ مَعَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ هَذَا الْحَقَّ عَلَيْهِ لِتَحْبِيسِهِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا بِيعَ الْحَبْسُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لِأَنَّ السُّلْطَانَ اشْتَرَى ذَلِكَ فَأَدْخَلَهُ فِي مَوْضِعٍ، أَوْ مَسْجِدٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ يُشْتَرَى بِهِ دُورٌ مَكَانَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يَقْضِي، وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْحَبْسَ فَأَخَذَ ثَمَنَهُ فَلْيَصْنَعْ بِهِ الْمُحْبِسَ مَا شَاءَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَعْنَى أَوْجَبَ إخْرَاجُ مَا حُبِسَ عَنْ الْمُحْبِسِ وَالرُّجُوعُ بِثَمَنِهِ فَلَمْ يُوجِبْ شِرَاءُ مِثْلِهِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ كَالِاسْتِحْقَاقِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْمُحْبِسَ إذَا حَبَسَ مَا يَمْلِكُ فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْمُحْبِسِ بِتِلْكَ الْعَيْنِ عَلَى اللُّزُومِ فَإِذَا وَجَبَ إخْرَاجٌ عَنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ مِنْ الْحَبْسِ وَالْحَبْسُ جُمْلَةٌ لَزِمَ أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ فِي بَدَلِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْبِيسَ حَقٌّ لَازِمٌ، وَكَذَلِكَ الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنَّ الِاسْتِحْقَاقَ قَدْ بَيَّنَ أَنَّ الْحَبْسَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِتِلْكَ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمُحْبِسَ حَبَسَ مَا لَا يَمْلِكُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ الْحَبْسُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْعُمْرَى فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِلْمُعْمِرِ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَرْجِعَ الدَّارِ الْمُعْمَرَةِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ حَبَسَ دَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ وَابْنِ أَخِيهِ حَيَاتَهُمَا أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَحْبِسِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ ابْنِ أَخِيهِ مَرْجِعَهَا؛ لِأَنَّهَا

عُمْرَى.

[الْبَابُ الثَّامِنُ فِيمَنْ تَعُودُ إلَيْهِ مَنَافِعُ الْعُمْرَى وَالْحُبْسِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ وَالْمُحْبَسِ عَلَيْهِمْ]

(الْبَابُ الثَّامِنُ فِيمَنْ تَعُودُ إلَيْهِ مَنَافِعُ الْعُمْرَى وَالْحُبْسِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ وَالْمُحْبَسِ عَلَيْهِمْ) فَأَمَّا الْعُمْرَى وَالْحُبْسُ مِمَّا حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُمْرَى فَإِنَّهَا تَعُودُ إلَى صَاحِبِهَا الْأَصْلِيِّ إنْ كَانَ حَيًّا فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَإِلَى وَرَثَتِهِ يَوْمَ مَاتَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ مِلْكِهِ إخْرَاجًا مُؤَبَّدًا، وَإِنَّمَا أَخْرَجَهُ إخْرَاجًا مُؤَقَّتًا كَالْإِجَارَةِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ فِيمَنْ أَعْمَرَ دَارًا، أَوْ خَادِمًا لِفُلَانٍ وَعَقِبِهِ مَا عَاشُوا وَلَمْ يَقُلْ مَرْجِعُهَا إلَيْهِ وَلَا إلَى وَجْهٍ ذَكَرَهُ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إلَيْهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَطَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ يُمَلِّكْهَا مُؤَبَّدًا، وَإِنَّمَا أَخْرَجَ مِنْهَا شَيْئًا مُؤَقَّتًا عَلَى غَيْرِ لَفْظِ الْقُرْبَةِ الَّتِي تَقْتَضِي التَّأْبِيدَ فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ ذَلِكَ صَدَقَتُهُ عَلَى رَجُلٍ حَيَاتَهُ، أَوْ عَلَى قَوْمٍ حَيَاتَهُمْ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ تَرْجِعُ إلَى رَبِّهَا مِلْكًا وَإِلَى وَرَثَتِهِ مِيرَاثًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْكَنَ رَجُلًا حَيَاتَهُ، وَأَمَّا الْحُبْسُ الْمُؤَبَّدُ الَّذِي لَمْ يُجْعَلْ لَهُ مَرْجِعًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يَرْجِعُ إلَى أَوْلَى النَّاسِ مِمَّنْ حَبَسَهُ حَبْسًا عَلَيْهِمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا اقْتَضَى

(131/6)

. . . .

[المنتقى]

التَّأْبِيدَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ فِي الصَّدَقَةِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ مُعَيَّنٌ يَرْجِعُ إلَيْهِ فَرَجَعَ إلَى أَحَقِّ النَّاسِ بِالْحُبْسِ، وَذَلِكَ أَوَّلُ وَجْهٍ يَنْصَرِفُ إلَيْهِ لِمَا يَجْتَمِعُ فِيهِ مِنْ الصِّلَةِ وَسَدِّ خَلَّةِ الْفُقَرَاءِ.

وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ بِسَهْمٍ مِنْ حَائِطٍ عَلَى مَوَالِيهِ وَعَلَى أَوْلَادِهِمْ فَانْقَرَضُوا فَأَحَبُّ إلَى أَنْ يَكُونَ صَدَقَةً عَلَى الْمَسَاكِينِ وَأَهْلِ الْحَاجَةِ لَا يَرْجِعُ مِيرَاثًا، وَقَدْ قَالَ مِثْلَهُ فِيمَنْ حَبَسَ غُلَامًا عَلَى رَجُلٍ وَعَقِبِهِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ فَهَلَكَ الرَّجُلُ وَلَمْ يَتْرُكْ عَقِبًا يَسْلُكُ بِهِ فِي سُبُلِ الْخَيْرِ مَوْقُوفًا.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا: إنَّهَا تَرْجِعُ إلَى أَوْلَى النَّاسِ بِهِ يَوْمَ الْمَرْجِعِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فَلَمَّا رَجَعَ مِيرَاثًا رُوعِيَ فِيهِ وَرَثَتُهُ يَوْمَ مَاتَ، وَأَمَّا مَا يَرْجِعُ حَبْسًا فَلَا وَلَا هُمْ بِهِ يَوْمَ يَرْجِعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا

يَرْجِعُ مِلْكًا إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ مِلْكُهُ عَلَيْهِ تَامٌّ بَاقٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَهَبَهُ مَنْفَعَتَهُ مُدَّةً مُؤَقَّتَةً فَإِذَا مَاتَ وَرِثَهُ عَنْهُ وَرَثَتُهُ، وَأَمَّا مَا خَرَجَ عَنْهُ عَلَى وَجْهِ الْحَبْسِ فَقَدْ زَالَ بِمِلْكِهِ عَنْ جَمِيعِ مَنَافِعِهِ عَلَى التَّأْبِيدِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى وَجْهِ الْحَبْسِ إِلَى مَنْ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ يَوْمَ الْمَرْجِعِ؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعُ لَا تُورَثُ عَنْهُ وَإِنَّمَا تُؤْخَذُ عَنْهُ عَلَى وَجْهِ الْحَبْسِ فَلْيَأْخُذْهَا مَنْ يَسْتَحِقُّهَا بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمُحْبَسِ عَلَيْهِمْ الْمُسَمَّيْنَ فِي الْحَبْسِ كَمَا لَوْ جَعَلَ لَهَا مَرْجِعًا بَعْدَ الْحَبْسِ لَمْ يَسْتَحِقَّهَا مِنْ أَهْلِ الْمَرْجِعِ إِلَّا مَنْ كَانَ بَاقِيًا يَوْمَ الْمَرْجِعِ دُونَ مَنْ انْقَرَضَ، أَوْ مَنْ يَأْتِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَمِنْ الْقَرَابَةِ الَّذِينَ يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ الْحَبْسُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ إِذَا انْقَرَضَ مَنْ حَبَسَ عَلَيْهِمْ رَجَعَ إِلَى عَصَبَةِ الْمُحْبِسِ فِي السُّكْنَى وَالْغَلَّةِ، وَقَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَرْجِعُ إِلَى أَوْلَى النَّاسِ بِهِ مِنْ وَلَدٍ وَعَصَبَةٍ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

(فَرْعٌ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْعَصَبَةِ مِنْ الرِّجَالِ فَهَلْ لِلنِّسَاءِ مَدْخَلٌ فِي ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَرْجِعُ إِلَى أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُحْبِسِ حَبْسًا عَلَيْهِمْ رِجَالًا كَانُوا أَوْ نِسَاءً وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَرْجِعُ إِلَى عَصَبَةِ الْمُحْبِسِ قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ لَيْسَ النِّسَاءُ عَصَبَةً إِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَى الرِّجَالِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ هِيَ كَالْعَصَبَةِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ رَجُلًا لَكَانَتْ عَصَبَةً وَأَرَى ذَلِكَ كُلَّهُ لَهَا، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَبْسَ إِنَّمَا يُصْرَفُ إِلَيْهِمْ عَلَى وَجْهِ الصِّلَةِ وَسَدِّ خَلَّةِ الْقَرَابَةِ، وَالْبِنْتُ مِنْ أَحَقِّ النَّاسِ بِذَلِكَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَصَبَةٍ عَلَى الِانْفِرَادِ فَلَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِالْقَرَابَةِ كَالْخَالَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ لِلنِّسَاءِ فِي ذَلِكَ مَدْخَلًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ كُلُّ امْرَأَةٍ لَوْ كَانَتْ رَجُلًا كَانَ عَصَبَةً لِلْمُحْبِسِ فَهِيَ مِمَّنْ يَرْجِعُ إِلَيْهِ الْحَبْسُ وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُو الْأَخَوَاتِ وَلَا بَنُو الْبَنَاتِ وَلَا زَوْجٌ وَلَا زَوْجَةٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إِنَّمَا يَدْخُلُ مِنْ النِّسَاءِ مِثْلُ الْعَمَّاتِ وَالْجَدَّاتِ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ، أَوْ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَبَنَاتِ الْأَخِ وَلَا يَدْخُلُ الْأَخَوَاتُ لِلْأُمِّ ذَكَرًا، أَوْ أُنْثَى وَتَدْخُلُ الْأُمُّ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ لَا تَدْخُلُ الْأُمُّ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ النِّسَاءِ إِلَّا مَنْ يَرِثُهُ وَهُوَ مَنْ حَرُمَ نَسَبُهُ كَالْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْأَبْنَاءِ وَالْأَخَوَاتِ، وَأَمَّا الْأُمُّ فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَنْ حَرَّمَ نَفْسَهُ، وَأَمَّا الْعَمَّاتُ وَبَنَاتُ الْعَمِّ وَبَنَاتُ الْأَخِ فَلَا مَدْخَلَ لَهُنَّ فِيهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْحَبْسَ إِنَّمَا يَرْجِعُ مِنْ النِّسَاءِ إِلَى مَنْ يَرِثُهُ دُونَ مَنْ لَا يَرِثُهُ مِنْ عَمَّةٍ وَخَالَةٍ وَنَحْوِهِمَا.

وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ مَكَانَهُنَّ مَكَانُ التَّعْصِيبِ وَلِلنِّسَاءِ مَدْخَلٌ فِي مَرْجِعِ الْحَبْسِ فَلَمَّا كَانَ الرِّجَالُ يَدْخُلُونَ فِيهِ بِالتَّعْصِيبِ وَكَانَ لِلنِّسَاءِ فِيهِ مَدْخَلٌ وَلَا تَعْصِيبَ لَهُنَّ اُعْتُبِرَ فِيهِ قُعْدُدُ التَّعْصِيبِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ مَنْ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْمِيرَاثِ فَلَا مَدْخَلَ لَهُ فِي مَرْجِعِ الْحَبْسِ كَالْأَجَانِبِ، وَأَمَّا الْأُمُّ فَإِنَّ

ابْنَ الْقَاسِمِ أَدْخَلَهَا فِي مَرْجِعِ الْحَبْسِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَهَا مَوْضِعُ الْأَبِ وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَشْهَبُ فِي رِوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ فِيهَا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا بِخِلَافِ بَنَاتِ الْأَخِ وَالْعَمَّاتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ أَهْلُ الْمَرْجِعِ ذُكُورًا، أَوْ إنَاثًا قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَإِنْ كَانَ أَخًا وَأُخْتًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوَاءِ كَأَنْ كَانَ قَدْ شَرَطَ

(132/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سَمِعَ مَكْحُولًا الدِّمَشْقِيَّ يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ الْعُمْرَى وَمَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: مَا أَدْرَكْت النَّاسَ إلَّا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَفِيمَا أَعْطَوْا قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعُمْرَى تَرْجِعُ إلَى الَّذِي أَعْمَرَهَا إذَا لَمْ يَقُلْ هِيَ لَك وَلِعَقِبِك) .

[المنتقى]

فِي حَبْسِهِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ رَاجِعٌ إلَيْهِنَّ بِمَعْنَى التَّشْرِيكِ فِي الْحَبْسِ لَا عَلَى مَعْنَى التَّوَارُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْمَرْجِعِ بَنَاتٍ وَعَصَبَةً فَهُوَ بَيْنَهُمْ إنْ كَانَ فِيهِ سَعَةٌ وَإِلَّا فَالْبَنَاتُ أَوْلَى مِنْ الْعَصَبَةِ وَيَدْخُلُ مَعَ الْبَنَاتِ الْأُمُّ وَالْجَدَّةُ لِلْأَبِ دُونَ الزَّوْجَةِ، وَالْجَدَّةُ لِلْأُمِّ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ: وَإِنْ رَجَعَتْ إلَى إخْوَةٍ دَخَلَ مَعَهُمْ الْأَخَوَاتُ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلَى أَعْمَامٍ دَخَلَ مَعَهُمْ الْعَمَّاتُ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلَى بَنِي أَخٍ دَخَلَ مَعَهُمْ بَنَاتُ الْأَخِ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلَى بَنِي عَمٍّ دَخَلَ بَنَاتُ الْعَمِّ، وَإِنْ رَجَعَتْ إلَى وَلَدِ الْمَوْلَى الْمُنْعِمِ دَخَلَ مَعَهُمْ بَنَاتُ الْمَوْلَى الْمُنْعِمِ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَصَبَةِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ فَإِنْ كَانُوا مَوَالِيَهُ فَهُمْ عَصَبَةٌ إنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ عَصَبَةٌ أَقْرَبُ مِنْهُمْ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ يَدْخُلُ النِّسَاءُ مَعَ الْعَصَبَةِ فِي السُّكْنَى وَالْغَلَّةِ.

(ش) : يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَكْحُولٌ إنَّمَا سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ الْعُمْرَى لِمَا بَلَغَهُ فِيهَا مِنْ اخْتِلَافِ النَّاسِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَسْأَلَهُ عَنْهَا لَمَّا أَشْكَلَ عَلَيْهِ حُكْمُهَا، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ فِيهَا قَوْلٌ لِمَنْ يُعْتَبَرُ بِقَوْلِهِ فَأَرَادَ

أَنْ يَعْلَمَ مَا عِنْدَ الْقَاسِمِ مِنْ ذَلِكَ لِيَأْخُذَ بِهِ، أَوْ لِيَنْظُرَ فِيهِ وَقَوْلُهُ عَنْ الْعُمْرَى وَمَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَسْأَلَهُ الْعُمْرَى وَيُعْلِمَهُ بِقَوْلِ النَّاسِ فِيهَا، وَسَأَلَهُ عَمَّا يَخْتَارُ النَّاسُ مِنْ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ الْعُمْرَى وَعَمَّا عِنْدَهُ مِنْ قَوْلِ النَّاسِ الَّذِينَ لَقِيَهُمْ الْقَاسِمُ، أَوْ بَلَغَهُ قَوْلُهُمْ فِيهَا، وَلِذَلِكَ أَجَابَهُ الْقَاسِمُ بِمَا عِنْدَهُ مِنْ أَقْوَالِ النَّاسِ فَقَالَ مَا أَدْرَكْت النَّاسَ إلَّا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَجَابَهُ عَلَى حَسْبِ سُؤَالِهِ، وَلَوْ كَانَ سَأَلَهُ عَنْ الْحُكْمِ خَاصَّةً لَأَجَابَهُ بِمَا عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مَا أَدْرَكْت النَّاسَ إلَّا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ مَعْنَاهُ أَنَّ الْمُعْمِرَ لَمَّا شَرَطَ اسْتِيفَاءَ الرُّقْبَةِ وَإِفْرَادَ الْمَنَافِعِ بِالْهِبَةِ مُدَّةً مُقَدَّرَةً بِعُمْرِ الْمُعْطِي، أَوْ بِعُمْرِهِ وَعُمْرِ عَقِبِهِ كَانَ شَرْطُهُ تَامًّا وَكَانَتْ عَطِيَّتُهُ عَلَى مَا شَرَطَ لَا تَتَجَاوَزُ ذَلِكَ، وَقَدْ بَيَّنَ ذَلِكَ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ: إنَّ الْأَمْرَ عِنْدَنَا عَلَى ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّ الْحُكْمَ جَازَ عِنْدَهُمْ يُرِيدُ عُلَمَاءَ الْمَدِينَةِ بِأَنَّ الْعُمْرَى تَرْجِعُ إلَى الَّذِي أَعْمَرَهَا يُرِيدُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا الْمَوْهُوبَةِ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ إنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالْمَنَافِعِ خَاصَّةً لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ لَفْظِ الْعُمْرَى الَّذِي يَقْتَضِي التَّوْقِيتَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إذَا لَمْ يَقُلْ هِيَ لَك وَلِعَقِبِك فَإِذَا قَالَ هِيَ لَك وَلِعَقِبِك فَإِنَّ جَوَابَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَتَفْسِيرَ مَالِكٍ غَيْرُ مُتَنَاوِلٍ لِهَذَا اللَّفْظِ فَيَجِبُ أَنْ يَنْظُرَ فِي حُكْمِهِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ قَالَ: دَارِي هَذِهِ لِفُلَانٍ وَلِعَقِبِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَهْلِكَهَا وَلَا يَقْطَعَ مَنْفَعَتَهَا عَنْ عَقِبِهِ وَلَهُ غَلَّتُهَا وَمَنَافِعُهَا دُونَ ضَمَانٍ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ؛ لِأَنَّهَا دَارٌ، وَلَوْ كَانَتْ مَالًا، أَوْ شَيْئًا يُغَابُ عَلَيْهِ لَضَمِنَ وَجْهَ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ دَارِي هَذِهِ لِفُلَانٍ وَلِعَقِبِهِ يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ إضَافَتِهِ إلَيْهِ يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ وَقَوْلُهُ لِفُلَانٍ، أَوْ لِفُلَانٍ وَعَقِبِهِ يَقْتَضِي أَيْضًا تَمْلِيكَ الرُّقْبَةِ لِتَضَمُّنِهِ التَّأْبِيدَ، وَلَوْ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْمَنَافِعِ مِنْ قَوْلِهِ عُمْرَى، أَوْ سُكْنَى يُحْمَلُ عَلَى الْمَنَافِعِ، أَوْ وَقْتِ ذَلِكَ بِزَمَنٍ فَقَالَ هِيَ لِفُلَانٍ حَيَاتَهُ وَلِعَقِبِهِ مَا كَانَ مِنْهُ حَتَّى يُحْمَلَ عَلَى الْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرُّقْبَةِ لَا يَتَوَقَّتُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا التَّعْقِيبُ فَلَا يَمْنَعُ تَمْلِيكَ الرُّقْبَةِ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي التَّشْرِيكَ فِي الْمَنَافِعِ بَيْنَ أَهْلِ الْعَطِيَّةِ لِيَصِلَ مِلْكُ الرُّقْبَةِ إلَى آخِرِهِمْ، وَلَوْ مَلَكَ أَوَّلُهُمْ الرُّقْبَةَ لَجَازَ أَنْ يُفَوِّتَهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فَائِدَةُ مِلْكِهِ لَهَا فَلَا تَصِلُ إلَى آخِرِهِمْ وَلَكِنَّهَا كُلَّمَا صَارَتْ بِيَدِ إنْسَانٍ بَقِيَتْ عِنْدَهُ مُرَاعَاةً فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَسْتَحِقُّهَا بَعْدَهُ عُلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ هُوَ الَّذِي مَلَكَ الرُّقْبَةَ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ مَنْ يَسْتَحِقُّهَا بَعْدَهُ بِأَنْ تَكُونَ امْرَأَةً فَلَا

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفْصَةَ بِنْتِ عُمَرَ دَارَهَا قَالَ: وَكَانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَنَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ مَا عَاشَتْ فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ بِنْتُ زَيْدٍ قَبَضَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ الْمَسْكَنَ وَرَأَى أَنَّهُ لَهُ) .

الْقَضَاءُ فِي اللُّقَطَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ يَزِيدَ مَوْلَى الْمُنْبَعِث عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ «جَاءَ رَجُلٌ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَسَأَلَهُ عَنْ اللُّقَطَةِ فَقَالَ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَك بِهَا قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: هِيَ لَك، أَوْ لِأَخِيك، أَوْ لِلذِّئْبِ، قَالَ: فَضَالَّةُ الْإِبِلِ؟ فَقَالَ: مَا لَك وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»)

[المنتقى]

يَكُونُ وَلَدُهَا مِنْ الْعَقِبِ، أَوْ يَكُونُ مِنْ الرِّجَالِ قَدْ بَلَغَ إلَى حَدِّ سِنِّ الْيَأْسِ مِنْ أَنْ يُولَدَ لَهُ كَالْمَجْبُوبِ وَنَحْوِهِ فَبَيَّنَ بِذَلِكَ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي قَصَدَ بِالتَّمْلِيكِ فَيَكُونُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفْصَةَ دَارَهَا يُرِيدُ أَنَّهُ وَرِثَهَا وَانْتَقَلَتْ إلَيْهِ عَنْهَا بِالْمِيرَاثِ وَكَانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَنَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ تِلْكَ الدَّارَ مَا عَاشَتْ، وَهَذَا مَعْنَى الْعُمْرَى فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ بِنْتُ زَيْدٍ قَبَضَ عَبْدُ اللَّهِ الدَّارَ يُرِيدُ بِمَعْنَى الْمِيرَاثِ الَّذِي تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ كَانَ وَارِثُ حَفْصَةَ يَوْمَ تُوُفِّيَتْ فَرَأَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ أَنَّهُ قَدْ انْقَطَعَ بِذَلِكَ حُكْمُ الْعُمْرَى فَإِنَّ مَا تَقَدَّمَ فِيهَا مِنْ الْعُمْرَى لَمْ يُخْرِجْهَا عَنْ مِلْكِ مَوْرُوثَتِهِ وَلَا مَنَعَهُ مِنْ تَمَلُّكِهِ بِالْمِيرَاثِ عَنْ حَفْصَةَ، وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَقَوْلُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِهِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ مَنْ يُخَالِفُ ذَلِكَ قِسْنَا عَلَيْهِ مَا كَانَ عُمْرَى لِلْمُعْطَى وَلِعَقِبِهِ وَحَمَلْنَاهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعُمْرَى فِيهِ وَفِي عَقِبِهِ سَوَاءٌ فَإِذَا لَمْ يَمْلِكْ بِالْعُمْرَى لِمُعَيَّنٍ فَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ بِالْعُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمُوا فَهُوَ تَفْسِيرُ حَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَمُبَيِّنٌ لِمَعْنَاهُ وَمُقَرِّرٌ لِحُجَّةِ مَالِكٍ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي اللُّقَطَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ جَاءَ رَجُلٌ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَسَأَلَهُ عَنْ اللُّقَطَةِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ عَنْ جَوَازِ أَخْذِهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ عَنْ حُكْمِهَا وَمَا يَلْزَمُ فِيهَا وَمَا يَجُوزُ لِمَنْ أَخَذَهَا، فَأَمَّا

جَوَازُ أَخْذِهَا فَقَدْ رَوَى نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَمُرُّ بِاللُّقَطَةِ فَلَا يَأْخُذُهَا وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ لَا أُحِبُّ أَنْ يَأْخُذَهَا مَنْ وَجَدَهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا قَدْرٌ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، أَوْ لِذِي رَحِمِهِ وَأَمَّا الشَّيْءُ الَّذِي لَهُ بَالٌ فَأَرَى لَهُ أَخْذَهُ وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَمَّا الدَّنَانِيرُ وَشَيْءٌ لَهُ بَالٌ فَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَيْسَ كَالدِّرْهَمِ وَمَا لَا بَالَ لَهُ لَا أُحِبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الدِّرْهَمَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الشَّيْءَ الْكَثِيرَ الَّذِي لَهُ بَالٌ يَخَافُ عَلَيْهِ الضَّيَاعَ إنْ تَرَكَهُ فَأَخَذَهُ لَهُ عَلَى وَجْهِ التَّعْرِيفِ بِهِ وَالْحِفْظِ لَهُ إلَى أَنْ يَجِدَهُ صَاحِبُهُ مِنْ أَعْمَالِ الْبِرِّ.

وَأَمَّا الشَّيْءُ الْيَسِيرُ فَإِنَّهُ فِي الْأَغْلَبِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ فَإِنَّ مَنْ يَجِدُهُ لَا يُسْرِعُ إلَيْهِ وَبَقَاؤُهُ مَكَانَهُ أَقْرَبُ إلَى أَنْ يَعُودَ صَاحِبُهُ فَيَجِدُهُ، وَلَوْ أَخَذَهُ الْمُلْتَقِطُ لَتَكَلَّفَ مِنْ تَعْرِيفِهِ مَا عَلَيْهِ فِيهِ مَشَقَّةٌ وَرُبَّمَا ضَيَّعَ ذَلِكَ لِقِلَّةِ اللُّقَطَةِ وَتَفَاهَتِهَا وَإِنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِأَنَّ مَنْ سَمِعَ خَبَرَهَا لَا يَكَادُ أَنْ يَبْلُغَهُ وَلَا يَتَحَدَّث بِخَبَرِهِ بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ الَّتِي لَهَا بَالٌ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِأَنَّ مَنْ سَمِعَ خَبَرَهَا غَفْلَةً تَحَدَّثَ بِهِ حَتَّى يَصِلَ خَبَرُهَا إلَى صَاحِبِهَا، وَأَمَّا مَنْ الْتَقَطَ مِثْلَ الْمِخْلَاةِ، أَوْ الدَّلْوِ، أَوْ الْحَبْلِ أَوْ شِبْهِ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: إنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ وُضِعَ ذَلِكَ فِي أَقْرَبِ الْأَمَاكِنِ إلَيْهِ يُعْرَفُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي مَدِينَةٍ فَلْيَنْتَفِعْ بِهِ وَيُعَرِّفْهُ وَأَحَبُّ إلَيَّ لَوْ تَصَدَّقَ بِهِ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ أَدَّاهُ إلَيْهِ.

وَفِي سَمَاعِ أَشْهَبَ فِيمَنْ وَجَدَ الْعَصَا، أَوْ السَّوْطَ قَالَ لَا يَأْخُذُهُ فَإِنْ أَخَذَهُ عَرَّفَهُ فَإِنْ لَمْ يُعَرِّفْهُ أَرْجُو أَنْ يَكُونَ خَفِيفًا، وَلَوْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ عُرِّفَ بِهَا فَإِنْ عُرِفَتْ وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا وَضَمِنَ قِيمَتَهَا لِرَبِّهَا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَ بِطَرِيقٍ وُضِعَ ذَلِكَ فِي أَقْرَبِ الْأَمَاكِنِ إلَيْهِ يُعَرِّفُ بِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَوْضِعُ

(134/6)

. . . .

[المنتقى]

الَّذِي يُمْكِنُ صَاحِبُهُ أَنْ يَطْلُبَهُ فِيهِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِوَصِيَّتِهِ وَعَلَيْهِ يَسْلُكُ مَنْ يَسْمَعُ التَّعْرِيفَ مِمَّنْ يَمْضِي إلَى مَوْضِعِ صَاحِبِ اللُّقَطَةِ فِي الْأَغْلَبِ فَيَكُونُ أَقْرَبَ إلَى مَعْرِفَةِ صَاحِبِهِ بِهِ، وَأَمَّا إنْ كَانَ بِمَدِينَةٍ فَلَا يُخْرِجُ اللُّقَطَةَ عَنْهَا؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا بِهَا يَطْلُبُهَا كَانَ مِنْهَا، أَوْ غَيْرِهَا وَأَبَاحَ لَهُ الِانْتِفَاعَ بِهَا إنْ كَانَ ذَلِكَ لَا يُتْلِفُهَا وَلَا يُنْقِصُهَا قَبْلَ الْحَوْلِ، وَأَمَّا بَعْدَ الْحَوْلِ فَعَلَى وَجْهِ الضَّمَانِ لَهَا.

وَقَدْ رَوَى سُوَيْد بْنُ غَفَلَةَ قَالَ كُنْت مَعَ سُلَيْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ فِي غَزْوَةٍ فَوَجَدْت سَوْطًا

فَقَالَا لِي: أَلْقِهِ قُلْت: لَا وَلَكِنِّي إنْ وَجَدْت صَاحِبَهُ وَإِلَّا اسْتَمْتَعْت بِهِ فَلَمَّا رَجَعْنَا حَجَجْنَا فَمَرَرْنَا بِالْمَدِينَةِ فَسَأَلَتْ «أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ فَقَالَ وَجَدْت صُرَّةً عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ فَأَتَيْت بِهَا النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَوْلًا فَعَرَّفْتهَا حَوْلًا ثُمَّ أَتَيْت إلَيْهِ فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَوْلًا، ثُمَّ عَرَّفْتهَا حَوْلًا ثُمَّ أَتَيْته فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَوْلًا، ثُمَّ أَتَيْته الرَّابِعَةَ فَقَالَ: اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا اسْتَمْتِعْ بِهَا» وَقَالَ بَعْدَ ذَلِكَ سُوَيْد بْنُ غَفَلَةَ لَا أَدْرِي ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ، أَوْ حَوْلًا وَاحِدًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَخَذَ اللُّقَطَةَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَأْخُذَهَا وَلَا يُرِيدَ الْتِقَاطَهَا، وَالثَّانِي: أَنْ يَأْخُذَهَا مُلْتَقِطًا لَهَا، فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَأَنْ يَجِدَ ثَوْبًا فَيَظُنَّهُ لِقَوْمٍ بَيْنَ يَدَيْهِ فَيَأْخُذَهُ فَيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ فَلَا يَدَّعُونَهُ فَهَذَا الَّذِي لَهُ رَدُّهُ حَيْثُ وَجَدَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ فِي يَدِهِ وَلَا تَعَدَّى عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا أَعْلَمَ بِهِ مَنْ ظَنَّ أَنَّهُ لَهُ وَلَمْ يَلْتَزِمْ فِيهِ حُكْمَ اللُّقَطَةِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يَأْخُذَهَا مُلْتَقِطًا لَهَا وَبِذَا قَدْ لَزِمَهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ حِفْظُهَا وَتَعْرِيفُهَا فَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ أَنْ أَخَذَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَضْمَنُهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَضْمَنُهَا إنْ رَدَّهَا فِي مَوْضِعِهَا بِقُرْبِ ذَلِكَ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا إشْهَادَ عَلَيْهِ فِي رَدِّهَا وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ لِرَدِّهَا فِي مَوْضِعِهَا فَإِنْ رَدَّهَا فِي غَيْرِ مَوْضِعِهَا ضَمِنَ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَكَمَ عَلَيْهِ بِالتَّعْرِيفِ بِهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا أَدَّاهَا إلَيْهِ وَلَمْ يَقُلْ لَهُ اُتْرُكْهَا فِي مَوْضِعِهَا كَمَا قَالَ فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ مَالَكَ وَلَهَا وَلِأَنَّهُ لَمَّا قَبَضَهَا مُلْتَقِطًا لَهَا، وَقَدْ أَزَالَهَا عَنْ الْغَرَرِ إلَى حَالَةٍ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا فِيهَا فَإِنْ رَدَّهَا إلَى مَوْضِعِهَا فَقَدْ أَعَادَهَا إلَى الْغَرَرِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهَا كَمَنْ أَخْرَجَ صَبِيًّا لِغَيْرِهِ مِنْ بِئْرٍ يَخَافُ عَلَيْهِ فِيهَا الْهَلَاكَ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهَا فَهَلَكَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، أَوْ أَخْرَجَ ثَوْبًا مِنْ النَّارِ قَبْلَ أَنْ يَحْتَرِقَ ثُمَّ رَدَّهُ فِي النَّارِ فَاحْتَرَقَ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْهَا عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي وَالضَّمَانِ فَإِذَا أَعَادَهَا إلَى مَوْضِعِهَا فَتَلَفَّتَ فِيهِ فَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَتْرُكَهَا فِيهِ أَوَّلًا فَتَلِفَتْ فِيهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَضَالَّةِ الْإِبِلِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ دَفَعَ الْمُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ إلَى غَيْرِهِ يُعَرِّفُهَا فَضَاعَتْ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُلْتَقِطِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهُ اعْمَلْ بِهَا مَا شِئْت، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ دَفَعَهَا إلَى مِثْلِهِ فِي الثِّقَةِ وَالْأَمَانَةِ.

وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَإِذَا قَالَ لَهُ اصْنَعْ بِهَا مَا شِئْت، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ دَفَعَهَا إلَى مِثْلِهِ فَهُوَ قَدْ

أَعْلَمُهُ بِأَصْلِهَا فَلَا يُؤَثِّرُ قَوْلُهُ لَهُ اعْمَلْ بِهَا مَا شِئْت؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلثَّانِي أَنْ يَعْمَلَ بِهَا إلَّا مَا لِلْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا جَازَ فِي اللُّقَطَةِ أَنْ يُخْرِجَهَا عَنْ يَدِهِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ وَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ؛ لِأَنَّ الْمُودِعَ دَفَعَ إلَيْهِ الْوَدِيعَةَ صَاحِبُهَا وَلَمْ يَرْضَ إلَّا بِأَمَانَتِهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ إنْ دَفَعَهَا إلَى غَيْرِهِ، وَأَمَّا اللُّقَطَةُ فَلَمْ يَأْخُذْهَا بِاخْتِيَارِ صَاحِبِهَا فَكَانَتْ حَالُهُ وَحَالُ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ فِي الْأَمَانَةِ سَوَاءً؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يُعَيِّنْهُ لِحِفْظِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ادَّعَى الْمُلْتَقِطُ ضَيَاعَ اللُّقَطَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ قَالَ أَشْهَبُ: وَإِنْ ادَّعَى صَاحِبُهَا فِيهَا أَنَّهُ الْتَقَطَهَا لِيَذْهَبَ بِهَا فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي قَوْلِهِ الْتَقَطْتهَا لِأُعَرِّفَ بِهَا فَلَا يَمِينَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ أَمَانَةٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الضَّيَاعِ وَلَا طَرِيقَ إلَى مَعْرِفَةِ مَا فِي نَفْسِهِ مِنْ التَّعْرِيفِ بِهَا، أَوْ غَيْرِهِ فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ لَارْتَفَعَ أَهْلُ الْعَدَالَةِ وَالْخَيْرِ عَنْ حِفْظِ لُقَطَةٍ لِيَدْفَعَ عَنْ نَفْسِهِ الْيَمِينَ إذْ لَا طَرِيقَ إلَى دَفْعِ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ وَالِاطِّلَاعِ عَلَى ضَمِيرِهِ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ يَمِينُ

(135/6)

. . . .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْعِفَاصُ الْخِرْقَةُ وَالْخَرِيطَةُ وَالْوِكَاءُ الْخَيْطُ الَّذِي تُرْبَطُ بِهِ.

وَقَالَ عُمَرُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَعَنْ أَشْهَبَ فِي النَّوَادِرِ الْعِفَاصُ وَالرِّبَاطُ وَالْوِكَاءُ مَا فِيهِ اللُّقَطَةُ مِنْ خِرْقَةٍ، أَوْ غَيْرِهَا وَالَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْوِكَاءَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ مَا يُرْبَطُ بِهِ، وَكَذَلِكَ رُوِيَ فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ الْمُتَقَدِّمِ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ لَهُ «اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا» فَجَعَلَ مَكَانَ الْعِفَاصِ الْوِعَاءَ وَأَثْبَتَ الْوِكَاءَ الَّذِي يُوكَأُ بِهِ الْوِعَاءُ فَصَحَّ أَنَّهُ الْخَيْطُ الَّذِي يُرْبَطُ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً مَعْنَاهُ عِنْدِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَحْفَظَ صِفَةَ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ وَيَكْتُمُ ذَلِكَ لِيَنْفَرِدَ بِحِفْظِهِ وَفِي النَّوَادِرِ لِابْنِ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ يَنْبَغِي لِلَّذِي يُعَرِّفُ اللُّقَطَةَ أَنْ لَا يُرِيَهَا أَحَدًا وَلَا يُسَمِّيَهَا بِعَيْنِهَا وَلَا يَقُولُ مَنْ يُعَرِّفُ دَنَانِيرَ، أَوْ دَرَاهِمَ، أَوْ حُلِيًّا، أَوْ عَرْضًا لَكِنْ

يُعَمِّي ذَلِكَ لِئَلَّا يَأْتِيَ مُسْتَحِلٌّ فَيَصِفَهَا بِصِفَةِ الْمُعَرِّفِ فَيَأْخُذَهَا وَيُبَيِّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا» وَلَمْ يَقُلْ ثُمَّ عَرِّفْ بِذَلِكَ وَلَا أَبْرِزْهَا وَأَظْهِرْهَا، وَلَوْ جَازَ لَهُ أَنْ يَذْكُرَ صِفَتَهَا لَمَا احْتَاجَ إلَى حِفْظِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ وَلَأَغْنَى عَنْ ذَلِكَ إظْهَارُهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً قَدَّرَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ بِالسَّنَةِ وَفِي حَدِيثِ أُبَيٍّ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِذَلِكَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ثُمَّ شَكَّ فِي ثَلَاثَةٍ، أَوْ وَاحِدَةٍ فَإِنْ ثَبَتَتْ الْأَعْوَامُ الثَّلَاثَةُ فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ دُونَ شَكٍّ فَلَمْ يَأْمُرْهُ كُلَّ مَرَّةٍ إلَّا بِالتَّعْرِيفِ سَنَةً وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ؛ لِأَنَّهُ سَالِمٌ مِنْ الشَّكِّ وَحَدِيثُ أُبَيٍّ شَكَّ فِيهِ الرَّاوِي، وَالثَّانِي: أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ فَإِنَّ السَّائِلَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ هُوَ أَعْرَابِيٌّ، وَكَذَلِكَ رَوَاهُ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ عَنْ رَبِيعَةَ فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْحَقِّ الْوَاجِبِ الَّذِي لَا يَسْتَبِيحُ اللُّقَطَةَ دُونَهُ وَأُبَيُّ بْنُ كَعْبٍ مِنْ فُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ وَفُضَلَائِهِمْ وَمِنْ أَهْلِ الْوَرَعِ وَالزُّهْدِ فَنَدَبَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى التَّوْقِيفِ عَنْهَا أَعْوَامًا، وَإِنْ كَانَتْ مُبَاحَةً لَهُ بَعْدَ أَوَّلِ عَامٍ لَكِنَّ مِثْلَ أُبَيٍّ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالْوَرَعِ لَا يُسْرِعُ إلَى أَكْلِ مَا هُوَ مُبَاحٌ بَلْ يَتَوَقَّفُ عَنْهُ وَيَسْتَظْهِرُ فِيهِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْحَوْلَ قَدْ جُعِلَ فِي الشَّرِيعَةِ مُدَّةً لِلِاخْتِبَارِ كَاخْتِبَارِ الْعِنِّينِ وَمَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ، وَهَذَا فِي الْأَغْلَبِ مِمَّا تَتَّصِلُ فِيهِ الْأَنْبَاءُ وَتَرِدُ فِيهِ الْأَخْبَارُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ التَّعْرِيفِ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ يُعَرِّفُهَا كُلَّ يَوْمَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةٍ وَكُلَّمَا يَتَفَرَّغُ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَدَعَ التَّصَرُّفَ فِي حَوَائِجِهِ وَيُعَرِّفُهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَنْ تَعْلَمُ أَنَّهُ صَاحِبُهَا، أَوْ يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّك أَنَّهُ صَاحِبُهَا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِخْبَارِهِ عَمَّا أُمِرْت بِحِفْظِهِ مِنْ صِفَاتِهَا فَتَدْفَعُهَا إلَيْهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَدْفَعُ إلَّا إلَى مَنْ يُقِيمُ بَيِّنَةً بِهَا وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي حَدِيثٍ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ عَنْ سُفْيَانَ عَنْ رَبِيعَةَ «عَرِّفْهَا سَنَةً ثُمَّ اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُك بِعِفَاصِهَا وَوِكَائِهَا وَإِلَّا فَاسْتَنْفِقْ بِهَا» ، وَهَذَا نَصٌّ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ وَهَذِهِ فَائِدَةُ حِفْظِ صِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ أَنْ يَكُونَ مَنْ أَتَى فَأَخْبَرَ عَنْهَا بِذَلِكَ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَدُفِعَتْ إلَيْهِ أَنَّ الْأَغْلَبَ مِنْ حَالِهَا أَنَّهُ لَا يَأْتِي بِصِفَتِهَا إلَّا صَاحِبُهَا وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ أَحَدٌ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كُلِّ مَا مَعَهُ مِنْ مَالِهِ وَمَا

يُخْرِجُ بِهِ مِنْ نَفَقَتِهِ فَلَمْ تُرَدَّ لُقَطَةٌ إلَّا عَلَى مَنْ يُقِيمُ بِهَا بَيِّنَةً لَذَهَبَ أَكْثَرُ ذَلِكَ بَلْ جَمِيعُهُ فَلَا يَكَادُ أَنْ يَقُومَ شَيْءٌ مِنْهُ بِبَيِّنَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْمُرَاعَى فِيمَا يَصِفُ مِنْ ذَلِكَ صِفَةُ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ وَالْعَدَدِ إنْ كَانَتْ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَعِنْدَ أَصْبَغَ الْعِفَاصُ وَالْوِكَاءُ وَأَصْلُ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي حَدِيثِ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ «اعْرِفْ عُدَّتَهَا

(136/6)

. . . .

[المنتقى]

وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا» فَأَمَرَ بِاعْتِبَارِ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ فَمَنْ وَصَفَهَا اسْتَحَقَّ اللُّقَطَةَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْغَالِبَ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ مَعْرِفَةُ صَاحِبِهَا صِفَةَ وِعَاءِ الدَّرَاهِمِ وَصِفَةَ الْوِكَاءِ وَكَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ يَعْرِفُ الْعَدَدَ إنْ كَانَتْ مَعْدُودَةً أَوْ الْوَزْنَ إنْ كَانَتْ مَوْزُونَةً وَظَاهِرُ قَوْلِ أَصْبَغَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّعَلُّقِ بِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْعَدَدِ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَلْزَمُ مَعَ هَذَا يَمِينٌ أَمْ لَا؟ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ لَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إنَّ وَصْفَ ذَلِكَ كُلِّهِ لَمْ يَأْخُذْهَا إلَّا بِيَمِينِهِ أَنَّهَا لَهُ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ مَنْ يُنَازِعُهُ فِيهَا وَلَا مَنْ يُنَازِعُ عَنْهُ فَلَا مَعْنَى لِهَذِهِ الْيَمِينِ وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ تَجِبُ لِغَائِبٍ لَمْ يَصِحَّ إلَّا بِأَمْرِ حَاكِمٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنْ الِاسْتِحْقَاقِ مِنْ يَدِ مُدَّعٍ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ مِنْ شَرْطِ دَفْعِهَا إلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِهَذِهِ الصِّفَاتِ الثَّلَاثِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَوْ أَصَابَ تِسْعَةَ أَعْشَارِ الصِّفَةِ وَأَخْطَأَ الْعُشْرَ لَمْ يُعْطِهَا إلَّا فِي مَعْنًى وَاحِدٍ أَنْ يَصِفَ عَدَدًا فَيُوجَدُ أَقَلُّ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ عَرَّفَ مِنْهَا وَصْفَيْنِ وَلَمْ يُعَرِّفْ الثَّالِثَ دُفِعَتْ إلَيْهِ، وَقَالَ أَصْبَغُ إنْ عَرَّفَ الْعِفَاصَ وَحْدَهُ فَلْيُسْتَبْرَأْ فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ وَإِلَّا أُعْطِيهَا، وَمَا ذُكِرَ فِي الْحَدِيثِ اعْرِفْ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ لَيْسَ عَلَى أَنْ يَسْتَحِقَّهَا إلَّا بِمَعْرِفَتِهَا كَمَا جَازَ فِي شَرْطِ الْخَلِيطَيْنِ أَصْنَافٌ تُجْزَى وَإِنْ انْخَرَمَ بَعْضُهَا فَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَا يُعْطَاهَا بِأَقَلِّ مِنْ وَصْفَيْنِ أَنَّهُ أَقَلُّ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْحَدِيثِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَأَيْت لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا لَا يَأْخُذُهَا إلَّا بِمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ وَقَوْلُ أَصْبَغَ ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ يُعْطَاهَا مَنْ أَتَى بِالصِّفَةِ

الْوَاحِدَةِ مِنْ الصِّفَتَيْنِ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ مُوَافِقًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِهَا إلَيْهِ إذَا أَخْطَأَ فِي الصِّفَةِ بِأَنْ وَصَفَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ صِفَتِهِ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي هَذَا قَوْلُ أَصْبَغَ فَقَالَ إنْ قَالَ فِي خِرْقَةٍ حَمْرَاءَ وَخَيْطٍ أَصْفَرَ فَوَجَدْت الْخِرْقَةَ حَمْرَاءَ وَالْخَيْطَ أَسْوَدَ فَقَالَ يُسْتَبْرَأُ أَيْضًا أَمْرُهَا ثُمَّ رَجَعَ ثُمَّ قَالَ هَذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ فِي ادِّعَائِهِ الْمَعْرِفَةَ فَلَا يُصَدَّقُ، وَإِنَّمَا يُصَدَّقُ لَوْ أَصَابَ فِي بَعْضٍ وَادَّعَى الْجَهَالَةَ فِي بَعْضٍ، وَهَذَا الَّذِي قَالَ أَشْهَبُ يُدْفَعُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَمَّى بَعْضَ الصِّفَاتِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَوْ أَخْطَأَ فِي صِفَتِهَا لَمْ يُعْطِهَا فَإِنْ وَصَفَهَا مَرَّةً أُخْرَى فَأَصَابَهَا لَمْ يُعْطِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا خَارِجٌ إلَى حَدِّ التَّخْمِينِ وَالْحَزْرِ؛ لِأَنَّهُ إذَا وَصَفَ صِفَةً فَأَخْطَأَ فَلَا بُدَّ أَنْ يُصَادِفَ فَيَأْخُذَ مَا لَيْسَ لَهُ فَذَلِكَ يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ قَوْلِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهَا صِفَاتٌ وَرَدَ الشَّرْعُ بِاعْتِبَارِهَا فَجَازَ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى بَعْضِهَا كَصِفَاتِ الْخُلَطَاءِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ عَرَّفَ رَجُلٌ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، أَوْ وِكَاءَهَا وَحْدَهُ وَعَرَّفَ آخَرُ عَدَدَ الدَّنَانِيرِ وَوَزْنَهَا كَانَتْ لِمَنْ عَرَّفَ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ، أَوْ الْوِكَاءَ وَحْدَهُ قَالَهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَصْبَغُ وَزَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ وَلَكِنِّي أَسْتَحْسِنُ أَنْ يُقْسَمَ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ اجْتَمَعَا عَلَى مَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ وَيَتَحَالَفَانِ فَإِنْ نَكَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا دُفِعَتْ إلَى الْحَالِفِ، وَهَذَا جُنُوحٌ مِنْهُ إلَى إلْحَاقِ مَعْرِفَةِ الْعَدَدِ بِمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَعْرِفَةُ سِكَّةِ الدَّنَانِيرِ، أَوْ الدَّرَاهِمِ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ إذَا وَصَفَ سِكَّةَ دَنَانِيرِ اللُّقَطَةِ طَالِبُهَا لَمْ يَسْتَحِقَّهَا بِذَلِكَ حَتَّى يَذْكُرَ عَلَامَةً فِيهَا غَيْرَ السِّكَّةِ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ مَا يَتَبَيَّنُ لِي قَوْلَ سَحْنُونٍ وَأَرَى إذَا وَصَفَ السِّكَّةَ فِي الدِّينَارِ وَذَكَرَ نَقْصَ الدَّنَانِيرِ إنْ كَانَ فِيهَا نَقْصٌ فَأَجَابَ بِذَلِكَ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا، وَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ السِّكَّةَ إذَا كَانَتْ وَاحِدَةً بِالْبَلَدِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ هِيَ دَنَانِيرُ فَهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ إذَا كَانَتْ دَنَانِيرَ أَنْ تَكُونَ مِنْ سِكَّةِ الْبَلَدِ الَّذِي لَا يَجْرِي فِيهَا غَيْرُهَا، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ لَوْ كَانَتْ سِكَّةً شَاذَّةً لَيْسَتْ بِمَعْرُوفَةٍ فِيهَا، وَلِذَلِكَ اشْتَرَطَ سَحْنُونٌ زِيَادَةَ عَلَامَةٍ فِي دِينَارٍ مِنْ الدَّنَانِيرِ مِمَّا لَا يَكُونُ مُعْتَادًا وَلَعَلَّهُ هَذَا الَّذِي أَرَادَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ، أَوْ يَكُونُ بِبَلَدٍ فِيهِ سِكَكٌ مُخْتَلِفَةٌ عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَطَ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يُعَرِّفَ

. . . .

[المنتقى]

نَقْصَ بَعْضَ الدَّنَانِيرِ وَهَذِهِ عَلَامَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَعْرِفَةِ السِّكَّةِ كَالَّتِي شَرَطَ سَحْنُونٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنُك بِهَا مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَهُوَ الَّذِي يَصِفُهَا أَخَذَهَا عَلَى حَسْبِ مَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا إذَا كَانَ الَّذِي وَصَفَهَا وَاحِدًا فَإِنْ وَصَفَهَا رَجُلَانِ وَتَسَاوَيَا فِي صِفَتِهَا حَلَفَا وَتَقَاسَمَاهَا، وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمَا فَهِيَ لِلْآخَرِ فَإِنْ وَصَفَهَا أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهَا ثُمَّ آتَى آخَرُ فَوَصَفَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَدْفَعُ الدَّافِعُ إلَيْهِ شَيْئًا.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَزَادَ أَنَّهُ إنْ كَانَ الثَّانِي وَصَفَهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ أَتَى بِبَيِّنَةٍ وَالْأَوَّلُ وَاصِفٌ فَصَاحِبُ الْبَيِّنَةِ أَحَقُّ بِهَا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَوَّلَ قَدْ صَارَتْ لَهُ يَدٌ فَإِذَا تَسَاوَيَا كَانَ أَحَقُّ بِهَا لِلْيَدِ الْمُتَقَدِّمَةِ، وَإِنْ أَقَامَ الثَّانِي بَيِّنَةً بِالْمِلْكِ فَبَيِّنَةُ الْمِلْكِ أَقْوَى مِنْ الْيَدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَشَأْنُك بِهَا إبَاحَةُ التَّصَرُّفِ فِيهَا لِمَا رَآهُ مِنْ إنْفَاقٍ، أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ التَّمَادِي عَلَى الْحِفْظِ، وَقَدْ رَوَى الْبُخَارِيُّ مِنْ طَرِيقِ إسْمَاعِيلَ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ رَبِيعَةَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «عَرِّفْهَا سَنَةً ثُمَّ اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ اسْتَنْفِقْ بِهَا، وَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إلَيْهِ» ، وَرَوَى سُوَيْد بْنُ غَفَلَةَ فِي حَدِيث أُبَيِّ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهَا حَوْلًا بَعْدَ حَوْلٍ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى جَوَازِ الِاسْتِنْفَاقِ عَلَى مَعْنَى الِاسْتِسْلَافِ لَهَا وَأَنَّهُ مَتَى أَتَى صَاحِبُهَا كَانَ لَهُ أَخْذُهَا وَرَأَى مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ أَفْضَلَ ذَلِكَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا أَدَّاهَا إلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ كَانَ لَهُ أَخْذُهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَنْزَهُ وَأَبْرَأُ مِنْ التَّسَرُّعِ إلَيْهَا وَتَرْكِ الِاجْتِهَادِ فِي تَعْرِيفِهَا، وَمَنْ اسْتَنْفَقَهَا بَعْدَ الِاجْتِهَادِ فِي التَّعْرِيفِ عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَلَا إثْمَ عَلَيْهِ وَمَتَى أَتَى صَاحِبُهَا أَدَّاهَا إلَيْهِ قَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَأَدِّهَا إلَيْهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ فَإِنْ مَاتَ وَلَا شَيْءَ لَهُ فَهُوَ فِي سِعَةٍ إنْ شَاءَ اللَّهُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَذِنَ لَهُ فِي أَكْلِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي الشَّيْءِ الَّذِي لَهُ مِقْدَارٌ فَأَمَّا الشَّيْءُ التَّافِهُ الَّذِي لَا قَدْرَ لَهُ وَيُعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَتْبَعُهُ فَلَا

تَعْرِيفَ فِيهِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الَّذِي يَجِدُ الْعَصَا وَالسَّوْطَ يُعَرِّفَانِهِ فَإِنْ لَمْ يُعَرِّفْ بِهِ فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ خَفِيفًا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ لَا ثَمَنَ لَهُ إلَّا بَعْضَ الدِّرْهَمِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الدِّرْهَمِ وَمَا أَشْبَهَهُ: لَا بَأْسَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ قَبْلَ السَّنَةِ وَأَصْلُ هَذَا مَا رَوَى طَلْحَةُ بْنُ مُطَرِّفٍ عَنْ أَنَسٍ قَالَ «مَرَّ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِتَمْرَةٍ فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ: لَوْلَا أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنْ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتهَا» فَأَخْبَرَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ إنَّمَا امْتَنَعَ مِنْ أَكْلِهَا مَخَافَةَ أَنْ تَكُونَ مِنْ الصَّدَقَةِ وَلَا تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ وَلَمْ يَذْكُرْ تَعْرِيفَهَا.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: وَهَذَا عِنْدِي حُكْمُ لُقَطَةِ كُلِّ بَلَدٍ إلَّا مَكَّةَ فَإِنَّ لُقَطَتَهَا لَا تُسْتَبَاحُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ سَنَةً وَعَلَى صَاحِبِهَا أَنْ يُعَرِّفَ أَبَدًا وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمَّا فَتَحَ مَكَّةَ قَامَ فِي النَّاسِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: إنَّهَا لَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي لَا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا وَلَا يُخْتَلَى خَلَاهَا وَلَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلَّا لِمُنْشِدٍ» فَخَصَّ مَكَّةَ بِهَذَا الْحُكْمِ وَحَرَّمَ سَاقِطَتَهَا عَلَى مُنْتَفِعٍ بِهَا، أَوْ مُتَصَدِّقٍ بِهَا وَجَعَلَهَا لِمَنْ يُنْشِدُهَا خَاصَّةً وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ مَكَّةَ يَرِدُهَا النَّاسُ مِنْ كُلِّ أُفُقٍ بَعِيدٍ فَهُوَ فِي تَعْرِيفِهَا أَبَدًا يَرْجُو أَنْ يَصِلَ الْخَبَرُ إلَى الْبِلَادِ النَّائِيَةِ وَيَتَمَكَّنُ لِمَنْ وَصَلَ إلَيْهِ الْخَبَرُ أَنْ يَرُدَّ الْخَبَرَ لِطَلَبِهَا، أَوْ يَسْتَنِيبَ فِي ذَلِكَ فَأَمَّا فِي سَائِرِ الْبِلَادِ فَإِنَّهُ إذَا طَالَ أَمَدُهَا وَلَمْ يَأْتِ مَنْ يَتَعَرَّفُهَا فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَهَا قَدْ انْقَطَعَ خَبَرُهُ بِمَوْتٍ، أَوْ بُعْدٍ لَا يُرْجَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَضَالَّةُ الْغَنَمِ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «هِيَ لَك، أَوْ لِأَخِيك، أَوْ لِلذِّئْبِ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ: إنَّ ذَلِكَ فِي الْقِفَارِ، أَوْ الْبَعِيدِ مِنْ الْقُرَى وَحَيْثُ إنْ تَرَكَهَا أَكَلَهَا السَّبُعُ وَهِيَ مَعْنَى قَوْلِهِ هِيَ لَك، أَوْ لِأَخِيك، أَوْ لِلذِّئْبِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يُرْجَى رُجُوعُهُ إلَيْهَا إنْ أَخَذْتهَا أَنْتَ وَإِلَّا أَخَذَهَا أَخُوك مِنْ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ أَكَلَهَا السَّبُعُ وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إبَاحَةُ أَخْذِهَا وَأَكْلِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

. . . .

[المنتقى]

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ اللُّقَطَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: ضَرْبٌ يَبْقَى فِي يَدِ مَنْ يَحْفَظُهُ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الضَّيَاعَ مَعَ التَّرْكِ كَالثِّيَابِ وَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَالْعُرُوضِ، وَضَرْبٌ لَا يَبْقَى فِي يَدِ مَنْ يَحْفَظُهُ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الضَّيَاعَ مَعَ التَّرْكِ كَالشَّاةِ فِي الْفَلَاةِ فَإِنْ كَانَتْ فِي خَرِبَةٍ، أَوْ مَوْضِعٍ يَجِدُ مَنْ يَحْفَظُهَا فِي غَنَمِهِ فَإِنَّ لَهَا حُكْمَ اللُّقَطَةِ الَّتِي تَبْقَى يُعَرِّفُهَا سَنَةً وَضَرْبٌ ثَالِثٌ لَا يَخَافُ عَلَيْهَا الضَّيَاعَ كَالْإِبِلِ فَهَذَا سَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَجَدَ شَاةً بِفَلَاةٍ فَنَقَلَهَا إلَى عُمْرَانٍ فَإِنْ كَانَ نَقَلَهَا حَيَّةً كَانَ حُكْمُهَا حُكْمَ اللُّقَطَةِ يَلْزَمُهُ التَّعْرِيفُ، وَإِنْ ذَبَحَهَا وَنَقَلَهَا فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَهُ أَكْلُهَا غَنِيًّا كَانَ عَنْهَا، أَوْ فَقِيرًا وَيَصِيرُ لَحْمُهَا وَجِلْدُهَا مَالًا مِنْ مَالِهِ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَجِدَ فِي يَدِهِ ذَلِكَ فَيَكُونَ أَحَقَّ بِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ حَازَهَا بِالذَّبْحِ كَمَا لَوْ طَبَخَهَا وَصَيَّرَهَا طَعَامًا قَبْلَ أَنْ يَنْقُلَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِمَّا لَا يَبْقَى بِيَدِ مَنْ يَحْفَظُهُ الطَّعَامُ الَّذِي لَا يَبْقَى مِنْ الْفَوَاكِهِ وَالْأُدْمِ فَهَذَا إنْ كَانَ فِي فَلَاةٍ، أَوْ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ عِمَارَةٍ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الشَّاةِ تُوجَدُ بِالْفَلَاةِ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ، وَإِنْ كَانَتْ تَبْقَى فَلَا يُمْكِنُ مَنْ وَجَدَهَا أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهَا وَلَا أَنْ يَحْمِلَهَا وَهَذَا الطَّعَامُ، وَإِنْ كَانَ خَفِيفًا يُمْكِنُ مَنْ حَمَلَهَا فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى بِيَدِ مَنْ حَمَلَهُ، وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ وَأَكْلُهُ أَفْضَلُ مِنْ طَرْحِهِ فَيَضِيعُ، وَأَمَّا إنْ كَانَ فِي الْحَضَرِ وَحَيْثُ النَّاسُ فَيَتَصَدَّقُ بِهِ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ أَكْلِهِ فَإِنْ تَصَدَّقَ بِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَإِنْ أَكَلَهُ ضَمِنَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَمَّا فِي غَيْرِ الْفَيَافِي فَيَبِيعُهُ وَيُعَرِّفُ بِهِ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ دَفَعَ إلَيْهِ ثَمَنَهُ لَيْسَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى فِيمَنْ وَجَدَ مَا لَا يَبْقَى مِنْ الطَّعَامِ فِي فَلَاةٍ، أَوْ حَاضِرَةٍ فَعَرَّفَهُ ثُمَّ أَكَلَهُ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ إذَا كَانَ بِفَلَاةٍ فَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ إلَّا أَكْلُهُ، وَذَلِكَ خَيْرٌ مِنْ تَضْيِيعِ نِعْمَةٍ مِنْ نِعَمِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَمَّا إنْ كَانَ بِغَيْرِ فَلَاةٍ فَإِنَّهُ عَلَى قَوْلِ مُطَرِّفٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ وَلَا يَلْزَمُهُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا لَا يَلْزَمُ الْمُلْتَقِطَ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الْحِفْظُ مَا أَمْكَنَهُ وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ يَبِيعُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ عَيْنِ اللُّقَطَةِ عَادَ إلَى حِفْظِ ثَمَنِهَا؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ مِنْهَا.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ: مَا لَك وَلَهَا؟ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ الْمَنْعُ مِنْ أَخْذِهَا وَضَمَانِهَا فَإِنَّ اللُّقَطَةَ إنَّمَا تُؤْخَذُ عَلَى مَعْنَى الْحِفْظِ لِصَاحِبِهَا وَهِيَ مِمَّا لَا يُسْرِعُ التَّلَفُ إلَيْهَا، وَلِذَلِكَ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَعَهَا سِقَاؤُهَا قَالَ عِيسَى مَعْنَاهُ أَنَّهَا تَصْبِرُ عَنْ الْمَاءِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَأَكْثَرَ حَتَّى تَجِدَ سَبِيلًا إلَى الْوُرُودِ فَجَعَلَ صَبْرَهَا عَنْ الْمَاءِ بِمَعْنَى السِّقَاءِ وَحِذَاؤُهَا قَالَ عِيسَى مَعْنَاهُ أَخْفَافُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا بِهَا نَبَّهَهُ عَلَى أَنَّهَا تَمْتَنِعُ مِنْ عَوَادِي السِّبَاعِ فِي الْأَغْلَبِ وَأَنَّهَا مَعَ وِرْدِهَا الْمَاءَ وَأَكْلِهَا مِنْ الشَّجَرِ الَّذِي لَا يَعْدَمُهَا سَتَبْقَى بِامْتِنَاعِهَا إلَى أَنْ يَلْقَاهَا رَبُّهَا فَيَأْخُذَهَا وَالْتِقَاطُهَا يَمْنَعُ صَاحِبُهَا مِنْ وُجُودِهَا وَيَضُرُّ بِهِ فِي طَلَبِهَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَطْلُبُهَا فِي الْجِبَالِ وَمَوَاضِعِ الْمَاءِ وَالشَّجَرِ فَإِنْ مُنِعَتْ مِنْ تِلْكَ الْمَوَاضِعِ لَمْ يَجِدْهَا رَبُّهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ: مَا لَك وَلَهَا؟ الْمَنْعَ مِنْ التَّصَرُّفِ فِيهَا بَعْدَ تَعْرِيفِهَا؛ لِأَنَّ مَنْ الْتَقَطَ ثَوْبًا أَوْ دَنَانِيرَ تَكَلَّفَ حِفْظَهَا مُدَّةَ سَنَةٍ مَعَ خَوْفِ الضَّيَاعِ عَلَيْهَا إنْ لَمْ يَأْخُذْهَا مَنْ وَجَدَهَا فَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا بَعْدَ تَكَلُّفِ تَعْرِيفِهَا.

وَأَمَّا مَنْ وَجَدَ ضَالَّةَ الْإِبِلِ فَتَكَلَّفَ حِفْظَهَا فَقَدْ تَكَلَّفَ مَا يُسْتَغْنَى عَنْهُ فِيهِ بَلْ رُبَّمَا اسْتَضَرَّ بِهِ، وَإِنْ كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ فَنَادِرَةٌ وَيَسِيرَةٌ غَيْرُ مُخَلِّصَةٍ مِنْ مَضَرَّةِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الِانْتِفَاعُ بَعْدَ تَعْرِيفِهَا وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ هِيَ لَك، أَوْ لِأَخِيك، أَوْ لِلذِّئْبِ فَنَهَى عَنْ أَخْذِهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ بِاتِّفَاقٍ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَمَعْنَاهُ أَنَّهُ إذَا أُبِيحَ لِلنَّاسِ أَخْذُهَا تُسُرِّعَ إلَى أَكْلِهَا فِي ذَلِكَ بِالْأَمْرَاضِ وَالْخَوْفِ عَلَيْهَا، وَمَنْ أَخَذَهَا احْتَاجَ إلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَهِيَ إذَا كَانَتْ فِي مَوَاضِعِهَا لَمْ يَخَفْ

(139/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّ أَبَاهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمٍ بِطَرِيقِ الشَّامِ فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَارًا فَذَكَرَهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ عَرِّفْهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَاذْكُرْهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنْ الشَّامِّ سَنَةً فَإِذَا مَضَتْ السَّنَةُ فَشَأْنَك بِهَا) .

[المنتقى]

عَلَيْهَا التَّسَرُّعَ إلَى أَكْلِهَا وَلَا أُحْتِيجَ إلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَالْحِفْظِ لَهَا، وَهَذَا كَانَ حُكْمُ ضَوَالِّ الْإِبِلِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَفِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - لَمَّا كَانَ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا، فَلَمَّا كَانَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَلَمْ يُؤْمَنْ عَلَيْهِمَا لَمَّا كَثُرَ فِي الْمُسْلِمِينَ مِمَّنْ لَمْ

يَصْحَبْ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَكَثُرَ تَعَدِّيهِمْ عَلَيْهَا أَبَاحُوا أَخْذَهَا لِمَنْ الْتَقَطَهَا وَرَفَعَهَا إلَيْهِمْ وَلَمْ يَرَوْا رَدَّهَا إلَى مَوْضِعِهَا، وَقَدْ كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمَرَ ثَابِتَ بْنَ الضَّحَّاكِ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ أَبَاحَ لَهُ رَدَّهَا إلَى مَوْضِعِهَا، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَتْ الْأَحْكَامُ فِي ذَلِكَ لِاخْتِلَافِ الْأَحْوَالِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ وَجَدَ بَعِيرًا فَلْيَأْتِ بِهِ الْإِمَامَ يَبِيعُهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ قَالَ أَشْهَبُ إذَا كَانَ الْإِمَامُ عَدْلًا وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَمِنَ عَلَيْهَا مَنْ يَتَعَدَّى فِيهَا فَيَتْرُكُهَا فِي مَوْضِعِهَا أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا ضَيَاعُهَا مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ وَيُسْتَغْنَى عَنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَالتَّمَوُّنِ لَهَا وَقَصْدُ صَاحِبِهَا إلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَتَتَبُّعِ أَثَرِهَا مِنْهُ أَيْسَرُ عَلَيْهِ مِنْ طَلَبِهَا فِي الْآفَاقِ الْبَعِيدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَنْ أَوَاهَا قَرِيبَ الدَّارِ، أَوْ بَعِيدَهَا فَإِنْ خَافَ عَلَيْهَا مُتَعَدِّيًا يُتْلِفُ عَيْنَهَا كَانَ أَخْذُهَا وَرَفْعُهَا إلَى الْإِمَامِ يَنْظُرُ فِيهَا لِصَاحِبِهَا أَفْضَلَ لَهُ وَآمَنَ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَهَذَا مَعْنَى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَحْدُثُ لِلنَّاسِ أَقْضِيَةٌ بِقَدْرِ مَا أَحْدَثُوا مِنْ الْفُجُورِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ فَقَدْ سُئِلَ عَنْهَا ابْنُ الْقَاسِمِ لَا تُؤْكَلُ فَمَنْ الْتَقَطَهَا عَرَّفَهَا فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا أَخَذَهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِئْ رَبُّهَا فَأَرَى أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي كُتُبِهِ لَا تُؤْخَذُ الْخَيْلُ وَلَا الْبِغَالُ وَلَا الْحُمُرُ فَإِنْ أَخَذَهَا عَرَّفَهَا سَنَةً ثُمَّ تَصَدَّقَ بِهَا فَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ الدَّابَّةَ الضَّالَّةَ وَلَا يَتَعَرَّضُ لَهَا فَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إبَاحَةُ أَخْذِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تُؤْكَلُ وَلَا تُسْرِعُ الْأَيْدِي إلَى أَكْلِهَا إذَا أُمِنَ حِفْظُهَا كَمَا يَخَافُ ذَلِكَ فِي الْإِبِلِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ وَابْنِ كِنَانَةَ أَنَّهُ حَيَوَانٌ يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ وَيَبْقَى دُونَ مَنْ يَحْفَظُهُ فَلَا تُلْتَقَطُ كَالْإِبِلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبَقَرُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ إنْ كَانَتْ بِمَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْغَنَمِ، وَإِنْ كَانَتْ بِمَوْضِعٍ لَا يَخَافُ عَلَيْهَا السِّبَاعَ وَلَا الذِّئَابَ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْإِبِلِ وَنَحْوِ ذَلِكَ قَالَ أَشْهَبُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ فِي ضَالَّةِ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ إذَا وَجَدَهَا بِالْفَلَاةِ فَلَهُ أَكْلُهَا وَلَا يَضْمَنُهَا لِرَبِّهَا، وَإِنْ كَانَتْ بِقُرْبِ الْعُمْرَانِ ضَمِنَهَا إلَيْهِ وَعَرَّفَهَا فَجَعَلَهَا ابْنُ الْقَاسِمِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبِلِ إذَا لَمْ يَخَفْ عَلَيْهَا وَأَلْحَقَهَا مَالِكٌ بِالْغَنَمِ فِي ضَعْفِهَا عَنْ الِامْتِنَاعِ عِنْدَ انْفِرَادِهَا، وَإِنَّمَا يَكُونُ فِيهَا بَعْضُ الْمَنْفَعَةِ عِنْدَ اجْتِمَاعِهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ إيصَالُهَا إلَى الْعُمْرَانِ أَيْسَرَ مِنْ إيصَالِ الْغَنَمِ فَفِي مِثْلِ هَذَا يُخَالِفُ حُكْمُهَا حُكْمَ الْغَنَمِ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمٍ بِطَرِيقِ الشَّامِ فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَارًا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ فَتحَهَا وَنَظَرَ إلَيْهَا وَأَخْبَرَ بِذَلِكَ عُمَرُ وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَصِلُ إلَى مَعْرِفَةِ مَا فِيهَا، وَلِذَلِكَ لَا يَضْمَنُ إذَا وَضَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ وَلَا إذَا رَفَعَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخْتَارُهُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – عَرِّفْهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي سَمَاعِ أَشْهَبَ مَا أُحِبُّ رَفْعَ الصَّوْتِ فِي الْمَسْجِدِ، وَإِنَّمَا أَمَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يُعَرِّفَ عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ، وَلَوْ مَشَى هَذَا الَّذِي وَجَدَهَا إلَى الْحِلَقِ فَأَخْبَرَهُمْ وَلَا يَرْفَعُ صَوْتَهُ لَمْ أَرَ بِهِ بَأْسًا.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا قَوْلُهُ فَاذْكُرْهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنْ الشَّامِ فَإِنَّهُ إنَّمَا وَجَدَهَا بِمَنْزِلٍ نَزَلَهُ بِطَرِيقِ الشَّامِ فَكَانَ الْغَالِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَهُمْ أَوْ لِمَنْ مَرَّ بِطَرِيقِهِمْ فَإِذَا ذَكَرَ لِمَنْ يَأْتِي مِنْ الشَّامِ كَانَ أَقْرَبُ إلَى مَعْرِفَةِ

(140/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ رَجُلًا وَجَدَ لُقَطَةً فَجَاءَ إلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ لَهُ: إنِّي وَجَدْت لُقَطَةً فَمَاذَا تَرَى فِيهَا فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عَرِّفْهَا قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: زِدْ، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَا آمُرُك أَنْ تَأْكُلَهَا، وَلَوْ شِئْتَ لَمْ تَأْخُذْهَا) .

الْقَضَاءُ فِي اسْتِهْلَاكِ الْعَبْدِ اللُّقَطَةَ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَجِدُ اللُّقَطَةَ فَيَسْتَهْلِكُهَا قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْأَجَلَ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللُّقَطَةِ، وَذَلِكَ سَنَةٌ أَنَّهَا فِي رَقَبَتِهِ إمَّا أَنْ يُعْطِيَ سَيِّدُهُ ثَمَنَ مَا اسْتَهْلَكَ غُلَامُهُ وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِمْ غُلَامَهُ فَإِنْ أَمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْأَجَلُ الَّذِي أُجِّلَ فِي اللُّقَطَةِ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا كَانَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ يُتَّبَعُ بِهِ وَلَمْ تَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهَا شَيْءٌ) .

[المنتقى]

صَاحِبِهَا بِحَالِهَا، وَكَذَلِكَ مُلْتَقِطُ اللُّقَطَةِ يَجِبُ أَنْ يَتَوَخَّى بِتَعْرِيفِهَا الْمَوَاضِعَ الَّتِي يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَنْتَشِرُ مِنْهَا خَبَرُهَا وَيَصِلُ سَبَبُهُ إلَى صَاحِبِهَا فَيَذْكُرُ ذَلِكَ عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَبِجَامِعِ الْأَسْوَاقِ فَإِنْ كَانَ بِطَرِيقٍ خَصَّ بِالسُّؤَالِ أَهْلَ تِلْكَ الْجِهَاتِ، وَمَنْ يَمُرُّ عَلَيْهَا وَلَا يَتْرُكُ إعْلَامَ غَيْرِهِمْ بِهَا، وَقَوْلُهُ: فَإِذَا مَضَتْ السَّنَةُ فَشَأْنَك بِهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ رَجُلًا وَجَدَ لُقَطَةً فَجَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ لَهُ: إِنِّي وَجَدْت لُقَطَةً فَمَاذَا تَرَى فِيهَا فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عَرِّفْهَا قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: زِدْ، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَا آمُرُك أَنْ تَأْكُلَهَا، وَلَوْ شِئْتَ لَمْ تَأْخُذْهَا) .

1 –

(ش) : سُؤَالُ نَافِعٍ ابْنَ عُمَرَ عَنْ اللُّقَطَةِ الَّتِي وَجَدَهَا عَلَى حَسْبِ مَا يَفْعَلُ الطَّلَبَةُ، وَمَنْ يُرِيدُ التَّخَلُّصَ مِنْ سُؤَالِ عُلَمَائِهِمْ لَا سِيَّمَا مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِابْنِ عُمَرَ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عُمَرَ عَرِّفْهَا وَلَمْ يَحُدَّ لَهُ مُدَّةَ سَنَةٍ إنْ كَانَتْ مِمَّا يُعَرَّفُ سَنَةً لِئَلَّا يَتَضَمَّنَ التَّحْدِيدُ إبَاحَةَ التَّصَرُّفِ فِيهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ يَكْرَهُ لِأَهْلِ الْوَرَعِ، وَمَنْ يَخْتَصُّ بِهِ التَّصَرُّفَ فِيهَا بِالْأَكْلِ لَهَا.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى لِصَاحِبِ اللُّقَطَةِ أَنْ يَأْكُلَهَا وَلَكِنْ يَتَصَدَّقُ بِهَا أَحَبُّ إلَيَّ وَيُخَيِّرُ صَاحِبَهَا إذَا جَاءَ فَإِنْ شَاءَ أَجَازَهَا، وَإِنْ شَاءَ غَرِمَهَا لَهُ، وَإِنَّمَا كَرِهَ مَالِكٌ أَكْلَهَا لِئَلَّا يَتَسَرَّعَ النَّاسُ إلَيْهَا وَلِئَلَّا يُظَنَّ بِهِ ذَلِكَ، وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ عُمَرَ: " لَا آمُرُك بِأَكْلِهَا " وَلَمْ يَأْمُرْهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا؛ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لَمْ يَعْلَمْ لَهُ مَا لَا يَقْضِي مِنْهُ صَاحِبُ اللُّقَطَةِ إذَا جَاءَ وَلَمْ يُجْزِ الصَّدَقَةَ، وَمَنْ كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا فَإِنْ فَعَلَ فَلَا إثْمَ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ تَصَدَّقَ بِهَا، أَوْ أَكَلَهَا وَجَاءَ صَاحِبُهَا فَطَلَبَهَا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ قَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ بِوَجْهِ حَقٍّ.

[الْقَضَاءُ فِي اسْتِهْلَاكِ الْعَبْدِ اللُّقَطَةَ]

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ اسْتِهْلَاكَ اللُّقَطَةِ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ مَمْنُوعٌ مِنْهُ لِحَقِّ صَاحِبِهَا فَإِذَا تَعَدَّى عَلَيْهَا الْعَبْدُ، أَوْ اسْتَهْلَكَ فَفِي رَقَبَتِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ سَوَاءٌ أَكَلَهَا، أَوْ أَكَلَ ثَمَنَهَا، أَوْ وَهَبَهَا، أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا أَكَلَهَا جِنَايَةٌ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ كَانَ فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ فَإِمَّا أَنْ يَفْتَدِيَهُ بِغُرْمِ مَا اسْتَهْلَكَ وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ مُدَبَّرًا فَقَالَ أَشْهَبُ وَالْمُغِيرَةُ إمَّا أَنْ يُسَلِّمَ السَّيِّدُ خِدْمَتَهُ يُسْتَخْدَمُ بِقَدْرِ مَا جَنَى ثُمَّ يَعُودُ إلَى سَيِّدِهِ فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ فِي ثُلُثِ سَيِّدِهِ وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ، وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ فَعَلَى سَيِّدِهَا الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهَا، أَوْ قِيمَةِ مَا أُتْلِفَ، وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَفِي رَقَبَتِهِ إمَّا أَنْ يُؤَدِّيَ قِيمَةَ مَا اسْتَهْلَكَ وَإِمَّا عَجَزَ ثُمَّ يُخَيَّرُ سَيِّدُهُ بَيْنَ إسْلَامِهِ بِهَا عَبْدًا وَبَيْنَ أَنْ يَفْتَدِيَهُ وَيَبْقَى لَهُ عَبْدًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ أَمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْأَجَلُ الَّذِي أَجَّلَ فِي اللُّقَطَةِ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا كَانَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ وَلَمْ يَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ وَلَا عَلَى سَيِّدِهِ يُرِيدُ أَنَّ مُجَرَّدَ الْإِمْسَاكِ مُدَّةَ السَّنَةِ فِي الْعَبْدِ يُخْرِجُهَا عَنْ أَنْ تَكُونَ جِنَايَةً تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَإِنْ قَالَ لَمْ أُعَرِّفْهَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: عَرَّفْتُهَا لَكَانَ مُصَدَّقًا فِي ذَلِكَ فَإِذَا أَنْكَرَ التَّعْرِيفَ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى سَيِّدِهِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِجِنَايَةِ خَطَأٍ، وَأَمَّا الْحُرُّ فَإِنَّهُ لَا يُبِيحُ لَهُ الِانْتِفَاعَ بِهَا بَعْدَ السَّنَةِ إلَّا تَعْرِيفُهَا فِي مُدَّةِ السَّنَةِ وَلَوْ أَقَامَتْ عِنْدَهُ أَعْوَامًا لَا يُعَرِّفُهَا لَا يَسْتَبِيحُ بِذَلِكَ إنْفَاقَهَا، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ، وَذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا أَبَاحَ هَذَا بَعْدَ تَعْرِيفِ سَنَةٍ فَقَالَ عَرِّفْهَا سَنَةً قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ

(141/6)

الْقَضَاءُ فِي الضَّوَالِّ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ ثَابِتَ بْنَ الضَّحَّاكِ الْأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ فَعَقَلَهُ ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَمَرَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَقَالَ لَهُ ثَابِتٌ أَنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ) .

[المنتقى]

– رَحِمَهُ اللَّهُ – وَهَذِهِ السَّنَةُ عِنْدِي هِيَ مِنْ يَوْمِ ابْتَدَأَ بِالتَّعْرِيفِ وَلَا يَحْتَاجُ فِي ذَلِكَ إلَى حُكْمِ حَاكِمٍ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ قَدْ تَقَرَّرَ مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي كُلِّ مُلْتَقِطٍ فِي مِثْلِ تِلْكَ اللُّقَطَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَضَاءُ فِي الضَّوَالِّ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ فَعَقَلَهُ يُرِيدُ أَنَّهُ مَنَعَهُ مِنْ الذَّهَابِ بِعِقَالٍ شَدَّهُ بِهِ عَلَى حَسَبِ مَا تُعْقَلُ الْإِبِلُ وَالدَّوَابُّ إذَا خِيفَ عَلَيْهَا ذَلِكَ، وَهَذَا حَسَنٌ لَهُ وَلَعَلَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ حَدِيثُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ اسْتَفْتَاهُ فِيمَا يَلْزَمُهُ فِيهِ، وَهَذَا جَائِزٌ وَالْإِمَامُ فِي ذَلِكَ إذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ كَسَائِرِ الْعُلَمَاءِ إنْ كَانَتْ مَسْأَلَةَ اتِّفَاقٍ، وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةَ اخْتِلَافٍ فَالْحُكْمُ جَارٍ عَلَى رَأْيِهِ وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ رَفَعَ الْأَمْرَ

إلَيْهِ لِيَنْظُرَ فِيهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ مَنْ وَجَدَ بَعِيرًا فَلْيَأْتِ بِهِ الْإِمَامَ فَيَبِيعُهُ وَيَجْعَلُ ثَمَنَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ حَتَّى يَأْتِيَ رَبُّهُ وَلَا يُوَكِّلُ بِذَلِكَ مَنْ وَجَدَهُ لِيَكُونَ الثَّمَنُ عِنْدَهُ وَلَكِنْ عِنْدَ الْإِمَامِ لِيَكُونَ أَمْكَنَ لِرَبِّهِ إذَا أَتَى، وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ كَانَ الْإِمَامُ عَدْلًا رَفَعَهَا إلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلٍ فَلْيُخَلِّهَا حَيْثُ وَجَدَهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ يَقْتَضِي ظَاهِرُهُ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِذَلِكَ مَرَّةً فَفَعَلَ ثُمَّ سَأَلَهُ فَأَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهِ ثَانِيَةً حَتَّى أَكْمَلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ عَلَى حَسْبِ مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ فَقَدْ كَانَ ثَابِتُ بْنُ الضَّحَّاكِ مِنْ فُضَلَاءِ الصَّحَابَةِ وَمِمَّنْ شَهِدَ بَيْعَةَ الرِّضْوَانِ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ كَرَّرَ اللَّفْظَ بِذَلِكَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ اقْتِدَاءً بِالنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِيمَا رَوَى عَنْهُ أَنَسٌ أَنَّهُ «كَانَ إذَا تَكَلَّمَ كَرَّرَ الْقَوْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ» وَلَمْ يُؤَقِّتْ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا وَلَمْ يَتَعَقَّبْهُ اسْتِبَاحَةُ مَا تَعَرَّفَ بِوَجْهٍ لَمْ تَكُنْ مُدَّتُهُ مُؤَقَّتَةً.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ثَابِتٍ أَنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي يُرِيدُ أَنَّ حِفْظَهُ قَدْ شَغَلَهُ عَمَّا يَتَصَرَّفُ فِيهِ مِنْ النَّظَرِ فِي ضَيْعَتِهِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ أَرْسَلَ إلَيَّ الْحَسَنُ بْنُ زَيْدٍ فَسَأَلَنِي عَنْ رَجُلٍ أَصَابَ ثَلَاثَةَ أَبْعِرَةٍ ضَالَّةٍ فَقَالَ: إنَّهَا قَدْ آذَتْنِي فَأَمَرَهُ أَنْ يُرْسِلَهَا حَيْثُ أَصَابَهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْلَهُ لِلْبَعِيرِ وَأَخْذَهُ لَهُ عَلَى وَجْهِ حِفْظِهِ لِصَاحِبِهِ لَا يَلْزَمُهُ بِهِ حَقُّ الْحِفْظِ لَهُ كَمَا يَلْزَمُ ذَلِكَ فِي اللُّقَطَةِ لِحِفْظِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَخْذَهُ غَيْرُ مَأْمُورٍ بِهِ وَلَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِصَاحِبِ الْبَعِيرِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ صَاحِبِ الْبَعِيرِ، وَلِذَلِكَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْسِلَهُ حَيْثُ وَجَدَهُ وَأَيْضًا فَإِنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ لَمْ يَكُنْ مُؤَقَّتًا وَلَمْ يَقُلْ فِيهِ عَرِّفْهُ سَنَةً كَمَا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ حِينَ وَجَدَ الثَّمَانِينَ دِينَارًا عَرِّفْهَا سَنَةً لَمْ يَتَعَقَّبْهُ اسْتِبَاحَةُ اللُّقَطَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ لِثَابِتٍ فِي الْبَعِيرِ: رُدَّهُ حَيْثُ وَجَدْته، وَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ بَعْدَ تَعْرِيفِ سَنَةٍ شَأْنَك بِهَا.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى أَنَّهُ إنَّمَا أَمَرَهُ بِتَخْلِيَتِهَا حَيْثُ وَجَدَهَا؛ لِأَنَّهُ أَخْطَأَ أَوَّلًا فِي أَخْذِهَا؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ قَدْ جَاءَ بِالنَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي مَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَخْذِهَا لِمَنْ أَرَادَ تَمَلُّكَهَا الْآنَ كَضَالَّةِ الْغَنَمِ وَلِمَنْ أَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ كَاللُّقَطَةِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُنْكِرْ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى ثَابِتٍ أَخْذَ الْبَعِيرِ الَّذِي وَجَدَهُ بِالْحَرَّةِ وَأَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهِ ثُمَّ أَمَرَهُ بِرَدِّهِ إلَى مَوْضِعِهِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ فَإِنَّمَا مَنَعَهُ مِنْ تَمَلُّكِهِ أَوَّلًا وَمِنْ التَّصَرُّفِ فِيهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ حَمَلَ حَدِيثَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ عَلَى

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ وَهُوَ مُسْنِدٌ ظَهْرَهُ إلَى الْكَعْبَةِ مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ كَانَتْ ضَوَالُّ الْإِبِلِ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إبِلًا مُؤَبَّلَةً تَتَنَاتَجُ لَا يَمَسُّهَا أَحَدٌ حَتَّى إذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا) .

[المنتقى]

ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَتَضَمَّنَ حَدِيثُ عُمَرَ جَوَازَ رَدِّ الْإِبِلِ إلَى مَوْضِعِهَا بَعْدَ أَخْذِهَا بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْإِبِلَ الضَّالَّةَ إذَا رُدَّتْ إلَى مَكَانِهَا لَمْ يُخَفْ عَلَيْهَا ضَيَاعٌ؛ لِأَنَّهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ كَمَا قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا، وَلُقَطَةُ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ إذَا رُدَّتْ إلَى مَكَانِهَا لَمْ يُشَكَّ فِي ضَيَاعِهَا فَكَانَ الْمُلْتَقِطُ الَّذِي عَرَّفَهَا سَنَةً أَوْلَى بِهَا.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يُرْسِلُهَا بِبَيِّنَةٍ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى إرْسَالِهَا قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالْإِبِلُ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا حِفْظُهَا لِصَاحِبِهَا فَكَانَ مُصَدَّقًا فِي إرْسَالِهَا مَعَ أَنَّهُ يَشُقُّ الْإِشْهَادُ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إذَا أَرْسَلَهَا حَيْثُ وَجَدَهَا وَأَكْثَرَ مَا تُوجَدُ فِي الْفَيَافِي وَالْقِفَارِ الْبَعِيدَةِ تَعَذَّرَ الْإِشْهَادُ عَلَى ذَلِكَ.

(ش) : قَوْلُهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ مُزَيْنٍ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ مَا مَعْنَاهُ مُخْطِئٌ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِمَنْ سَأَلَهُ عَنْ أَخْذِهَا «مَا لَك وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا» فَمَنْ خَالَفَ ذَلِكَ فَقَدْ أَخْطَأَ وَضَلَّ فِي فِعْلِهِ ذَلِكَ إلَّا أَنَّهُ خَطَأٌ لَيْسَ فِيهِ تَعَدٍّ عَلَى صَاحِبِهَا إذَا لَمْ يُبْعِدْهَا عَنْ مَوْضِعِهَا وَإِنَّمَا عَقَلَهَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَعَرَّفَهَا ثُمَّ أَرْسَلَهَا حَيْثُ وَجَدَهَا، وَلِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ ضَمَانَ الضَّالَّةِ إذَا رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا، وَأَمَّا إنْ تَلِفَتْ بِيَدِهِ فِي وَقْتِ حِفْظِهَا فَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي أَخْذِهِ لَهَا عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ وَالتَّعْرِيفِ إضْرَارٌ بِصَاحِبِهَا.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: إنَّهُ إنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا الْآخِذُ الْمُعَرِّفُ لَهَا ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا الْآخِذُ لَهَا أَنْفَقَ بِأَمْرِ سُلْطَانٍ، أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَالظَّاهِرُ عِنْدِي أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فِي أَخْذِهَا لِيَحْفَظَهَا لِصَاحِبِهَا وَيَرْفَعَ أَمْرَهَا إلَى الْإِمَامِ عَلَى حَسْبِ مَا فَعَلَهُ ثَابِتُ بْنُ الضَّحَّاكِ، وَلَوْ كَانَ مُتَعَدِّيًا فِي

ذَلِكَ لَضَمِنَهَا، وَإِنْ تَلِفَتْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلَأَنْكَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَلَى ثَابِتٍ أَخْذَهَا.
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ مَنْ وَجَدَ بَعِيرًا فَلْيَأْتِ بِهِ الْإِمَامَ فَأَمَرَهُ بِأَخْذِهِ وَنَقْلِهِ إلَى الْإِمَامِ، وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِ عُمَرَ مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً فَهُوَ ضَالٌّ فِيمَنْ أَخَذَهَا مُتَمَلِّكًا لَهَا وَمُسْرِعًا إلَى أَكْلِهَا عَلَى حَسْبِ مَا يُفْعَلُ بِضَالَّةِ الْغَنَمِ، أَوْ فِيمَنْ أَخَذَهَا لِيُعَرِّفَهَا مُدَّةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا تَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا شَاءَ مِنْ الْأَكْلِ وَغَيْرِهِ فَهَذَا الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يُوصَفَ بِأَنَّهُ ضَالٌّ وَبِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ وَيَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِيَدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ كَانَتْ ضَوَالُّ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ إبِلًا مُؤَبَّلَةً يَعْنِي أَنَّهَا كَانَتْ لَا يَأْخُذُهَا أَحَدٌ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا الْوَاحِدَةَ مِثْلُ مَا أَخَذَ ثَابِتُ بْنُ الضَّحَّاكِ مِمَّنْ لَمْ يَبْلُغْهُ النَّهْيُ، أَوْ مِمَّنْ بَلَغَهُ النَّهْيُ وَتَأَوَّلَهُ عَلَى حَسْبِ مَا قَدَّمْنَاهُ فَكَانَ الْأَكْثَرُ لَا يُؤْخَذُ فَتَبْقَى مُؤَبَّلَةً تَتَنَاتَجُ لَا يَمَسُّهَا أَحَدٌ فَلَمَّا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ لِصَاحِبِهَا يُعْطَى ثَمَنَهَا إذَا جَاءَ، وَذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَمَّا كَثُرَ فِي النَّاسِ مَنْ لَمْ يَصْحَبْ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَنْ كَانَ لَا يَعِفُّ عَنْ أَخْذِهَا إذَا تَكَرَّرَتْ رُؤْيَتُهُ لَهَا حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا ضَالَّةٌ فَرَأَى أَنَّ الِاحْتِيَاطَ عَلَيْهَا أَنْ يَنْظُرَ فِيهَا الْإِمَامُ فَيَبِيعُهَا وَيَبْقَى التَّعْرِيفُ فِيهَا فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا وَحَمَلَ حَدِيثُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الْمَنْعِ مِنْ أَخْذِهَا عَلَى وَقْتِ إمْسَاكِ النَّاسِ عَنْ أَخْذِهَا وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنَّهُ كَانَ يَبِيعُهَا إذَا يَئِسَ مِنْ مَجِيءِ صَاحِبِهَا بِأَنْ تَطُولَ الْمُدَدُ عَلَى ذَلِكَ وَتَتَنَاتَجُ وَيُخَافُ عَلَيْهَا الْمَوْتُ فَكَانَ فِي بَيْعِهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ حِفْظٌ لَهَا عَلَى صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَنْقُلُهَا إلَى الْأَثْمَانِ الَّتِي لَا يُخَافُ عَلَيْهَا.
وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ كَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ قَدْ بَنَى لِلضَّوَالِّ مِرْبَدًا يَعْلِفُهَا فِيهِ

(143/6)

صَدَقَةُ الْحَيِّ عَنْ الْمَيِّتِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ شُرَحْبِيلَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ قَالَ «خَرَجَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ فَحَضَرَتْ أُمَّهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ فَقِيلَ لَهَا: أَوْصِي فَقَالَتْ: فِيمَ أُوصِي؟ إنَّمَا الْمَالُ مَالُ سَعْدٍ فَتُوُفِّيَتْ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ سَعْدٌ فَلَمَّا قَدِمَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ ذُكِرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: نَعَمْ، فَقَالَ سَعْدٌ: حَائِطُ كَذَا وَكَذَا صَدَقَةٌ عَنْهَا لِحَائِطٍ سَمَّاهُ») .
(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَنَّ رَجُلًا

قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

---

[المنتقى]
عَلْفًا لَا يُسَمِّنُهَا وَلَا يُهَزِّلُهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا أَخَذَهُ وَإِلَّا بَقِيَتْ عَلَى حَالِهَا لَا يَبِيعُهَا وَاسْتَحْسَنَ ذَلِكَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ، وَهَذَا أَيْضًا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا قَرُبَ عَهْدُهُ مِنْهَا وَرَجَا قُرْبَ أَوْبَةِ صَاحِبِهَا وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَعَلَ ذَلِكَ فِي الْفِتْنَةِ حَيْثُ كَانَ لَا يَأْمَنُ عَلَيْهَا أَهْلَ الْفِتْنَةِ، وَلِذَلِكَ كَانَ يُكَلِّفُ مَنْ طَلَبَهَا الْبَيِّنَةَ لَمَّا كَانَ يَرَى مِنْ اسْتِحْلَالِ بَعْضِهِ مَالَ بَعْضٍ، وَلَعَلَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي كَلَّفَ هِيَ أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَتِهَا، أَوْ كَلَّفَهُ الْبَيِّنَةَ إنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْ وَقْتِهِ دُونَ تَثَبُّتٍ وَلَا اسْتِينَاءٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ كَانَ يُنْفِقُ عَلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ كَانَ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ اعْتَرَفَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ لَهُمْ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ

لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ

وَكَانَ هَذَا أَيْضًا مِنْ مَصَالِحِهِمْ لَا سِيَّمَا لَمَّا دَعَتْهُ الضَّرُورَةُ إلَى أَخْذِهَا وَعَلْفِهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتْرُكَهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ كَمَا قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كَانَ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْآبِقِ يَتَوَقَّفُ بِهِ سَنَةً يُنْفِقُ عَلَيْهِ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ فَهُوَ فِيمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ صَاحِبُهُ بَعْدَ السَّنَةِ بَاعَهُ وَأَخَذَ مِنْ ثَمَنِهِ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ وَجَعَلَ مَا بَقِيَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نَفَقَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَغْنَى بِوَرِقِ الشَّجَرِ كَمَا تَفْعَلُهُ الْإِبِلُ فَإِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ حَوْلٍ تَلِفَ ثَمَنُهُ فَلَزِمَ التَّوَقُّفُ بِهِ حَوْلًا ثُمَّ يَبِيعُهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَفِي النَّوَادِرِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى الدَّابَّةِ الضَّالَّةِ وَلَا يَأْخُذَهَا وَلَا يَعْرِضَ لَهَا؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَيْهَا سَبَبٌ إلَى إخْرَاجِهَا مِنْ يَدِ صَاحِبِهَا وَرُبَّمَا جَاوَزَتْ النَّفَقَةُ ثَمَنَهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْآبِقِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ يَسْتَخْفِي عَنْ سَيِّدِهِ وَيَقْصِدُ التَّغَيُّبَ عَنْهُ بِخِلَافِ الْإِبِلِ وَالدَّوَابِّ فَإِنَّهَا لَا تَقْصِدُ ذَلِكَ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْآبِقِ: يُبَاعُ بَعْدَ السَّنَةِ وَلَيْسَ بِمَنْزِلَةِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ؛ لِأَنَّهُ يَأْبَقُ ثَانِيَةً وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[صَدَقَةُ الْحَيِّ عَنْ الْمَيِّتِ]

(ش) : قَوْلُ سَعْدٍ " هَلْ يَنْفَعُهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا؟ " يَقْتَضِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَنْفَعَةَ الْأَجْرِ فِي

الْآخِرَةِ مِنْ زِيَادَةِ الْحَسَنَاتِ وَتَكْفِيرِ السَّيِّئَاتِ فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: نَعَمْ بِمَعْنَى أَنَّ ذَلِكَ يَنْفَعُهَا وَهَذِهِ الصَّدَقَةُ، وَإِنْ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهَا نِيَّةٌ مِنْهَا فَقَدْ قَضَى – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ ذَلِكَ يَنْفَعُهَا. وَقَدْ أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ صَدَقَةَ الْحَيِّ عَلَى الْمَيِّتِ جَائِزَةٌ مَشْرُوعَةٌ مَنْدُوبٌ إلَيْهَا، وَلَعَلَّ اتِّفَاقَهُمْ كَانَ مِنْ أَجْلِ هَذَا الْحَدِيثِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ انْتِفَاعُ الْمَيِّتِ بِهَذَا عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْمُتَصَدِّقَ عَنْهُ يَهَبُ لَهُ أَجْرَ تِلْكَ الصَّدَقَةِ بَعْدَ أَنْ وَقَعَتْ الصَّدَقَةُ عَنْ الْمُتَصَدِّقِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَوْقَعَ الصَّدَقَةَ عَلَى الْمَيِّتِ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ الْأَجْرِ مَا يَثْبُتُ لِلْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي حَيَاتِهِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ وَلَا مَعْرِفَةٍ كَمَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ أَجْرُ مَنْ يَغْتَابُهُ وَأَجْرُ مَنْ يَأْخُذُ مَالَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَدْ رَوَى مَسْرُوقٌ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إِذَا تَصَدَّقَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ طَعَامِ زَوْجِهَا غَيْرَ مُفْسِدَةٍ كَانَ لَهَا أَجْرُهَا بِمَا أَنْفَقَتْ وَلِزَوْجِهَا بِمَا كَسَبَ وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ لَا يُنْقِصُ بَعْضٌ أَجْرَ بَعْضٍ شَيْئًا» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ أُمِّي اُفْتُلِتَتْ نَفْسُهَا وَأُرَاهَا لَوْ تَكَلَّمَتْ تَصَدَّقَتْ أَفَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ») .

(144/6)

إنَّ أُمِّي اُفْتُلِتَتْ نَفْسُهَا وَأُرَاهَا لَوْ تَكَلَّمَتْ تَصَدَّقَتْ أَفَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ») .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ «رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْهِ بِصَدَقَةٍ فَهَلَكَا فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ وَهُوَ نَخْلٌ فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ قَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِك وَخُذْهَا بِمِيرَاثِك») .

الْأَمْرُ بِالْوَصِيَّةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ: " إنَّ أُمِّي أُفْتُلِتَتْ نَفْسُهَا " مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَاتَتْ فَجْأَةً وَأَنْشَدُوا فِي ذَلِكَ

وَكَانَتْ مُنْيَتُهُ افْتِلَاتًا

وَتَقُولُ الْعَرَبُ رَأَيْت الْهِلَالَ فَلْتَةً إذَا رَأَيْته مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ إلَيْهِ، وَمِنْهُ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ كَانَتْ بَيْعَةُ أَبِي بَكْرٍ فَلْتَةً وَقَى اللَّهُ شَرَّهَا يُرِيدُ أَنَّهَا كَانَتْ بَغْتَةً مِنْ غَيْرِ رَوِيَّةٍ وَقَوْلُهُ: " وَأُرَاهَا لَوْ تَكَلَّمَتْ " يُرِيدُ أَنَّهُ لَوْ عُلِمَ مِنْ نِيَّتِهَا وَحُسْنِ مُعْتَقِدِهَا وَمُسَارَعَتِهَا إلَى الْخَيْرِ وَرَغْبَتِهَا فِيهِ أَنَّهَا لَوْ أُمْهِلَتْ وَقَدَرَتْ عَلَى الْكَلَامِ مَعَ الْإِشْرَافِ عَلَى الْمَوْتِ عَلَى مَا يَفْعَلُهُ أَكْثَرُ النَّاسِ فِي مَرَضِهِمْ مِنْ كَلَامِهِمْ وَوَصِيَّتِهِمْ مَعَ تَيَقُّنِ الْمَوْتِ لِشِدَّةِ الْمَرَضِ لَتَصَدَّقَتْ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَدْ كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ مِنْ حَالِهَا بِمَا أَخَذَتْ مَعَهُ فِيهِ وَأَظْهَرَتْ إلَيْهِ الْعَزِيمَةَ عَلَيْهِ فَاسْتَأْذَنَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنْهَا فَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَثَبَتَ أَنَّ صَدَقَتَهُ عَنْهَا مِمَّا يُتَقَرَّبُ بِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ عَرَفَ أَنَّهُ حَضَرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ عَنْ أَدَائِهِ وَعَنْ قَضَائِهِ بَعْدَ ذَلِكَ إلَى أَنْ تُوُفِّيَتْ، وَقَدْ كَانَتْ أَرَادَتْ أَنْ تُطْعِمَ عَنْ ذَلِكَ فَسَأَلَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنْ كَانَ يَنْفَعُهَا الْإِطْعَامُ عَنْهَا فَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ زَكَاةً كَانَتْ عَلَيْهَا وَلَمْ تُوصِ بِهَا وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ عَلِمَ مِنْ أَبَوَيْهِ تَفْرِيطًا فِي الْفَرَائِضِ قَالَ مَالِكٌ يُطْعِمُ عَنْهُمَا فِي الصَّوْمِ مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مُدًّا إنْ شَاءَ وَلْيُؤَدِّ الزَّكَاةَ عَنْهُمَا، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فَلَا شَيْءَ فِي ذَلِكَ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ وَخُذْهَا بِمِيرَاثِك يَقْتَضِي أَنَّ أَخْذَ صَدَقَتِهِ لَا يَبْطُلُ بِرُجُوعِ مَا تَصَدَّقَ بِهِ إلَيْهِ بِالْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهَا إلَى الْمُتَصَدِّقِ بِالْمِيرَاثِ غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِهِ بَلْ بِمَوْتِ الْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ تَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُتَصَدِّقِ إذَا كَانَ يُحِيطُ بِمِيرَاثِهِ وَبِهَذَا فَارَقَتْ سِوَاهَا فَإِنَّهَا إنَّمَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ بِاخْتِيَارِهِ، أَوْ اخْتِيَارِ مَنْ جُعِلَ ذَلِكَ إلَيْهِ وَعَلَى تَجْوِيزِ ذَلِكَ جَمِيعُ الْفُقَهَاءِ وَشَذَّتْ فِرْقَةٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ فَكَرِهَتْ أَخْذَهَا بِالْمِيرَاثِ وَرَأَوْهُ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ، وَهَذَا سَهْوٌ مِنْهُمْ فَإِنَّ مِلْكَهَا بِالْمِيرَاثِ لَيْسَ مَوْقُوفًا عَلَى اخْتِيَارِهِ فَيُقَالُ لَهُ فِيهِ يَجُوزُ، أَوْ لَا يَجُوزُ وَيُجْبَرُ عَلَى أَخْذِهَا بِمَا يَلْزَمُهُ فِيهَا مِنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَالْكِسْوَةِ لَهَا وَالْإِسْكَانِ فِيهَا فَهِيَ بِالشَّرْعِ ثَابِتَةٌ فِي مِلْكِهِ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُمْ أَنْ يُوجِبُوا عَلَيْهِ إخْرَاجَهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَهَذَا بَاطِلٌ بِاتِّفَاقِ الْفُقَهَاءِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْأَمْرُ بِالْوَصِيَّةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ» يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَيْسَ حَقُّهُ أَنْ يَبِيتَ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ، وَإِنَّمَا مِنْ حَقِّهِ تَقْدِيمُ وَصِيَّتِهِ وَالتَّحَرُّزُ وَالِاسْتِظْهَارُ بِتَقْدِيمِهَا وَتَحْصِينُ مَالِهِ عَلَيْهِ بِهَا فَأَمَّا مَنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ

دَيْنٌ فَإِنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ ذَلِكَ بِمَعْنَى تُبَرِّئُهُ عَنْهَا وَالْوَصِيَّةُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ فِي وُجُوهِ مَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَنْ كَانَتْ عَلَيْهِ دُيُونٌ، فَقَدْ قَالَ كَثِيرٌ مِنْ مَشَايِخِنَا: إنَّ ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، قَالَ فِي النَّوَادِرِ: وَأَمَّا مَنْ عَلَيْهِ تَبَاعَةٌ، أَوْ مَا فَرَّطَ فِيهِ مِنْ كَفَّارَةٍ وَغَيْرِهَا مِنْ زَكَاةٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ بِمَا يُوصَى فِيهِ فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ يُوصَى بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِي تَرْكِ التَّطَوُّعِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّ ذَلِكَ عَلَى قِسْمَيْنِ، فَأَمَّا الدُّيُونُ الَّتِي جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ تَنْعَقِدَ بِهَا الْعُقُودُ

(145/6)

. . . .

[المنتقى]

وَلَيْسَتْ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كَالدُّيُونِ الَّتِي لَهَا قَدْرُ الْأَمَانَاتِ مِنْ الْوَدَائِعِ وَالْوَصَايَا تَكُونُ بِيَدِهِ مِنْ مَالِ أَيْتَامٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَا يَكُونُ مِنْ يَسِيرِ الدُّيُونِ الَّتِي تَتَكَرَّرُ وَتُؤَدَّى فِي كُلِّ يَوْمٍ وَتَزِيدُ وَتَنْقُصُ وَتَتَجَدَّدُ فَإِنَّ ذَلِكَ يَشُقُّ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَقْتَضِي أَنْ يُجَدِّدَ وَصِيَّتَهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَمَعَ السَّاعَاتِ، وَإِنَّمَا مَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي فِي الْأَمْوَالِ الَّتِي تَبْقَى، وَهَذَا عِنْدِي مَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ أَنْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْوُجُوبِ فَإِنَّ لَفْظَ الْحَقِّ أَظْهَرُ فِي الْوُجُوبِ وَإِنْ كَانَ يُحْتَمَلُ النَّدْبُ إذَا قَالَ: إنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ وَإِذَا أَضَافَ الْحَقَّ إلَيْهِ وَجَعَلَهُ لَهُ فَهَذَا أَظْهَرُ فِي النَّدْبِ فَإِنْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْوُجُوبِ فَالْمُرَادُ بِهِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الْحُقُوقِ الَّتِي تَكُونُ عَلَيْهِ مِمَّا لَا يَشُقُّ تَنْفِيذُهَا وَالْوَصِيَّةُ بِهَا، وَقَدْ يَكُونُ مَعْنَاهُ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ مَا يُؤَدَّى مِنْهُ تِلْكَ الْحُقُوقُ، وَإِذَا حَمَلْنَاهُ عَلَى النَّدْبِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْوَصِيَّةَ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ فِي وُجُوهِ الْقُرْبِ، وَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ: " لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ " الْمَالَ الْوَاسِعَ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ أَوْ أَقَلَّ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] قَالَ أَهْلُ التَّفْسِيرِ الْخَيْرُ الْمَالُ قَالَ قَتَادَةُ: الْخَيْرُ أَلْفُ دِينَارٍ فَمَا فَوْقَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – نَحْوَهُ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ لِابْنِ عُمَرَ حِينَ قَالَ لَهُ أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ وَلَهُ مَا بَيْنَ السَّبْعِمِائَةِ إلَى التِّسْعِمِائَةِ لَا تُوصِ فَإِنَّك لَمْ تَتْرُكْ خَيْرًا فَتُوصِي وَفِي الْجُمْلَةِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ وَلَا حَقَّ لِأَحَدٍ عِنْدَهُ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ،

وَإِنْ كَانَتْ مَنْدُوبًا إلَيْهَا مَعَ الْيَسَارِ وَعَلَى هَذَا جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ وَلَا خِلَافَ أَنَّ الصَّدَقَةَ الَّتِي يُنَفِّذُهَا فِي حَيَاتِهِ أَفْضَلُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَاهُ أَبُو زُرْعَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ «قَالَ رَجُلٌ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ حَرِيصٌ تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُمْهِلُ حَتَّى إذَا بَلَغَتْ الْحُلْقُومَ» قُلْت لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُوسِرِ فَقَدْ حَكَى ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ لِعَلِيلٍ ذَكَرَ الْوَصِيَّةَ لَهُ لَا تُوصِ إنَّمَا قَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {إِنْ تَرَكَ خَيْرًا} [البقرة: 180] وَأَنْتَ لَا تَتْرُكُ إلَّا الْيَسِيرَ دَعْ مَالَك لِبَنِيك وَكَانَ مَالُهُ مِنْ السَّبْعِمِائَةِ إلَى التِّسْعِمِائَةِ.

وَقِيلَ لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَيُوصِي مَنْ تَرَكَ أَرْبَعَمِائَةٍ وَلَهُ عِدَّةٌ مِنْ الْوَلَدِ بَنُونَ؟ فَقَالَتْ: مَا فِي هَذَا فَضْلٌ عَنْ وَلَدِهِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ لِسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ إنَّك إنْ تَذَرْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» .

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْمُوصِي] 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ» الْوَصِيَّةُ تَتَضَمَّنُ مُوصِيًا وَمُوصًى لَهُ وَمُوصًى بِهِ وَنَحْنُ نُفْرِدُ لِكُلِّ نَوْعٍ مِنْ ذَلِكَ بَابًا نُبَيِّنُ فِيهِ حُكْمَهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْمُوصِي) فَأَمَّا الْمُوصِي فَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُون عَاقِلًا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَدْ أَثْبَتَ فِيهَا بِالْكِتَابِ وَالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ مَا يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ مِنْ حَقٍّ عَلَيْهِ، أَوْ وَجْهِ بِرٍّ يُوصِي فِيهِ بِشَيْءٍ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ كَانَ مَنْ أَدْرَكْتُ يَكْتُبُونَ التَّشَهُّدَ قَبْلَ ذِكْرِ الْوَصِيَّةِ وَمَا زَالَ ذَلِكَ مِنْ شَأْنِ النَّاسِ بِالْمَدِينَةِ وَأَنَّهُ لَيُعْجِبُنِي وَأُرَاهُ حَسَنًا، قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: كُلُّ ذَلِكَ لَا بَأْسَ بِهِ تَشَهَّدَ، أَوْ لَمْ يَتَشَهَّدْ، وَقَدْ تَشَهَّدَ نَاسٌ فُقَهَاءُ صَالِحُونَ وَتَرَكَ ذَلِكَ بَعْضُ النَّاسِ وَهُوَ قَلِيلٌ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ لَمْ يَذْكُرْ مَالِكٌ كَيْفَ التَّشَهُّدُ وَرَوَى ابْنُ عَوْنٍ فِي وَصِيَّةِ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ قَالَ هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عَمْرَةَ بَنِيهِ وَأَهْلَهُ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ وَيُصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ وَيُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ أَوْصَاهُمْ بِمَا أَوْصَى بِهِ إبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ {يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ} [البقرة: 132] وَأَنْ لَا تَرْغَبُوا أَنْ تَكُونُوا إخْوَانًا لِلْأَنْصَارِ وَمَوَالِيهِمْ فَإِنَّ الْعِفَّةَ وَالصِّدْقَ خَيْرٌ وَأَبْقَى وَأَكْرَمُ مِنْ الرِّيَاءِ وَالْكَذِبِ، ثُمَّ أَوْصَى فِيمَا تَرَكَ إنْ حَدَثَ بِهِ حَادِثُ الْمَوْتِ

(ص) : (قَالَ يَحْيَى قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُوصِيَ إذَا أَوْصَى فِي صِحَّتِهِ، أَوْ فِي مَرَضِهِ بِوَصِيَّةٍ فِيهَا عَتَاقَةُ رَقِيقٍ مِنْ رَقِيقِهِ، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا بَدَا لَهُ وَيَصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ حَتَّى يَمُوتَ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَطْرَحَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ وَيُبَدِّلَهَا فَعَلَ إلَّا أَنْ يُدَبِّرَ مَمْلُوكًا فَإِنْ دَبَّرَ فَلَا سَبِيلَ إلَى تَغْيِيرِ مَا دَبَّرَ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ» قَالَ مَالِكٌ فَلَوْ كَانَ

[المنتقى]

قَبْلَ أَنْ يُعَيِّنَ وَصِيَّتَهُ ثُمَّ ذَكَرَ حَاجَتَهُ، قَالَ ابْنُ عَوْنٍ: فَذَكَرَ لَنَا نَافِعٌ مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ فَقَالَ: كَانَتْ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ تُوصِي بِهَذَا، وَحَدَّثَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانُوا يُوصُونَ أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، وَأَوْصَى مَنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ وَيُصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ إنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ وَأَوْصَى بِمَا أَوْصَى بِهِ إبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ {يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ} [البقرة: 132] وَأَوْصَى أَنَّهُ إنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ هَذَا قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ: قِيلَ لَهُ إنَّ رَجُلًا كَتَبَ فِي ذَلِكَ أُومِنُ بِالْقَدَرِ خَيْرِهِ وَشَرِّهِ حُلْوِهِ وَمُرِّهِ قَالَ: مَا أَرَى هَذَا أَلَا وَكُتُبُ الظَّفَرِيَّةِ وَالْإِبَاضِيَّةِ قَدْ كَتَبَ مَنْ مَضَى وَصَايَاهُمْ فَلَمْ يَكْتُبُوا مِثْلَ هَذَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ بِخَطِّهِ فَوُجِدَتْ فِي تَرِكَتِهِ وَعُرِفَ أَنَّهُ خَطُّهُ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ فَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْهَا حَتَّى يُشْهِدَ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَكْتُبُ وَلَا يَعْزِمُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ، وَلَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالشَّهَادَةِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى يَقُولَ: إنَّهَا وَصِيَّتِي وَإِنَّ مَا فِيهَا حَقٌّ وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْهَا وَكَذَلِكَ لَوْ قَرَءُوهَا وَقَالُوا: نَشْهَدُ أَنَّهَا وَصِيَّتُكَ وَأَنَّ مَا فِيهَا حَقٌّ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَءُوهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَرَءُوهَا وَقَالُوا: نَشْهَدُ فَقَالَ نَعَمْ، أَوْ قَالَ بِرَأْسِهِ نَعَمْ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَأْهَا عَلَيْهِمْ فَلْيَشْهَدُوا أَنَّهَا وَصِيَّتُهُ أَشْهَدَنَا عَلَى مَا فِيهَا.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ مَنْشُورَةً يَرَوْنَ أَنَّ جَمِيعَهَا مَكْتُوبَةٌ ثُمَّ نَظَرُوا إلَى تَقْيِيدِ الشَّهَادَةِ فِي أَثَرِهَا فَلْيَشْهَدُوا وَلَيْس عَلَيْهِمْ قِرَاءَةُ الْوَصِيَّةِ فَقَدْ يُرِيدُ التَّسَتُّرَ عَنْهُمْ بِمَا فِيهَا، وَقَدْ يَطُولُ عَقْدُ الْوَصِيَّةِ فَيَشُقُّ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ أَنْ يَقْرَأَهُ مَعَ غِنَاهُ عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَشْهَدُ عَلَى الْمُوصِي بِمَا أَشْهَدَهُ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ إنْفَاذُهُ أَنْفَذَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَجُوزُ إنْفَاذُهُ رَدَّ فَلَا شَيْءَ فِي ذَلِكَ عَلَى الشَّاهِدِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْعُقُودِ وَالسِّجِلَّاتِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ الِاسْتِدْعَاءَاتِ الَّتِي تَتَقَيَّدُ عَلَى عِلْمِ الشُّهُودِ فَهَذَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقْرَأَ جَمِيعَ

ذَلِكَ وَيَفْهَمَهُ؛ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ جَمِيعِهِ أَنَّهُ فِي عِلْمِهِ وَعَلَى ذَلِكَ يَكْتُبُ شَهَادَتَهُ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَتَصَفَّحَهُ لِيَعْلَمَ أَنَّ جَمِيعَهُ فِي عِلْمِهِ وَمِمَّا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ وَخَتَمَ عَلَيْهَا، وَقَالَ لِلشُّهُودِ اشْهَدُوا عَلَى مَا فِيهَا فَكَتَبُوا شَهَادَتَهُمْ ثُمَّ مَاتَ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ إنْ لَمْ يَشُكَّ الشَّاهِدُ فِي الطَّابَعِ فَلْيَشْهَدْ، وَإِنْ شَكَّ فَلَا يَشْهَدُ إذَا لَمْ يَكُنْ الْكِتَابُ عِنْدَهُ حَتَّى يَتَيَقَّنَ أَنَّهُ خَاتَمُهُ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يُفِضْ وَأَجْوَدُهُمْ عِنْدِي شَهَادَةُ الَّذِي الْوَصِيَّةُ فِي يَدَيْهِ وَالْآخَرُونَ يَشْهَدُونَ بِمَبْلَغِ عِلْمِهِمْ وَيَحْمِلُونَ مَا تَحَمَّلُوا، وَقَالَ أَيْضًا، وَأَمَّا الْآخَرُونَ فَلَا أَدْرِي كَيْفَ يَشْهَدُونَ؟ وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ جَاءَ بِكِتَابٍ مَخْتُومٍ يَقُولُ أَنَّهُ وَصِيَّتُهُ وَيَدْعُو الشُّهُودَ إلَى أَنْ يَشْهَدُوا عَلَيْهِ بِمَا فِيهَا فَإِنَّهُمْ إنْ يَخْتِمُوا عَلَيْهَا بِخَوَاتِيمِهِمْ فَلَمْ يَجُزْ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ لَمْ يَكْتُبْ فِيهَا شَيْئًا ثُمَّ يَكْتُبُ مَا شَاءَ بَعْدَ إشْهَادِهِ لَهُمْ وَيَزِيدُ إنْ شَاءَ عَلَى مَا كَانَ فِيهَا يَوْمَ الشَّهَادَةِ لَهُمْ فِيهِ وَدُونَ الشَّهَادَةِ عَلَى مَا لَمْ يَكُنْ أَشْهَدُهُمْ عَلَيْهِ يَوْمَ الْإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا أَحْدَثَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَأَمَّا إذَا رَأَوْا أَنَّهَا مَكْتُوبَةٌ فَإِنَّهَا تَجُوزُ لَهُمْ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِمَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَسْلَمُونَ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ، وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ عَلَى حَالِهَا عِنْدَ أَحَدِ الشُّهُودِ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنْ الشُّهُودِ فَقَالَ مَالِكٌ لَا أَدْرِي كَيْفَ يَشْهَدُونَ، وَأَمَّا إذَا أَخْتَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَيْهَا بِخَاتَمِهِ وَعَرَفَ خَتْمَهُ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ سَوَاءً كَانَ فِيهَا شَيْءٌ مَكْتُوبٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ وَقَيَّدَ فِيهَا الْمُوصِي مَا شَاءَ مِنْ الْأَبَاطِيلِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَضَرَّةَ عَلَى الشَّاهِدِ فِي ذَلِكَ.

(147/6)

الْمُوصِي لَا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ وَلَا مَا ذَكَرَ فِيهَا مِنْ الْعَتَاقَةِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ قَدْ حَبَسَ مَالَهُ الَّذِي أَوْصَى فِيهِ مِنْ الْعَتَاقَةِ وَغَيْرِهَا، وَقَدْ يُوصِي الرَّجُلُ فِي صِحَّتِهِ وَعِنْدَ سَفَرِهِ قَالَ مَالِكٌ فَالْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ غَيْرَ التَّدْبِيرِ)

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمُوصِيَ فِي صِحَّتِهِ، أَوْ مَرَضِهِ يَعْتِقُ بَعْضَ رَقِيقِهِ، أَوْ يَتَصَدَّقُ بِصَدَقَةٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَعْمَالِ الْبِرِّ فَإِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ عَقْدٌ جَائِزٌ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَهُ أَنْ يُغَيِّرَ مِنْ ذَلِكَ

مَا شَاءَ وَيُبْطِلَ مِنْهُ مَا شَاءَ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ أَوْ يُعَوِّضُ مِنْهُ غَيْرَهُ فِي صِحَّتِهِ، أَوْ مَرَضِهِ مَا لَمْ يَمُتْ فَإِذَا مَاتَ فَقَدْ لَزِمَتْ تِلْكَ الْوَصِيَّةُ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يُغَيِّرَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَلَا يُبْطِلَهُ وَلَا يُبَدِّلَهُ بِغَيْرِهِ فَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَإِنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ لَيْسَ لِمَنْ عَقَدَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ بِالْقَوْلِ وَلَا بِالْفِعْلِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ فِي كِتَابِ التَّدْبِيرِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالْفَرْقُ بَيْنَ التَّدْبِيرِ وَالْوَصِيَّةِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ عَقْدٌ جَائِزٌ وَعَقْدُ التَّدْبِيرِ عَقْدٌ لَازِمٌ يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي الرُّجُوعِ عَنْ الْوَصِيَّةِ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ وَلَا خِلَافَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ مَنْ أَجَازَ الرُّجُوعَ عَنْ التَّدْبِيرِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ فَكَذَلِكَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بِالْفِعْلِ وَإِذَا فَرَّقَ هُوَ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ فِي الرُّجُوعِ عَنْهُمَا بِالْقَوْلِ جَازَ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا فِي الرُّجُوعِ بَيْنَهُمَا بِالْفِعْلِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ» فَتَأَوَّلَ فِي ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ وَاجِبٌ، أَوْ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَأَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ ثُمَّ قَالَ فَلَوْ كَانَ الْمُوصِي لَا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ حَبَسَ مَالَهُ يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ كَانَتْ تَكُونُ مَانِعَةً لَهُ مِنْ تَصَرُّفِهِ فِي مَالِهِ فَمَتَى أَوْصَى بِعِتْقِهِ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ اسْتِرْقَاقُهُ وَلَا بَيْعُهُ وَإِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْإِنْفَاقُ مِنْهُ لَا سِيَّمَا عَلَى وَجْهِ الِاسْتِيعَابِ لَهُ وَفِي هَذَا إضْرَارٌ بِالنَّاسِ وَمَنْعٌ مِنْ الْوَصِيَّةِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَقَدْ يُوصِي الرَّجُلُ فِي صِحَّتِهِ وَعِنْدَ سَفَرِهِ يُرِيدُ أَنَّ مَنْ أَرَادَ السَّفَرَ قَدْ يُوصِي مَعَ كَوْنِهِ صَحِيحًا. وَقَدْ أَجْمَعَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ بَلْ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ عَلَى جَوَازِ تَغْيِيرِ ذَلِكَ وَالْوَصِيَّةُ تَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ مُقَيَّدَةً وَمُطْلَقَةً فَإِنْ كَانَتْ مُقَيَّدَةً مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إنْ مِتُّ فِي سَفَرِي هَذَا، أَوْ مِتُّ فِي مَرَضِي هَذَا فَيُنْفِذُ عَنِّي وَصِيَّةَ كَذَا وَكَذَا وَيَذْكُرُ مَا شَاءَ مِنْ عِتْقٍ، أَوْ صَدَقَةٍ فَهَذَا عِنْدَ مَالِكٍ وَصِيَّةٌ وَلَهُ أَنْ يُغَيِّرَهَا فَإِنْ لَمْ يُغَيِّرْهَا حَتَّى مَاتَ فِي مَرَضِهِ، أَوْ سَفَرِهِ فَهِيَ فِي ثُلُثِهِ قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ مُتَضَمِّنَةٌ قُرْبَةً شَرَطَ فِيهَا شَرْطًا لَا يُنَافِي الشَّرْعَ فَكَانَتْ عَلَى مَا شَرَطَ كَمَا لَوْ شَرَطَ فِيهَا التَّغْيِيرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ بَرِئَ مِنْ مَرَضِهِ أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ وَصِيَّتُهُ كَتَبَهَا، أَوْ لَمْ يَكْتُبْهَا وَأَشْهَدَ بِهَا فَإِنْ كَانَ كَتَبَهَا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ وَضَعَ الْكِتَابَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ، أَوْ أَقَرَّهُ عِنْدَهُ فَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ فَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ تَنْفُذُ فِي ثُلُثِهِ قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ وَلَمْ أَرَ فِي ذَلِكَ خِلَافًا بَيْنَ أَصْحَابِنَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا أَثْبَتَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ وَخَصَّ ذَلِكَ بِأَنْ وَضَعَهُ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ أَبْقَى الْكِتَابَ

بَعْدَ الْبُرْءِ، أَوْ الْقُدُومِ عَلَى حَالَتِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ مِمَّنْ وَضَعَهُ عَلَى يَدِهِ حَتَّى مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ وَجْهٌ مِنْ اسْتِدَامَةِ الْوَصِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ بَرِئَ مِنْ مَرَضِهِ فَأَخَذَ الْكِتَابَ مِنْ عِنْدِ مَنْ كَانَ عِنْدَهُ ثُمَّ مَاتَ فَوُجِدَ الْكِتَابُ عِنْدَ الْمُوصِي فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اسْتِرْجَاعَهُ لِلْكِتَابِ مِنْ عِنْدِ مَنْ وَضَعَهُ عَلَى يَدِهِ تَغْيِيرٌ لِحَالِهِ الَّتِي كَانَ عَلَيْهَا عَلَى وَجْهِ الْإِجَازَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ تَرَكَ اسْتِدَامَتَهُ كَتَمْزِيقِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ إنَّمَا كَتَبَهُ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ وَأَمْسَكَهُ عِنْدَ نَفْسِهِ ثُمَّ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ، أَوْ بَرِئَ مِنْ مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَمُوتَ فِي مَرَضٍ، أَوْ سَفَرٍ، أَوْ فِي غَيْرِ مَرَضٍ

(148/6)

. . . .

[المنتقى]

وَلَا سَفَرٍ فَإِنْ مَاتَ فِي مَرَضٍ آخَرَ، أَوْ سَفَرٍ آخَرَ فَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّ وَصِيَّتَهُ نَافِذَةٌ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّ رِوَايَةَ ابْنِ الْقَاسِمِ الْأُخْرَى عَنْهُ أَحْسَنُ أَنَّهَا إنْ كَانَتْ عِنْدَهُ فَهِيَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَتْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَجَازَتْ وَقَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَسَوَاءٌ مَاتَ فِي مَرَضٍ، أَوْ سَفَرٍ، أَوْ فِي غَيْرِ مَرَضٍ وَلَا سَفَرٍ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ أَقَرَّ كِتَابَ وَصِيَّتِهِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْطُلْ بِبُرْئِهِ مِنْ مَرَضِهِ وَلَا بِقُدُومِهِ مِنْ سَفَرِهِ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا وَضَعَهَا عَلَى يَدِ غَيْرِهِ فَأَقَرَّهَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ كِتَابَ وَصِيَّتِهِ وُجِدَ عِنْدَهُ بَعْدَ الْبُرْءِ وَالْإِيَابِ فَوَجَبَ أَنْ تُبْطِلَ وَصِيَّتُهُ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا وَضَعَهَا بِيَدِ غَيْرِهِ وَقَبَضَهَا مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ فِي غَيْرِ مَرَضٍ وَلَا سَفَرٍ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلٌ، وَلَوْ مَاتَ فِي مَرَضٍ آخَرَ، أَوْ سَفَرٍ آخَرَ لَصَحَّتْ وَصِيَّتُهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ الِاسْتِحْسَانَ غَيْرُ الْقِيَاسِ إنْ مَاتَ فِي غَيْرِ سَفَرٍ وَلَا مَرَضٍ أَنْ تَجُوزَ وَصِيَّتُهُ

إذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَيسَ قَصْدُ النَّاسِ فِي ذِكْرِ الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ تَخْصِيصَ ذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَتَبَ إنْ مِتُّ فِي سَفَرِي أَوْ مِنْ مَرَضِي فَبَغَتَهُ الْمَوْتُ قَبْلَ أَنْ يُسَافِرَ أَنَّ وَصِيَّتَهُ نَافِذَةٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ هَذِهِ أَشْهَدَ عَلَيْهَا وَلَمْ يُقَيِّدْهَا فِي كِتَابٍ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ أَنْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ، أَوْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ يَكُونُ فِي اسْتِدَامَتِهِ اسْتِدَامَةٌ لَهَا وَالْإِشْهَادُ إنَّمَا اخْتَصَّ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ فَلَمْ يُنْفِذْهُ إلَى غَيْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ مُطْلَقَةً غَيْرَ مُقَيَّدَةٍ بِحَالٍ وَلَا وَقْتٍ فَسَوَاءٌ كَانَتْ مَكْتُوبَةً، أَوْ غَيْرَ مَكْتُوبَةٍ فَإِنَّهَا نَافِذَةٌ مَتَى مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُغَيِّرَهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا غَيْرُ مُخْتَصَّةٍ بِحَالٍ وَلَا وَقْتٍ فَاقْتَضَتْ التَّنْفِيذَ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَفِي كُلِّ وَقْتٍ؛ لِأَنَّ مَنْ قَالَ: إذَا مِتُّ فَأَعْتِقُوا عَبْدِي اقْتَضَى ذَلِكَ الْأَمْرَ بِالْعِتْقِ مَتَى مَاتَ وَعَلَى أَيِّ حَالٍ مَاتَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ الَّتِي يَلْحَقُهَا التَّغْيِيرُ] 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَّ لَهُ أَنْ يُغَيِّرَ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ فِيهِ بَابَانِ:.

الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ الَّتِي يَلْحَقُهَا التَّغْيِيرُ.

وَالْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ التَّغْيِيرِ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْوَصِيَّةِ الَّتِي يَلْحَقُهَا التَّغْيِيرُ) قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُغَيِّرَ وَصِيَّتَهُ وَيَرْجِعَ عَنْهَا أَوْصَى فِي صِحَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ، أَوْ عِنْدَ سَفَرٍ بِعِتْقٍ، أَوْ غَيْرِهِ، قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَرْجِعُ فِي مَرَضِهِ وَبَعْدَ صِحَّتِهِ إلَّا فِيمَا بَتَلَ يُرِيدُ فِيمَا بَتَلَ عِتْقَهُ مِنْ عِتْقٍ مُؤَجَّلٍ، أَوْ مُعَجَّلٍ، أَوْ تَدْبِيرٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ جَائِزٌ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ وَالْعِتْقُ عَقْدٌ لَازِمٌ مُعَجَّلًا كَانَ، أَوْ مُؤَجَّلًا، وَكَذَلِكَ التَّدْبِيرُ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إنْ قَالَ إنْ مِتُّ فَعَبْدِي حُرٌّ، أَوْ قَالَ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ إنْ مِتُّ فَأَعْتِقُوهُ فَذَلِكَ سَوَاءٌ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: يُرِيدُ وَهِيَ وَصِيَّةٌ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: إنَّهُ مُدَبَّرٌ إنْ لَمْ أُحْدِثْ فِيهِ حَدَثًا فَهِيَ وَصِيَّةٌ، وَلَوْ قَالَ عَبْدِي مُدَبَّرٌ يُرِيدُ بَعْدَ مَوْتِي فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ وَتَفَكَّرَ فِيهَا سَحْنُونٌ وَلَمْ يَقُلْ شَيْئًا وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ الْمَخْزُومِيِّ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُحْمَلُ عَلَى تَدْبِيرِ الْمَيِّتِ قِيلَ لَهُ: إنَّهُ عَالِمٌ فَتَوَقَّفَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إنَّمَا أَثْبَتَ التَّدْبِيرَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، لَكَانَ لَهُ

الرُّجُوعُ، فَبِأَنْ يَكُونَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي التَّدْبِيرِ أَوْلَى، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ التَّدْبِيرَ عَقْدٌ لَازِمٌ، وَإِنَّمَا يَقْتَضِي الْعِتْقَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا ظَاهِرُ لَفْظِهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِتَدْبِيرِهِ الْآنَ كَأَنَّهُ قَالَ إذَا مِتُّ عَتَقَ الْمُدَبَّرُ فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إنَّهُ عَالِمٌ بِمَعَانِي الْأَلْفَاظِ وَبِمَا يَتَعَلَّقُ مِنْهَا عَلَى الشَّرْطِ وَعَلَى الْحُكْمِ تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ إنْ مِتُّ: مِنْ مَرَضِي فَعَبْدِي مُدَبَّرٌ فَلَا يَرْجِعُ فِيهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ يُتْرَكُ عَلَى التَّدْبِيرِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَعْلِيقَهُ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ لَا يُؤَثِّرُ فِي التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ التَّدْبِيرِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَوْتِ وَلَكِنَّهُ عَلَى وَجْهٍ لَازِمٍ لَا رُجُوعَ لِلْمُدَبِّرِ فِيهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(مَسْأَلَةٌ)

(149/6)

. . . .

[المنتقى]

وَمَنْ قَالَ: فُلَانٌ حُرٌّ يَوْمَ أَمُوتُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ أَرَادَ التَّدْبِيرَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ وَإِلَّا فَهِيَ وَصِيَّةٌ، وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ أَنَّ كُلَّ عِتْقٍ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ حَتَّى يَنُصَّ عَلَى التَّدْبِيرِ فَيَقُول عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ قَالَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ إحْدَاثِ وَصِيَّةٍ فَهُوَ تَدْبِيرٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا عَتَقَ الْمَرِيضُ، أَوْ الْحَامِلُ أَوْ تَصَدَّقَ وَلَمْ يَقُلْ إنْ مِتُّ ثُمَّ صَحَّ فَقَالَ أَرَدْت إنْ مِتُّ، وَقَالَ الشُّهُودُ ظَنَنَّا أَنَّهُ أَرَادَ الْبَتْلَ قَالَ عَلِيٌّ عَنْ مَالِكٍ يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ بِمَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى قَصْدِهِ.

وَقَالَ عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ بَعْضُ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى بَعْضٍ مَا قَالَا عَنْهُ، فَإِنْ رَأَى أَنَّهُ أَرَادَ الْوَصِيَّةَ فَهِيَ وَصِيَّةٌ يَرْجِعُ فِيهَا وَإِلَّا فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَتَنْفُذُ، وَقَالَ عَنْهُ عَلِيٌّ فِي مَرِيضٍ قِيلَ لَهُ أَوْصِ فَقَالَ فُلَانٌ حُرٌّ ثُمَّ صَحَّ فَقَالَ أَرَدْت بَعْدَ مَوْتِي فَذَلِكَ لَهُ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ لَفْظَ إيقَاعِ الْعِتْقِ وَالصَّدَقَةِ ظَاهِرُهُ الْبَتْلُ وَتَعْلِيقُهُ ذَلِكَ بِشَرْطٍ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ فَإِنْ تَبَيَّنَ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِ الْعَقْدِ وَمَا قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ قَلَّدَ مِنْ ذَلِكَ مَا نَقَلُوهُ لِدَلَالَةِ مَا قُلْنَاهُ لَهُ، وَإِنْ عَرَا عَنْ ذَلِكَ حُمِلَ عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ وَمُقْتَضَاهُ الْبَتْلُ، وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ الْمَخْزُومِيّ فِيمَنْ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ: لِفُلَانٍ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ صَدَقَةً وَعَبْدِي فُلَانٌ حُرٌّ وَفُلَانٌ مُدَبَّرٌ ثُمَّ رَجَعَ بَعْدَ أَنْ صَحَّ، وَقَالَ: لَمْ أَقُلْ

فَذَلِكَ لَهُ إلَّا فِي التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إلَى عَقْدِ وَصِيَّتِهِ فَكَانَ لَفْظُهَا مَحْمُولًا عَلَى مَعْنَاهَا إلَّا مَا يَخْتَصُّ بِاللُّزُومِ مِنْ التَّدْبِيرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَإِنْ عَرَا عَنْ ذَلِكَ حُمِلَ عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ وَمُقْتَضَاهُ الْبَتْلُ، وَأَمَّا إذَا قِيلَ: أَوْصِ، فَقَالَ: فُلَانٌ حُرٌّ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْت الْوَصِيَّةَ فَإِنَّ قَوْلَهُ لَمَّا كَانَ جَوَابًا لِمَا عُرِضَ عَلَيْهِ مِنْ الْوَصِيَّةِ فَكَانَ الظَّاهِرُ حَمْلَهُ عَلَيْهَا، وَهَذَا لِمَنْ حَمَلَ اللَّفْظَ عَلَى مُقْتَضَى سَبَبِهِ ظَاهِرٌ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ تَغْيِيرِ الْوَصِيَّةِ]

(الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ تَغْيِيرِ الْوَصِيَّةِ) وَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

أَحَدُهَا: الزِّيَادَةُ فِيهَا، وَالثَّانِي: النَّقْصُ مِنْهَا وَالثَّالِثُ إبْطَالُهَا جُمْلَةً فَأَمَّا الزِّيَادَةُ فِيهَا فَإِنَّهَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَزِيدَ فِي وَصِيَّتِهِ لِغَيْرِ الْمُوصَى لَهُ أَوَّلًا، وَالثَّانِي: أَنْ يَزِيدَ فِي وَصِيَّتِهِ لِلْمُوصَى لَهُ أَوَّلًا، فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ لَا تَنَافِيَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ وَالْمَزِيدِ عَلَيْهَا سَوَاءٌ كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ، أَوْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ إلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ الزِّيَادَةُ عَلَى الثُّلُثِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَعَلِيٌّ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ أَشْهَدَ عَلَيْهَا ثُمَّ أَوْصَى بِأُخْرَى عِنْدَ الْمَوْتِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْأُولَى فَإِنَّهُمَا جَائِزَتَانِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ لِلْأَوَّلِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ مِنْ جِنْسِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِهَا فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الثَّانِيَةُ مِثْلَ الْأُولَى، أَوْ أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَعَبْدِ الْمَلِكِ وَغَيْرِهِمْ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِدَنَانِيرَ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِدَنَانِيرَ أَقَلَّ عَدَدًا أَوْ أَكْثَرَ فَإِنَّ لَهُ أَكْثَرَ الْوَصِيَّتَيْنِ، وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ أَوْصَى لَهُ بِعَشَرَةٍ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِخَمْسَةٍ فَلَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ أَوَّلًا بِخَمْسَةٍ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِعَشَرَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ عَشَرَةٍ، وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ، وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّتَانِ فِي عَقْدَيْنِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ هَاتَيْنِ وَصِيَّتَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَكَانَ لَهُ أَكْثَرُهُمَا كَمَا لَوْ كَانَتْ الْأُولَى أَقَلَّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ إذَا بَدَأَ بِالْأَقَلِّ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِأَكْثَرَ مِنْهَا كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ الزِّيَادَةَ فِي وَصِيَّتِهِ وَقَدْ أَعْمَلَ الْوَصِيَّتَيْنِ وَإِذَا بَدَأَ بِالْأَكْثَرِ ثُمَّ أَوْصَى بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَالظَّاهِرُ جَمْعُهُ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى الزِّيَادَةِ وَفِيهِ إعْمَالُ الْوَصِيَّتَيْنِ وَلَوْ أَعْطَاهُ أَوَّلَاهُمَا؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ لَكِنَّا قَدْ أَلْغَيْنَا الْأَخِيرَةَ وَهِيَ أَحَقُّ بِالْإِثْبَاتِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَهُ أَكْثَرُ الْعَدَدَيْنِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَتْ الْوَصِيَّتَانِ فِي كِتَابَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا

أَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ فِي كِتَابٍ وَاحِدٍ فَإِنْ سَمَّى لَهُ أَوَّلًا عَدَدًا ثُمَّ سَمَّى لَهُ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَهُ الْأَكْثَرُ وَإِنْ سَمَّى لَهُ فِي الثَّانِي أَقَلَّ مِنْ الْأَوَّلِ فَلَهُ الْعَدَدُ إنْ قَالَ: لِأَنَّهُ إذَا بَدَأَ فِي كِتَابٍ

(150/6)

. . . .

[المنتقى]

وَاحِدٍ بِخَمْسَةٍ ثُمَّ ثَنَّى بِعَشَرَةٍ جَازَ أَنْ يُقَالَ عَشَرَةٌ مِنْهَا الْأُولَى، وَلَوْ قَالَ أَوَّلًا عَشَرَةٌ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقُولَ بَعْدَهَا خَمْسَةٌ مِنْهَا الْعَشَرَةُ الْأُولَى وَسَوَّى ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ الْكِتَابِ وَالْكِتَابَيْنِ وَجَعَلَ لَهُ الْأَكْثَرَ بَدَأَ بِالْأَقَلِّ، أَوْ الْأَكْثَرَ وَقَدْ تَقَدَّمَ تَوْجِيهُهُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَلَى حَسْبِ مَا تَقَدَّمَ تَجْرِي الْوَصِيَّتَانِ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعُرُوضِ الَّتِي تُكَالُ وَتُوزَنُ، أَوْ لَا تُكَالُ وَلَا تُوزَنُ وَالْحَيَوَانِ وَالدُّورِ وَالثِّيَابِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ ذَلِكَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَأَمَّا الْعُرُوض فَلَهُ الْوَصِيَّتَانِ تَفَاضَلَ ذَلِكَ، أَوْ تَسَاوَى كَانَا فِي كِتَابٍ، أَوْ كِتَابَيْنِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُمَا وَصِيَّتَانِ مُتَمَاثِلَتَانِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ التَّمَاثُلَ فِي الْعُرُوضِ مَعْدُومٌ، وَلِذَلِكَ يُقْضَى فِيهَا بِالْقِيمَةِ فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِهِمَا كَالْمُخْتَلِفِينَ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَلَا خِلَافَ أَنَّ الدَّرَاهِمَ مِنْ سِكَّةٍ وَاحِدَةٍ مُتَمَاثِلَةٍ، وَكَذَلِكَ الْأَفْرَاسُ وَالْإِبِلُ وَالْعَبِيدُ، وَأَمَّا الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُمَا مُتَمَاثِلَانِ؛ لِأَنَّهُمَا صِنْفٌ وَاحِدٌ وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُمَا غَيْرُ مُتَمَاثِلَيْنِ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْمَوَّازِ، وَكَذَلِكَ الْقَمْحُ وَالشَّعِيرُ وَالدَّرَاهِمُ وَالسَّبَائِكُ مِنْ الْفِضَّةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مِنْ أَنَّهُمَا صِنْفٌ وَاحِدٌ يُرِيدُ فِي الزَّكَاةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُمَا غَيْرُ مُتَمَاثِلَيْنِ فِي الصُّورَةِ وَالْقِيمَةِ وَهُمَا جِنْسَانِ، وَلِذَلِكَ جَازَ فِيهِمَا التَّفَاضُلُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُمَا.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا: إنَّ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ مُتَمَاثِلَانِ فَأَوْصَى لَهُ بِدَنَانِيرَ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِدَرَاهِمَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ

حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْأَقَلُّ وَالْأَكْثَرُ بِالصَّرْفِ.
– 1
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ أَوْصَى بِعَدَدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْجِنْسِ وَالْعَدَدِ مِثْلُ أَنْ يُوصَى لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ ثُمَّ يُوصَى لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ فَإِنَّ لَهُ الْعَدَدَيْنِ جَمِيعًا رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعَلَى هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ أَنَّ الْوَصِيَّتَيْنِ إذَا كَانَتَا مُتَمَاثِلَتَيْنِ فِي الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ فَإِنَّ لَهُ إحْدَاهُمَا لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ الثَّانِيَةُ تَكْرَارًا، أَوْ تَأْكِيدًا وَهُوَ يَنْحُو إلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِهِ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِنْ كَانَ مَا أَوْصَى بِهِ مُعَيَّنًا كَعَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ آخَرَ بِعَيْنِهِ فَلَهُ الْوَصِيَّتَانِ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ يَمْنَعُ أَنْ يُرِيدَ بِالْوَصِيَّةِ الثَّانِيَةِ الْأُولَى فَوَجَبَ أَنْ يَجْمَعَا لَهُ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَصِيَّةٍ مُقْتَضَاهَا فَيَلْزَمُ إنْفَاذُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَطْرَأْ رُجُوعٌ عَنْهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِشَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُعَيَّنَةً كَدَنَانِيرَ وَدَرَاهِمَ عَلَى رَأْيِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَإِنَّ لَهُ الْوَصِيَّتَيْنِ جَمِيعًا مُعَيَّنَتَيْنِ كَانَتَا، أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَتَيْنِ فِي كِتَابٍ وَاحِدٍ، أَوْ فِي كِتَابَيْنِ بَدَأَ بِالْأَقَلِّ، أَوْ الْأَكْثَرِ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسِ وَالِاسْمِ يَمْنَعُ أَنْ يُرِيدَ بِالثَّانِيَةِ الْأُولَى فَلَزِمَ أَنْ تُحْمَلَ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَجْمَعَهُمَا لَهُ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثَيْ مَالِهِ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثٍ يُحَاصُّ بِالْأَكْثَرِ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَمَاثِلَانِ فِي اللَّفْظِ وَالْجِنْسِ فَكَانَ لَهُ أَكْثَرُهُمَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِخَمْسَةٍ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثٍ ثُمَّ أَوْصَى بِثُلُثٍ آخَرَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُحَاصُّ بِثُلُثٍ وَاحِدٍ وَإِلَّا ثَلَاثٌ كَالدَّنَانِيرِ لَا تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا وَكَانَ يَجِيءُ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِنَا أَنْ يُحَاصِصَ بِالثُّلُثَيْنِ إلَّا أَنْ يُرِيدَ كَوْنَهُ مَمْنُوعًا مِنْ الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ يَقْتَضِي حَمْلَ الْوَصِيَّةِ الثَّانِيَةِ عَلَى أَنَّهَا هِيَ الْأُولَى وَلِاتِّفَاقِهِمَا فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى مَعَ كَوْنِهِ مَمْنُوعًا مِنْ الزِّيَادَةِ عَلَى لَفْظِ الْأَوَّلِ كَثُرَ مَالُهُ، أَوْ قَلَّ وَهُوَ بِخِلَافِ مَنْ أَوْصَى بِعَدَدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِمِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ قَدْ اسْتَغْرَقَ الثُّلُثَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَزِيدُ الْمَالُ فَيَكُونُ لِلْعَدَدِ الْبَاقِي مَحَلٌّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُمَّ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ، أَوْ بِعِدَّةِ دَنَانِيرَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُحَاصُّ

. . . .

[المنتقى]

بِالثُّلُثِ وَبِعَدَدِ الدَّنَانِيرِ أَوْ الْعَبْدِ يُرِيدُ قِيمَتَهُ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ سَحْنُونٌ مَعْنَاهُ عِنْدِي أَنَّ مَالَهُ عَيْنٌ كُلُّهُ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَضْرِبُ لَهُ بِأَكْثَرِ الْوَصِيَّتَيْنِ مِنْ الْعَدَدِ وَالثُّلُثِ قَالَ أَصْبَغُ: وَفِيهَا شَيْءٌ وَلَهَا تَفْسِيرٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ وَبِعَدَدِ دَنَانِيرَ مُخْتَلِفَانِ فَوَجَبَ أَنْ يَجْمَعَا لِلْمُوصَى لَهُ كَالْوَصِيَّةِ بِالدَّنَانِيرِ وَالْعَبْدِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَالَهُمَا إلَى جِنْسٍ وَاحِدٍ مُتَمَاثِلٍ فِي النَّوْعِ، وَقَوْلُ سَحْنُونٍ فِي الَّذِي يُحَاصِصُ بِالثُّلُثِ وَبِعَدَدِ الدَّنَانِيرِ مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ التَّرِكَةِ عَيْنًا، وَلِذَلِكَ جَعَلَ الثُّلُثَ مِنْ جِنْسِ عَدَدِ الدَّنَانِيرِ فَعَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ يُحْمَلُ قَوْلُهُ عَلَى أَنَّهُ تُجْمَعُ لَهُ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَيْنٌ وَعَرَضٌ وَلَا يُحْمَلُ قَوْلُهُ أَنَّهُ يُجْمَعُ لَهُ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَيْنٌ وَعَرَضٌ وَيُحْمَلُ قَوْلُهُ يُقْضَى لَهُ بِأَكْثَرِهِمَا عَلَى أَنَّهُ عَيْنٌ كُلُّهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ الْمَالُ عَرَضًا كُلُّهُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ يُعْطَى الْوَصِيَّتَيْنِ إذَا أَجَازَ الْوَرَثَةُ، وَإِنْ لَمْ يُجِيزُوا مَعَهُ وَصَايَا ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَبِالْعَدَدِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْوَصَايَا فَلَيْسَ لَهُ إلَّا الثُّلُثَ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَدَدَيْنِ مِنْ جِنْسِ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ عَرَضٌ وَالْعَدَدُ عَيْنٌ فَلِذَلِكَ جُمِعَا لَهُ فِي الْمُحَاصَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ نَاضٌّ وَعَرَضٌ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ وَأَصْبَغَ يُضْرَبُ لَهُ بِثُلُثِ الْعَرَضِ، أَوْ بِالْأَكْثَرِ مِنْ الْعَدَدِ الْمُوصَى بِهِ وَمِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ وَوَجْهُهُ أَنَّ ثُلُثَ الْعُرُوضِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْعَيْنِ فَلَهُ ثُلُثُ الْعُرُوضِ وَثُلُثُ الْعَيْنِ مِنْ جِنْسِ الْعَدَدِ فَكَانَ لَهُ أَكْثَرُهُمَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ تَغْيِيرِ الْوَصِيَّةِ بِالزِّيَادَةِ فِيهَا، وَأَمَّا حُكْمُهَا بِالنَّقْصِ مِنْهَا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِالنَّصِّ عَلَى النَّقْصِ مِنْهَا، أَوْ يُوصَى بِبَعْضِهَا لِغَيْرِهِ فَأَمَّا النَّصُّ عَلَى النَّقْصِ مِنْهَا، فَمِثْلُ أَنْ يُوصَى لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ ثُمَّ يَقُولُ: رُدُّوهَا إلَى ثَمَانِيَةٍ أَوْ اجْعَلُوهَا لَهُ ثَمَانِيَةً، أَوْ نَسَخْت مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْوَصِيَّةِ بِالْعَشَرَةِ وَأَنَا أُوصِي لَهُ الْآنَ بِثَمَانِيَةٍ فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إلَّا مَا أَقَرَّهُ آخِرًا، وَأَمَّا تَغْيِيرُ الْوَصِيَّةِ بِالْفِعْلِ فَهُوَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَعْيَانِ دُونَ غَيْرِهَا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَفْعَلَ فِي الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا مَا لَا يَفْعَلُهُ إلَّا فِي مَالِهِ، وَهَذَا عَلَى

أَصْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَمَّا أَشْهَبُ فَإِنَّهُ يُرَاعِي الْأَسْمَاءَ وَسَنُبَيِّنُ ذَلِكَ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَزِيرَةٍ ثُمَّ لَتَّهَا بِعَسَلٍ، أَوْ سَمْنٍ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِعَبْدٍ ثُمَّ عَلَّمَهُ الْكِتَابَ وَرَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِيمَا كَانَ أَوْصَى لَهُ وَالزِّيَادَةُ فِيمَا أَوْصَى بِهِ لَا تَأْثِيرَ لَهَا فِي إبْطَالِ الْوَصِيَّةِ لَا سِيَّمَا مَعَ بَقَاءِ الِاسْمِ الَّذِي عُلِّقَتْ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَيْسَ بِرُجُوعٍ عَنْ الْوَصِيَّةِ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ: يَكُونُ الْوَرَثَةُ شُرَكَاءَ بِقَدْرِ اللِّتَاتِ، وَكَذَلِكَ صَبْغُ الثَّوْبِ وَبِنَاءُ الدَّارِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ الثَّوْبُ يَصْبُغُهُ لِلْمُوصَى لَهُ قَالَ أَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ غَسَلَهُ، أَوْ كَانَتْ دَارًا فَجَصَّصَهَا، أَوْ زَادَ فِيهَا بِنَاءً وَأَوْصَى لَهُ بِسَوِيقٍ ثُمَّ لَتَّهُ وَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ مِنْهُ وَصِيَّةٌ بِالصَّبْغِ وَالسَّمْنِ فَكَانَ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْمُوصِي، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ مُوصًى بِهِ ثُمَّ أَضَافَ إلَيْهِ مَا لَا يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ بَلْ هُوَ مَحْمُولٌ فِيمَا أَوْصَى بِهِ كَانَ ظَاهِرُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَضَافَهُ إلَيْهِ فِي الْوَصِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ ثُمَّ آجَرَهُ، أَوْ رَهَنَهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِرُجُوعٍ وَيُفْدَى الرَّهْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ وَصُورَةَ الْمُوصِي بِهِ بَاقِيَةٌ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى مِلْكِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ ثُمَّ بَاعَهُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ فِيهِ، وَإِنْ اشْتَرَاهُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ، قَالَ أَشْهَبُ: وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ثُمَّ صَارَ لَهُ بِابْتِيَاعٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ مِيرَاثٍ فَالْوَصِيَّةُ فِيهِ نَافِذَةٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُرَاعَى فِي الْمُوصَى بِهِ حَالُهُ عِنْدَ وُجُوبِ الْوَصِيَّةِ بِمَوْتِ الْمُوصِي فَإِنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ ذَلِكَ الْوَقْتَ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ وَإِلَّا بَطَلَتْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

– 1

(152/6)

. . . .

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِغَزْلٍ فَحَاكَهُ ثَوْبًا فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ هُوَ رُجُوعٌ عَنْ الْوَصِيَّةِ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ الَّذِي أَوْصَى فِيهِ فَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبُرْدٍ فَقَطَعَهُ قَمِيصًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ رُجُوعٌ عَنْ الْوَصِيَّةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِقَمِيصٍ فَقَطَعَهُ قَبَاءً، أَوْ جُبَّةً فَرَدَّهَا قَمِيصًا، أَوْ بِبِطَانَةٍ ثُمَّ بَطَّنَ بِهَا ثَوْبًا، أَوْ بِظِهَارَةٍ ثُمَّ ظَهَّرَ بِهَا ثَوْبًا، أَوْ بِقُطْنٍ ثُمَّ حَشَا بِهِ، أَوْ غَزَلَهُ، أَوْ بِفِضَّةٍ ثُمَّ صَاغَهَا خَاتَمًا، أَوْ بِشَاةٍ ثُمَّ ذَبَحَهَا لَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ بِذَلِكَ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ الِاسْمُ الَّذِي أَوْصَى فِيهِ وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا قَالَ: ثَوْبِي لِزَيْدٍ ثُمَّ قَطَعَهُ قَمِيصًا، أَوْ لَبِسَهُ فِي مَرَضِهِ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ وَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ قَالَ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِشَقَّةٍ ثُمَّ قَطَعَهَا قَمِيصًا، أَوْ سَرَاوِيلَ كَانَ رُجُوعًا لِتَغْيِيرِ الِاسْمِ فَاتَّفَقَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَلَى مُرَاعَاةِ الِاسْمِ الَّذِي عُلِّقَتْ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ فَإِذَا عُمِلَ فِيهِ عَمَلًا أَزَالَ ذَلِكَ الِاسْمَ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَإِذَا لَمْ يُزِلْ الْعَمَلُ الِاسْمَ فَالْوَصِيَّةُ بَاقِيَةٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَلَمَّا كَانَ اسْمُ الثَّوْبِ يَقَعُ عَلَى الشُّقَّةِ قَبْلَ الْقَطْعِ وَبَعْدَهُ لَمْ تَبْطُلْ الْوَصِيَّةُ بِقَطْعِهِ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ لَا يُزِيلُ عَنْهُ اسْمَ الثَّوْبِ وَلَمَّا كَانَتْ الشَّقَّةُ لَا تَقَعُ عَلَى الثَّوْبِ إلَّا قَبْلَ الْقَطْعِ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْقَطْعِ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ عَنْهُ الِاسْمَ الَّذِي عُلِّقَتْ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِعَرْصَةٍ ثُمَّ بَنَاهَا دَارًا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ: ذَلِكَ رُجُوعٌ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِدَارٍ فَهَدَمَهَا وَصَيَّرَهَا عَرْصَةً فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِعَرْصَةٍ وَبِنَاءٍ فَأَزَالَ الْبِنَاءَ وَأَبْقَى الْعَرْصَةَ، وَهَذَا رُجُوعٌ مِنْ أَشْهَبَ فِي تَعَلُّقِهِ بِالْأَسْمَاءِ إلَّا أَنْ يَلْتَزِمَ ذَلِكَ فِي الزِّيَادَةِ دُونَ النَّقْصِ فَيَكُونُ اسْمُ الدَّارِ وَاقِعًا عَلَى الْبِنَاءِ وَالْعَرْصَةِ وَنَائِبًا عَنْهَا فَإِذَا أَزَالَ الْبِنَاءَ بَقِيَتْ الْعَرْصَةُ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنْ الصِّفَةِ وَالِاسْمِ وَكَانَ يَلْزَمُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ إذَا أَوْصَى بِعَرْصَةٍ فَبَنَاهَا أَنْ لَا تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ بِالْعَرْصَةِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ وَأَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا أَوْصَى لَهُ بِعَرْصَةٍ فَبَنَاهَا كَانَا شَرِيكَيْنِ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ مِنْ الْعَرْصَةِ.

وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ قَدْ زَادَ فِي الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا زِيَادَةً غَيَّرَتْ الِاسْمَ فَكَانَ تَغْيِيرًا لِلْوَصِيَّةِ كَنَسْجِ الْغَزْلِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الزِّيَادَةَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ عَلَى حَالِهَا لَا تُغَيِّرُ الْوَصِيَّةَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ النَّسْجُ فَإِنَّهُ قَدْ

غَيَّرَ عَيْنَ الْغزْلِ، وَأَمَّا الْعَرْصَةُ فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ قَبْلُ فَأُضِيفَ إلَيْهَا مَعْنًى آخَرَ وَهُوَ الْبِنَاءُ كَمَا أُضِيفَ اللِّتَاتُ إلَى السَّوِيقِ وَالصَّبْغُ إلَى الثَّوْبِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَيْسَ الْهَدْمُ بِرُجُوعٍ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فَلِمَنْ يَكُونُ النَّقْضُ قَالَ أَشْهَبُ لَا وَصِيَّةَ فِي النَّقْضِ وَرَوَى ابْن عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ النَّقْضَ لِلْمُوصَى لَهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ اسْمَ الْبِنَاءِ لَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الدَّارِ بَعْدَ النَّقْضِ فَبَطَلَتْ فِيهِ الْوَصِيَّةُ لِعَدَمِ الِاسْمِ الَّذِي عَلَّقَ عَلَيْهِ الْوَصِيَّةَ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْهَدْمَ لَيْسَ بِأَكْثَرَ مِنْ تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ نُفُوذَ الْوَصِيَّةِ كَقَطْعِ الثَّوْبِ قَمِيصًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِزَرْعٍ ثُمَّ حَصَدَهُ، أَوْ بِثَمَرٍ ثُمَّ جَذَّهُ، أَوْ بِصُوفٍ ثُمَّ جَزَّهُ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا فِي الْوَصِيَّةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَلَوْ دَرَسَهُ وَاكْتَالَهُ وَأَدْخَلَهُ بَيْتَهُ لَكَانَ رُجُوعًا فِي الْوَصِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اسْمَ الزَّرْعِ بَاقٍ عَلَيْهِ بَعْدَ الْحَصَادِ وَصُورَتَهُ ثَابِتَةٌ لَمْ تُغَيَّرْ، وَإِنَّمَا وُجِدَ مِنْهُ تَقْطِيعُهُ وَإِزَالَتُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ فَلَمْ يَكُنْ رُجُوعًا كَقَطْعِ الثَّوْبِ فَأَمَّا إذَا اكْتَالَهُ بَعْدَ دَرْسِهِ وَأَدْخَلَهُ بَيْتَهُ فَإِنْ دَرَسَهُ وَتَبْلِيغُهُ حَدَّ الِاكْتِيَالِ قَدْ غَيَّرَ صُورَتَهُ وَنَقَلَ اسْمَهُ إلَى اسْمِ الْقَمْحِ، أَوْ الشَّعِيرِ فَكَانَ ذَلِكَ رُجُوعًا عَنْ الْوَصِيَّةِ بِالدَّرْسِ وَالتَّصْفِيَةِ، وَأَمَّا إدْخَالُهُ الْبَيْتَ فَإِنَّمَا هُوَ تَأْكِيدٌ لِمَقْصِدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(153/6)

جَوَازُ وَصِيَّةِ الصَّغِيرِ وَالضَّعِيفِ وَالْمُصَابِ وَالسَّفِيهِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَمْرَو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ هَاهُنَا غُلَامًا يَفَاعًا لَمْ يَحْتَلِمْ مِنْ غَسَّانَ وَوَارِثُهُ بِالشَّامِّ وَهُوَ ذُو مَالٍ وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إلَّا ابْنَةُ عَمٍّ لَهُ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَلْيُوصِ لَهَا قَالَ فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ بِئْرُ جُشَمَ، قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ فَبِيعَ ذَلِكَ الْمَالُ بِثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَابْنَةُ عَمِّهِ الَّتِي أَوْصَى لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيِّ.

مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ غُلَامًا مِنْ غَسَّانَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ وَوَارِثُهُ بِالشَّامِّ فَذَكَرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقِيلَ لَهُ إنَّ فُلَانًا يَمُوتُ أَفَيُوصَى قَالَ فَلْيُوصِ قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ قَالَ أَبُو بَكْرٍ وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَوْصَى بِبِئْرِ جُشَم فَبَاعَهَا أَهْلُهَا بِثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ) .

[المنتقى]

[جوَازُ وَصِيَّةِ الصَّغِيرِ وَالضَّعِيفِ وَالْمُصَابِ وَالسَّفِيهِ]

(ش) : الْيَفَاعُ هُوَ الْغُلَامُ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَدِينَةِ.

وَقَدْ ذَكَرَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ فِي رِوَايَتِهِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الْغُلَامَ كَانَ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً فَتَارَةً كَانَ يَصِفُهُ أَبُو بَكْرٍ بِأَنَّهُ يَفَاعٌ وَتَارَةٌ كَانَ يَصِفُهُ بِأَنَّهُ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، وَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ وَقَوْلُهُ لَمْ يَحْتَلِمْ عَلَى سَبِيلِ الْبَيَانِ لِحَالِهِ وَمَا قَصَدَ وَصْفَهُ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ بَعْدُ مِنْ حَدِّ الصِّغَرِ، وَالِاحْتِلَامُ فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ حَدٌّ بَيْنَ الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ وَيَخْتَصُّ فِي النِّسَاءِ بِالْحَيْضِ فَهُوَ فِيهِنَّ حَدٌّ بَيْنَ الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ.

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ أَنَّهُ بِالْمَدِينَةِ وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ وَلَيْسَ لَهُ بِالْمَدِينَةِ إلَّا بِنْتُ عَمٍّ يُرِيدُ: أَنَّهَا انْفَرَدَتْ بِالْقِيَامِ بِأَمْرِهِ وَالرِّفْقِ بِهِ، وَإِنْ كَانَ وَارِثُهُ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِذَلِكَ، أَوْ يُشَارِكُهَا فِيهِ بِالشَّامِ وَلَعَلَّهُ قَدْ قَصَدَ بِذَلِكَ إلَى بِنْتِ عَمِّهِ هَذِهِ مَعَ انْفِرَادِهَا بِالْقِيَامِ بِأَمْرِهِ وَالتَّعَبِ مَعَهُ وَالتَّمْرِيضِ لَهُ لَا يَعُودُ إلَيْهَا شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَلَعَلَّ الْغُلَامَ قَدْ أَشْفَقَ مِنْ أَنْ يَخْرُجَ جَمِيعُ مَالِهِ مَعَ رِفْقِهَا بِهِ وَانْفِرَادِهَا بِالْعَنَاءِ مَعَهُ فَنَدَبَهُ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إلَى أَنْ يُوصَى لَهَا وَأَعْلَمَهُ أَنَّ ذَلِكَ مُبَاحٌ لَهُ وَسَائِغٌ فِي الشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَاللَّيْثُ وَأَجْمَعَ عَلَيْهِ عُلَمَاءُ الْمَدِينَةِ بِأَنَّ وَصِيَّةَ مَنْ يُمَيِّزُ وَيَفْهَمُ مَا يُوصَى بِهِ مِنْ السَّفِيهِ وَالصَّغِيرِ جَائِزَةٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ تَجُوزُ وَصِيَّةُ السَّفِيهِ وَلَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ مَنْ لَمْ يَحْتَلِمْ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الصِّغَرَ حَجْرٌ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ مَعَ التَّمْيِيزِ كَالسَّفَهِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ تَجُوزُ وَصِيَّةُ الْيَفَاعِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَأَجَازَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ وَصِيَّةَ الصَّغِيرِ الَّذِي يَعْقِلُ مَا يُوصِي بِهِ ابْنُ تِسْعِ سِنِينَ وَشَبَّهَهُ.

وَقَالَ أَصْبَغُ تَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ وَالصَّبِيَّةِ إذَا عَقِلَا مَا يَفْعَلَانِ، وَهَذَا فِيمَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْوَصِيَّةِ، وَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يَجُوزُ تَدْبِيرُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَجُوزُ تَدْبِيرُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ أَنَّ التَّدْبِيرَ عَقْدٌ لَازِمٌ.

(فَرْعٌ) إذَا أَوْصَى الصَّبِيُّ إلَى غَيْرِ وَصِيِّهِ فَفَرَّقَ ثُلُثَهُ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ لَا يَلِيَ غَيْرُهُ تَفْرِيقَ ثُلُثِهِ قَالَهُ أَشْهَبُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ إنْفَاذُ ثُلُثِهِ فِي وُجُوهِ وَصِيَّتِهِ وَلَيْسَ لَهُ صَرْفُ تَوَلِّي ذَلِكَ إلَى غَيْرِ وَصِيِّهِ الَّذِي قَدْ لَزِمَهُ حَجْرُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الصَّغِيرُ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ فَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَصِيَّتُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ قَصْدُهُ كَالْمُغْمَى عَلَيْهِ.
1 -
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَلْيُوصِ لَهَا وَهِيَ بِنْتُ عَمِّهِ مِنْ قَرَابَتِهِ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ لِلْقَرِيبِ الَّذِي لَا يَرِثُ وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ ذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] فَنُسِخَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْوَارِثِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْوَارِثِ الْقَرِيب

(154/6)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الضَّعِيفَ فِي عَقْلِهِ وَالسَّفِيهَ وَالْمُصَابَ الَّذِي يُفِيقُ أَحْيَانًا تَجُوزُ وَصَايَاهُمْ إذَا كَانَ مَعَهُمْ مِنْ عُقُولِهِمْ مَا يَعْرِفُونَ مَا يُوصُونَ بِهِ فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ مَعَهُ مِنْ عَقْلِهِ مَا يُعْرَفُ بِذَلِكَ مَا يُوصَى بِهِ وَكَانَ مَغْلُوبًا عَلَى عَقْلِهِ فَلَا وَصِيَّةَ لَهُ) .

الْوَصِيَّةُ فِي الثُّلُثِ لَا تَتَعَدَّى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ «عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَعُودُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي فَقُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ: قَدْ بَلَغَ بِي مِنْ الْوَجَعِ مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إلَّا ابْنَةٌ لِي أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا فَقُلْت فَالشَّطْرُ

[المنتقى]
الَّذِي لَا يَرِثُ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ إنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ فِي مَالِهِ لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ غَيْرِهِ فَلَمَّا مَاتَ بَطَلَ أَنْ يُحْجَرَ عَلَيْهِ لِحَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ لَهُ مَنْفَعَةٌ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا يُوصَى بِهِ فَكَانَ النَّظَرُ لَهُ تَجْوِيزُ وَصِيَّتِهِ.
1 -
(مَسْأَلَةٌ) وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْأَجْنَبِيِّ مَعَ وُجُودِ الْقَرَابَةِ وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ.
وَقَالَ الْحَسَنُ وَطَاوُسٌ: إنَّ فِعْلَ ذَلِكَ رَدَّتْ وَصِيَّتُهُ إلَى قَرَابَتِهِ.
وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ مَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ قَرَابَتِهِ بِثُلُثِهِ رُدَّ إلَى قَرَابَتِهِ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَا الثُّلُثِ وَيُنْفِذُ الثُّلُثَ لِلْمُوصَى

لَهُمْ وَبِهِ قَالَ ابْنُ رَاهْوَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ بِئْرُ جُشَمَ يَقْتَضِي أَنَّ اسْمَ الْمَالِ يَقَعُ عِنْدَهُمْ عَلَى الْأَرَضِينَ وَالْأُصُولِ الثَّابِتَةِ وَقَوْلُهُ فَبِيعَ ذَلِكَ الْمَالُ بِثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَى مَعْنَى الْأَخْبَارِ عَنْ تَجْوِيزِ وَصِيَّتِهِ بِكَثِيرِ الْمَالِ وَأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِقَلِيلِهِ وَأَنَّ وَصِيَّتَهُ تَصِحُّ بِالتَّمْلِيكِ الْمُطْلَقِ لِلْأَعْيَانِ وَلَا تَخْتَصُّ بِالتَّحْبِيسِ وَالتَّسْبِيلِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَنَّ ابْنَةَ عَمِّهِ الْمُوصَى لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمٍ يَقْتَضِي الْإِشَارَةَ إلَى تَصْحِيحِ الرِّوَايَةِ وَمُرَاعَاةُ الرَّاوِي الَّذِي هُوَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ لَهَا لِتَعَلُّقِهَا بِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُشِيرَ بِذَلِكَ إلَى أَنَّ وَصِيَّةَ الصَّغِيرِ تَجُوزُ لِلْغَنِيِّ إنْ كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِالْغِنَى وَغَيْرَ دَاخِلَةٍ فِي جُمْلَةِ الْفُقَرَاءِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّهُ تَجُوزُ وَصِيَّةُ الضَّعِيفِ فِي عَقْلِهِ يُرِيدُ الضَّعِيفَ الْعَقْلَ وَهُوَ الَّذِي لَا يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ وَيَحْتَاجُ إلَى مَنْ يَلِي أَمْرَهُ لِعَجْزِهِ عَنْ مُبَاشَرَةِ أَحْوَالِهِ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ يُمَيِّزُ وَيَفْهَمُ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ تَجُوزُ وَصِيَّةُ الْأَحْمَقِ يُرِيدُ بِذَلِكَ الَّذِي وَصَفْنَاهُ بِضَعْفِ الْعَقْلِ وَأَمَّا السَّفِيهُ فَإِنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الَّذِي يُتْلِفُ مَالَهُ فِي وُجُوهِ السَّفَهِ، أَوْ يَشْتَغِلُ عَنْ تَثْمِيرِهِ وَحِفْظِهِ بِالْبَطَالَةِ، وَأَمَّا الْمُصَابُ فَهُوَ الَّذِي أُصِيبَ بِعَقْلِهِ أَمَّا بِصَرْعٍ، أَوْ بِمَا شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِذَا كَانَ يُفِيقُ أَحْيَانًا وَكَانَتْ وَصِيَّتُهُ حِينَ إفَاقَتِهِ فَهِيَ جَائِزَةٌ، قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: تَجُوزُ وَصِيَّةُ الْمَجْنُونِ فِي حَالِ إفَاقَتِهِ كَمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ فِي حَالِ إفَاقَتِهِ إنْ كَانَ عَدْلًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَدَانَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ كَالْحَيِّ إلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: وَإِنْ كَانَ سَمَّى ذَلِكَ النَّقْصَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، أَوْ لَمْ يَجْعَلْهُ فِي ثُلُثِهِ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ فَإِذَا أَوْصَى بِهِ عَلَى وَجْهِ الْوَصِيَّةِ فَهُوَ مَبْدَأٌ عَلَى وَصَايَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَدْبِيرُ السَّفِيهِ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: إنْ دَبَّرَ السَّفِيهُ خَادِمًا كَثِيرَةَ الثَّمَنِ لَمْ يَجُزْ تَدْبِيرُهُ وَيَجُوزُ فِي قَلِيلَةِ الثَّمَنِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَجُوزُ تَدْبِيرُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ وَلَا يَبْطُلُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَهُ تَدْبِيرُ عَبْدِهِ فِي الْمَرَضِ فَإِذَا صَحَّ بَطَلَ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ تَجُوزُ وَصِيَّةُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ وَتَدْبِيرُهُ وَمَا لَا يَقَعُ فِيهِ إلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ مَالِهِ فِي حَيَاتِهِ وَعَدَمِ رُشْدِهِ، وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ مِنْ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ فَلَا يَلْزَمُهُ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ لَهُ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ فَإِذَا دَبَّرَ فِي مَرَضِهِ رُوعِيَ أَمْرُهُ فَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ فَحُكْمُ التَّدْبِيرِ وَالْوَصِيَّةِ وَاحِدٌ فَيَنْفُذُ ذَلِكَ، وَإِنْ أَفَاقَ بَطَلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ.

(155/6)

قَالَ لَا ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إنَّك إنْ تَذَرْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ وَإِنَّك لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إلَّا أُجِرْت حَتَّى مَا تَجْعَلُ فِي فِي امْرَأَتِك قَالَ فَقُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّك لَنْ تُخَلَّفَ فَتَعْمَلُ عَمَلًا صَالِحًا إلَّا ازْدَدْت بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً وَلَعَلَّك أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِك أَقْوَامٌ وَيُضَرَّ بِك آخَرُونَ اللَّهُمَّ أَمْضِ لِأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ وَلَا تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ لَكِنَّ الْبَائِسَ سَعْدَ بْنَ خَوْلَةَ يَرْثِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ»)

[المنتقى]

[الْوَصِيَّةُ فِي الثُّلُثِ لَا تَتَعَدَّى وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُ سَعْدٍ: " جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَعُودُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ " سُنَّةٌ فِي عِيَادَةِ الْمَرْضَى وَهِيَ مِنْ الْقُرَبِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى مُعَاوِيَةُ بْنُ سُوَيْد بْنِ مُقَرِّنٍ عَنْ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ «أَمَرَنَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ نَتَّبِعَ الْجَنَائِزَ وَنَعُودَ الْمَرْضَى وَنُفْشِيَ السَّلَامَ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: " قُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ بَلَغَ بِي مِنْ الْوَجَعِ مَا تَرَى " دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ إخْبَارِ الْعَلِيلِ بِشِدَّةِ حَالِهِ إذَا تَسَبَّبَ بِذَلِكَ إلَى النَّظَرِ فِي دِينِهِ وَيَجُوزُ ذَلِكَ إذَا تَسَبَّبَ بِذَلِكَ إلَى مُعَانَاةِ أَلَمِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يُخْبِرَ بِذَلِكَ مَنْ يَرْجُو بَرَكَةَ دُعَائِهِ وَيُخْبِرَ بِذَلِكَ مَنْ يُعْلَمُ إشْفَاقُهُ.

وَقَدْ رَوَى الْحَارِثُ بْنُ سُوَيْد «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ دَخَلْت عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ يُوعَكُ فَقُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّك تُوعَكُ وَعْكًا قَالَ: أَجَلْ إنِّي أُوعَكُ كَمَا يُوعَكُ رَجُلَانِ مِنْكُمْ» ، وَرَوَى الْقَاسِمُ

بْنُ مُحَمَّدٍ أَنَّ «عَائِشَةَ قَالَتْ: وَارَأْسَاهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: بَلْ أَنَا وَارَأْسَاهُ لَقَدْ هَمَمْت أَنْ أُوصِيَ إلَى أَبِي بَكْرٍ وَاَللَّهِ وَأَعْهَدُ» ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ مَا كَانَ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ التَّشَكِّي وَالتَّسَخُّطِ وَذَلِكَ مُحْبِطٌ لِلْأَجْرِ، أَوْ مُؤَثِّرٌ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إلَّا ابْنَةٌ لِي هَذَا اللَّفْظُ، وَإِنْ كَانَ يَقَعُ عَلَى يَسِيرِ الْمَالِ وَكَثِيرِهِ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ إلَّا فِي كَثِيرِهِ وَاسْتَكْثَرَ مِثْلَ ذَلِكَ الْمَالِ لِلِابْنَةِ لِانْفِرَادِهَا عَلَى عَادَةِ الْعَرَبِ وَمَا كَانَتْ جُبِلَتْ عَلَيْهِ مِنْ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ تَعُدُّ الْمَالَ لِلنِّسَاءِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ تَعُدُّهُ لِلرِّجَالِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ظَنَّ أَنَّهَا تَنْفَرِدُ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اسْتَكْثَرَ نِصْفَ مَالِهِ لَهَا وَرَأَى أَنَّهُ إذَا تَصَدَّقَ بِنِصْفِهِ يَكْفِيهَا نِصْفُ مَا يَبْقَى مِنْهُ بَعْدَ مَا يَتَصَدَّقُ بِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ قَوْلُهُ: وَلَا يَرِثُنِي إلَّا ابْنَةٌ لِي يُرِيدُ مِنْ النِّسَاءِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي أَنْ يُبَتِّلَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنْ يُوصِيَ بِذَلِكَ الْمِقْدَارَ فِي وُجُوهِ بِرٍّ فَنَهَاهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الثُّلُثَيْنِ ثُمَّ عَنْ الشَّطْرِ وَأَبَاحَ لَهُ الثُّلُثَ وَوَصَفَهُ بِالْكَثْرَةِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ كَثِيرٌ مَا أَبَاحَ لِلْمَرِيضِ التَّصَرُّفَ فِيهِ مِنْ مَالِهِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ فَإِنْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ فَقَدْ اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ لَهُ الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ وَرَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ لَوْ غَضَّ النَّاسُ إلَى الرُّبْعِ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، أَوْ كَبِيرٌ» فَحُمِلَ قَوْلُهُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ عَلَى اسْتِكْثَارِ الثُّلُثِ فِي الْوَصِيَّةِ وَالنَّدْبُ إلَى التَّقْصِيرِ عَنْهُ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ أَوْصَى بِالرُّبْعِ وَأَوْصَى أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ بِالْخُمْسِ، وَقَالَ: رَضِيت فِي وَصِيَّتِي بِمَا رَضِيَ اللَّهُ بِهِ لِنَبِيهِ مِنْ الْغَنِيمَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ لِقَوْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالثُّلُثُ كَبِيرٌ» لِقَوْلِهِ «إنَّك إنْ تَذَرْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» فَثَبَتَ بِذَلِكَ حَقٌّ لِلْوَرَثَةِ فِي مَالِ الْمَرِيضِ بِمَنْعِ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ فَهَلْ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ فَمَذْهَبُ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ

وَهُوَ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَجَوَّزَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ لَهُ مَنْ يَعْقِلُ

(156/6)

. . . .

[المنتقى]

عَنْهُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ أَصْلُ ذَلِكَ مَنْ يَرِثُهُ بَنُوهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا أَوْصَى الْمَيِّتُ بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ فَأَجَازَتْهُ الْوَرَثَةُ جَازَ وَيَكُونُ ذَلِكَ تَنْفِيذًا مِنْهُمْ لِفِعْلِ الْمُوصِي وَلَمْ يَكُنْ ابْتِدَاءَ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ لِلْمُوصَى لَهُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ: إنَّهَا ابْتِدَاءُ عَطِيَّةٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَنْعَ إنَّمَا هُوَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فَإِذَا أَجَازُوا فَقَدْ تَرَكُوا مَا كَانَ لَهُمْ مِنْ الِاعْتِرَاضِ وَالْفَسْخِ لِفِعْلِ الْمَيِّتِ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَأْذَنُوا لَهُ قَبْلَ أَنْ يُوصِيَ وَبِمَنْزِلَةِ حُكْمِ الثُّلُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ رَدَّهُ الْوَرَثَةُ رَدَّ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَلَيْسَ لَهُمْ رَدُّ شَيْءٍ مِنْ الثُّلُثِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حُقُوقَهُمْ إنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَتَعَدَّوْهُ إلَى مَا لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ حُقُوقُهُمْ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَتَعَلَّقُ بِثُلُثَيْ الْمَالِ بِمَرَضِ الْمُوصِي، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِالثُّلُثِ الْبَاقِي بِمَوْتِ مَوْرُوثِهِمْ دُونَ وَصِيَّةٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَقَدْ رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَتَصَدَّقُ بِمَا تَرَكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَالِي يُجْرِيهِ فِي وَجْهِهِ مِثْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فَلْيَدْفَعْ إلَيْهِ، وَكَذَلِكَ مَنْ أَعْتَقَ نَصْرَانِيًّا فَمَاتَ النَّصْرَانِيُّ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَلْيَتَصَدَّقْ بِمَالِهِ وَلَا يُجْعَلُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَالِيَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَبِدَّ بِهِ وَلَا يَصْرِفَهُ فِي غَيْرِ وُجُوهِ الْبِرِّ فَإِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا يَصْرِفُهُ فِي وُجُوهِ الْبِرِّ سَاغَ لِمَنْ كَانَ بِيَدِهِ أَنْ يَصْرِفَهُ فِي وُجُوهِ الْبِرِّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لَهُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُجْزِئُهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِثُلُثِهِ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يَتَصَدَّقُ بِذَلِكَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ لَا عَنْ الْمَيِّتِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مِلْكَ الْمُوصِي قَدْ زَالَ عَنْ ثُلُثَيْ مَالِهِ إلَى وَارِثٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا دَفَعَ إلَيْهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ تَصَدَّقَ بِهِ عَمَّنْ صَارَ إلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى نَصْرَانِيٌّ بِجَمِيعِ مَالِهِ لِلْكَنِيسَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُدْفَعُ إلَى أَسَاقِفَتِهِمْ ثُلُثُ مَالِهِ وَثُلُثَاهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ فَإِنَّ مَالَهُ لِلْمُسْلِمِينَ فَالْحُكْمُ فِي تَرِكَتِهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَبَيْنَ النَّاظِرِ فِي الْكَنِيسَةِ فَيَجْرِي عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَصِيَّةٌ فِي أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا أَوْصَى بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ دُونَ إذْنِ الْوَرَثَةِ فَإِنْ أَذِنُوا لَهُ نَفَذَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ حَمَلْنَا قَوْلَهُ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي عَلَى إبْتَالِ الصَّدَقَةِ فِي الْمَرَضِ فَإِنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَدْ مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أَطْلَقَ اللَّفْظَ فِي الثُّلُثِ عَلَى أَنَّهُ كَثِيرٌ وَعَلَى هَذَا فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَبْتِلَ مِنْ مَالِهِ إلَّا ثُلُثَهُ بِصَدَقَةٍ، أَوْ عِتْقٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ مُحَابَاةٍ فِي بَيْعٍ فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَالزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةٌ مُرَاعَاةً، فَإِنْ أَفَاقَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ إنْ أَجَازَهُ الْوَرَثَةُ وَإِلَّا رَدَّ إلَى الثُّلُثِ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ قَبْضُ الْهِبَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ، وَشَدَّدَ أَهْلُ الظَّاهِرِ فَقَالُوا بَلْ يَلْزَمُهُ الْجَمِيعُ إذَا قُبِضَتْ الْهِبَةُ، أَوْ الصَّدَقَةُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ سَعْدٍ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: لَا، ثُمَّ قَالَ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، وَهَذَا بَيِّنٌ فِي رَدِّ مَا ادَّعَوْهُ، وَدَلِيلٌ ثَانٍ حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ فِي الَّذِي «أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبُدٍ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَرَدَّ أَرْبَعَةً» .

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ حُكْمَ الْحَجْرِ يَلْحَقُ الْمَرِيضَ فِي ثُلُثَيْ مَالِهِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ

أَنَّهُ يَتعَلَّقُ بِهِ حُكْمُ الْحَجْرِ فِيمَا زَادَ عَلَى قَدْرِ حَاجَتِهِ مِنْ الْإِنْفَاقِ فِي الْأَكْلِ وَالْكِسْوَةِ وَالتَّدَاوِي وَالْعِلَاجِ وَشِرَاءِ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ الْأَشْرِبَةِ وَالْأَدْوِيَةِ وَأُجْرَةِ الطَّبِيبِ

وَيُمْنَعُ مِنْ السَّرَفِ

وَمَا خَرَجَ عَنْ الْعَادَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إخْرَاجُ مَالٍ عَلَى غَيْرِ عِوَضٍ يَسْتَفِيدُهُ أَوْ وَرَثَتُهُ فَكَانَ فِي مَعْنَى إضَاعَتِهِ، وَذَلِكَ مُمْتَنِعٌ قَالَ وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ الْمَالِ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِمِقْدَارِهِ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَا يُمْنَعُ الْمَرِيضُ مِنْ الْبَيْعِ وَالِابْتِيَاعِ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ مُحَابَاةٌ، أَوْ ضَرَرٌ بِالْوَرَثَةِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَهِبَتُهُ لِلثَّوَابِ كَبَيْعِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا بَا عَ

(157/6)

. . . .

[المنتقى]

عَبْدًا لَيْسَ لَهُ غَيْرُهُ فَوَضَعَ فِيهِ فَإِنْ كَانَتْ الْمُحَابَاةُ قَدْرَ ثُلُثِهِ جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ جَازَ مِنْهَا قَدْرَ الثُّلُثِ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ أَسْلَمَ فِي سِلْعَةٍ ثُمَّ أَقَالَ مِنْهَا فِي مَرَضِهِ فَمَاتَ وَلَمْ يَدَّعِ غَيْرَهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ مُحَابَاةٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَتْ فِيهِ مُحَابَاةٌ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ الْإِجَازَةِ وَبَيْنَ أَنْ يَقْطَعُوا لَهُ بِثُلُثِ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ.

وَقَالَ عِيسَى: يَمْضِي لَهُ مِنْهُ مَا لَا مُحَابَاةَ فِيهِ ثُمَّ يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ فِي بَاقِيه فَإِمَّا سَلَّمُوهُ، وَإِمَّا قَطَعُوهُ بِثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ فِي بَاقِي الْعَبْدِ وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ كُلُّهَا تَعُودُ إلَى مَعْنًى وَاحِدٍ وَهُوَ أَنَّ مُحَابَاتَهُ فِي ثُلُثِهِ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ قَصَدَ إلَى بَيَانِ مُنْتَهَى الْحُكْمِ وَبَعْضَهُمْ قَصْد إلَى صِفَةِ تَنَاوُلِ الْأَمْرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ قَالَ الْمُبْتَاعُ أَنَا أَدْفَعُ بَقِيَّةَ ثَمَنِ الْعَبْدِ وَآخُذُهُ فَقَدْ قَالَ عِيسَى وَأَصْبَغُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ عِيسَى وَلَا لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُلْزِمُوهُ ذَلِكَ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ أَخْذَ بَقِيَّةِ الثَّمَنِ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا يَنْظُرُ إلَى قِيمَةِ الْمَبِيعِ يَوْمَ الْبَيْعِ لَا يَوْمَ يَمُوتُ الْبَائِعُ، قَالَهُ أَصْبَغُ سَوَاءٌ كَانَ الْبَيْعُ مِنْ وَارِثٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ يَضْمَنُ الْمَبِيعَ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ فَيَجِبُ أَنْ يَنْظُرَ فِي قِيمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ فَإِنْ زَادَتْ بَعْدَ ذَلِكَ الْقِيمَةُ، أَوْ نَقَصَتْ فَإِنَّمَا طَرَأَ ذَلِكَ عَلَى مِلْكِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ بَا عَ فِي مَرَضِهِ وَرِقًا بِذَهَبٍ فَحَابَى فِي ذَلِكَ، أَوْ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ ذَلِكَ مِنْهُ وَفِيهِ مُحَابَاةٌ، أَوْ لَا مُحَابَاةَ فِيهِ فَهُوَ جَائِزٌ، قَالَهُ أَصْبَغُ قِيلَ: قَدْ قَالَ قَائِلٌ: إنَّهُ حَرَامٌ لِلتَّأْخِيرِ، قَالَ: لَا أَرَى ذَلِكَ إلَّا حَلَالًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ التَّأْخِيرَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى الْفَسْخِ فَهُوَ جَائِزٌ حَتَّى يَرُدَّ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ نَحَلَ ابْنَهُ فِي مَرَضِهِ فَتَزَوَّجَ الِابْنُ لِذَلِكَ وَدَخَلَ، أَوْ زَوَّجَهُ هُوَ بِذَلِكَ فَذَلِكَ مَرْدُودٌ إلَى الْوَرَثَةِ وَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ وَتَتْبَعُهُ الزَّوْجَةُ بِالْمَهْرِ مِنْ الْمَوَّازِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا هِبَةٌ فِي الْمَرَضِ فَلَا تَفُوتُ بِالْقَبْضِ وَإِنَّمَا لَهَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ إنْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «إنَّك إنْ تَذَرْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ خَيْرٌ لِسَعْدٍ وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةَ لَهُ فِيمَا هُوَ خَيْرٌ لِغَيْرِهِ دُونَهُ، وَذَلِكَ يَكُونُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ بَقَاءَ وَرَثَتِهِ فِي غِنًى عَنْ النَّاسِ أَطْيَبُ لِنَفْسِهِ مِنْ أَنْ يَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَهَذَا الَّذِي جُبِلَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ النَّاسِ فَمَا مِنْ أَحَدٍ فِي الْأَغْلَبِ إلَّا يُرِيدُ الْخَيْرَ وَالْخَصْبَ لِذُرِّيَّتِهِ وَرُبَّمَا آثَرَهُمْ فِي ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُشِيرَ بِذَلِكَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى أَنَّهُ أَفْضَلُ لَهُ فِي الْآخِرَةِ وَأَكْثَرُ لِأَجْرِهِ أَمَّا؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَنَاتِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْبَنِينَ وَإِمَّا؛ لِأَنَّ صِلَةَ مَنْ قَرُبَ مِنْهُ أَوْلَى مِنْ صِلَةِ مَنْ بَعُدَ مِنْهُ وَأَعْظَمُ لِأَجْرِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ} [البلد: 14] {يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ} [البلد: 15] {أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ} [البلد: 16] وَقَوْلُهُ {وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ} [النساء: 36] فَقَدَّمَ الْوَالِدَيْنِ ثُمَّ ذَا الْقُرْبَى وَلِمَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي هَذَا الْحَدِيثِ وَإِمَّا؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ قَدْ تَعَلَّقَ بِثُلُثَيْ مَالِهِ تَعَلُّقًا مَنَعَ الْقَلِيلَ مِنْهُ فَخُيِّرَ لَهُ الرِّضَا بِذَلِكَ وَالتَّسْلِيمَ لِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى فِيهِ مِنْ أَنْ يَتَعَدَّى إلَى إتْلَافِهِ فَتَبْقَى الْوَرَثَةُ بَعْدَهُ فُقَرَاءَ عَالَةً، وَإِنَّمَا وَرَدَ

الْأَمْرُ بِالْوَصِيَّةِ لِمَنْ تَرَكَ غِنًى دُونَ مَنْ لَا يَتْرُكُهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ} [البقرة: 180] وَفِي الْجُمْلَةِ أَنَّ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْغِنَى فِيهِ خَيْرٌ، وَلَوْ كَانَ الْغِنَى شَرًّا لَكَانَ خَيْرًا لَهُ أَنْ لَا يَدَعَ وَرَثَتَهُ أَغْنِيَاءَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: " وَإِنَّك لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إلَّا أُجِرْتَ بِهَا حَتَّى مَا تَجْعَلُ فِي فِي امْرَأَتِك " يَقْتَضِي أَنَّ النَّفَقَةَ إذَا أُرِيدَ بِهَا وَجْهُ اللَّهِ وَالتَّعَفُّفُ وَالتَّسَتُّرُ وَأَدَاءُ الْحَقِّ وَالْإِحْسَانُ إلَى الْأَهْلِ وَعَوْنُهُمْ بِذَلِكَ عَلَى الْخَيْرِ مِنْ أَعْمَالِ الْبِرِّ الَّتِي يُؤْجَرُ بِهَا الْمُنْفِقُ وَإِنْ كَانَ مَا يُطْعِمُهُ امْرَأَتَهُ، وَإِنْ كَانَ غَالِبُ الْحَالِ أَنَّ إنْفَاقَ

(158/6)

. . . .

[المنتقى]

الْإِنْسَانِ عَلَى أَهْلِهِ لَا يُهْمِلُهُ وَلَا يُضَيِّعُهُ وَلَا يَسْعَى إلَّا لَهُ مَعَ كَوْنِ الْكَثِيرِ مِنْهُ وَاجِبًا عَلَيْهِ وَمَا يُنْفِقُهُ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ أَيْضًا يُؤْجَرُ فِيهِ إذَا قَصَدَ بِذَلِكَ التَّقَوِّيَ عَلَى الطَّاعَةِ وَالْعِبَادَةِ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: " قُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِي " يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يُخَلَّفَ بِمَكَّةَ بَعْدَ انْصِرَافِ أَصْحَابِهِ إلَى الْمَدِينَةِ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إشْفَاقًا مِنْ بَقَائِهِ فِي الْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْهَا وَمَنْعِ الْمَرَضِ لَهُ عَنْ الرَّحِيلِ مَعَ أَصْحَابِهِ إلَى الْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ إلَيْهَا.

وَقَدْ ذَكَرَ قَوْمٌ أَنَّ هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ حُكْمَ الْهِجْرَةِ لَمْ يَنْقَطِعْ بَعْدَ الْفَتْحِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ وَلَكِنْ جِهَادٌ وَنِيَّةٌ» وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ لِمَنْ لَمْ يُهَاجِرْ قَبْلَ الْفَتْحِ يُرِيدُ لَا تُفْتَتَحُ الْهِجْرَةُ بَعْدَ الْفَتْحِ، وَأَمَّا مَنْ هَاجَرَ قَبْلَ الْفَتْحِ فَإِنَّ حُكْمَ الْهِجْرَةِ ثَابِتٌ فِي حَقِّهِ لَازِمٌ لَهُ إلَى أَنْ يُتَوَفَّى يَدُلُّ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ حَدِيثُ الْعَلَاءِ بْنِ الْحَضْرَمِيِّ أَنَّهُ إنَّمَا أَذِنَ لِلْمُهَاجِرِ أَنْ يُقِيمَ بِمَكَّةَ ثَلَاثًا بَعْدَ الصَّدْرِ فَعَلَى هَذَا مَنْ لَزِمَهُ حُكْمُ الْهِجْرَةِ ثَبَتَ فِي حَقِّهِ، وَقَدْ مَنَعَ مِنْ الرُّجُوعِ عَنْهُ وَلَزِمَهُ الْمُقَامُ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

حَيْثُ أَقَامَ وَالنُّصْرَةُ لَهُ وَالْحِمَايَةُ، وَمَنْ لَمْ يُهَاجِرْ قَبْلَ الْفَتْحِ لَمْ يَلْزَمْهُ هَذَا الْحُكْمُ.
1 –
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: " إنَّك لَنْ تُخَلَّفَ فَتَعْمَلَ عَمَلًا صَالِحًا إلَّا ازْدَدْت بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً " يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إنَّك إنْ خُلِّفْت فَعَمِلْت عَمَلًا صَالِحًا ازْدَدْت بِهِ دَرَجَةً وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ هَاهُنَا: " إنَّك لَنْ تُخَلَّفَ " وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يُخَلَّفَ بِمَعْنَى أَنْ يُنْسَأَ فِي أَجَلِك فَتَعْمَلَ عَمَلًا صَالِحًا، وَالثَّانِي: أَنْ يُخَلَّفَ بِمَكَّةَ التَّخَلُّفَ الَّذِي أَشْفَقَ هُوَ مِنْهُ فَيَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّ بَقَاءَهُ بِالْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْهَا لِضَرُورَةِ الْمَرَضِ لَا يُبْطِلُ شَيْئًا مِنْ هِجْرَتِهِ بَلْ مَا عَمِلَ فِيهَا مِنْ الْأَعْمَالِ الصَّالِحَةِ مَكْتُوبَةٌ لَهُ يَزِيدُ فِي دَرَجَاتِهِ وَيَرْجِعُ مِيزَانُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَإِنَّمَا يُحْبَطُ مِنْ فَضْلِ الْهِجْرَةِ الْبَقَاءُ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الِاخْتِيَارِ دُونَ ضَرُورَةٍ إلَى الْمَوْتِ فِيهَا عَلَى قَوْلِ قَوْمٍ، فَعَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ فِيهِ إخْبَارٌ لِسَعْدٍ أَنَّهُ لَنْ يَمُوتَ بِمَكَّةَ لِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ يَزْدَادُ بِالْأَعْمَالِ الصَّالِحَةِ مَعَ الْمُقَامِ بِمَكَّةَ دَرَجَةً وَرِفْعَةً عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْهِجْرَةِ وَإِلَى أَنَّ مَنْ مَرِضَ بِمَكَّةَ وَهُوَ عَلَى حُكْمِ الْهِجْرَةِ، وَلَوْ كَانَ بِمَكَّةَ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ لَكَانَ عَمَلُهُ بِمَكَّةَ لَا يُبْلِغُهُ دَرَجَةَ الْمُهَاجِرِينَ فَكَيْفَ أَنْ يَزْدَادَ بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ: " لَعَلَّك أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِك أَقْوَامٌ وَيُضَرَّ بِك آخَرُونَ " التَّخَلُّفُ هَاهُنَا الْإِبْقَاءُ بَعْدَ مَنْ يَمُوتُ مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَصْحَابِهِ، وَقَدْ قِيلَ فِي تَأْوِيلِ ذَلِكَ أَنَّ سَعْدًا مَرَّ عَلَى الْعِرَاقِ فَأُتِيَ بِقَوْمٍ ارْتَدُّوا عَنْ الْإِسْلَامِ وَسَجَعُوا سَجْعَ الْكُهَّانِ فَاسْتَتَابَهُمْ فَأَتَى بَعْضُهُمْ فَقَتَلَهُمْ فَضَرَّ أُولَئِكَ وَتَابَ بَعْضُهُمْ فَانْتَفَعُوا بِهِ وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ إشَارَةً إلَى بَقَائِهِ بَعْدَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى وَقْتِ وُلِّيَ أَمْرَ الْكُوفَةِ وَغَيْرِهَا وَقَادَ الْجُيُوشَ فَانْتَفَعَ بِهِ مَنْ اسْتَحَقَّ النَّفْعَ وَاسْتَضَرَّ بِهِ مَنْ اسْتَحَقَّ الضَّرَرَ وَكَانَ فِي ذَلِكَ تَنْبِيهٌ لَهُ عَلَى أَنَّهُ سَيَمْلِكُ أَنْ يَنْفَعَ وَيَضُرَّ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اللَّهُمَّ أَمْضِ لِأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ وَلَا تَرُدُّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ الْبَقَاءَ مَعَ الِاخْتِيَارِ بِمَكَّةَ مِمَّا يُؤَثِّرُ فِي الْهِجْرَةِ وَهُوَ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ عَلَى الْعَقِبِ وَمُخَالَفَةِ مَا ابْتَدَأَهُمْ اللَّهُ بِهِ مِنْ الْهِجْرَةِ وَأَنَّ تَوْفِيقَهُمْ وَعَوْنَهُمْ عَلَى مُلَازَمَةِ الْمَدِينَةِ دَارِ الْهِجْرَةِ مِنْ إمْضَاءِ الْهِجْرَةِ لَهُمْ
وَتَصْحِيحُهَا فِي جَنْبَتِهِمْ وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خَلَّفَ رَجُلًا عَلَى سَعْدٍ، وَقَالَ لَهُ إنْ مَاتَ بِمَكَّةَ فَلَا تَدْفِنُهُ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَكِنَّ الْبَائِسَ سَعْدَ بْنَ خَوْلَةَ الْبَائِسُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ الَّذِي يَتَبَيَّنُ عَلَيْهِ أَثَرُ الْبُؤْسِ مِنْ شِدَّةِ الْفَقْرِ وَقَوْلُهُ يَرْثِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنْ مَاتَ بِمَكَّةَ ذَكَرَ ابْنُ مُزَيْنٍ

(159/6)

الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي التَّحَاصُصِ بِالْوَصَايَا عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ مَعَ تَسَاوِيهَا فِي التَّقْدِيمِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَيَقُولُ غُلَامِي يَخْدُمُ فُلَانًا مَا عَاشَ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ فَيُنْظَرُ فِي ذَلِكَ فَيُوجَدُ الْعَبْدُ ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ قَالَ فَإِنَّ خِدْمَةَ الْعَبْدِ تُقَوَّمُ ثُمَّ يَتَحَاصَّانِ يُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِالثُّلُثِ بِثُلُثِهِ وَيُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ بِمَا قُوِّمَ لَهُ مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، أَوْ مِنْ إجَارَتِهِ إنْ كَانَتْ لَهُ إجَارَةٌ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَإِذَا مَاتَ الَّذِي جُعِلَتْ لَهُ خِدْمَةُ الْعَبْدِ مَا عَاشَ عَتَقَ الْعَبْدُ)

[المنتقى]

أَنَّ سَعْدَ بْنَ خَوْلَةَ كَانَ قَدْ أَسْلَمَ فَأَقَامَ بِمَكَّةَ وَلَمْ يُهَاجِرْ حَتَّى مَاتَ فَكَرِهَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ذَلِكَ وَرَثَى لَهُ وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ أَنَّ سَعْدَ بْنَ خَوْلَةَ شَهِدَ بِدَارٍ ثُمَّ انْصَرَفَ إلَى مَكَّةَ وَمَاتَ بِهَا وَرَوَى ابْنُ بُكَيْرٍ عَنْ اللَّيْثِ أَنَّهُ تُوُفِّيَ بِمَكَّةَ فِي عَامِ حَجَّةِ الْوَدَاعِ.

وَقَالَ الطَّبَرِيُّ تُوُفِّيَ بِمَكَّةَ سَنَةَ سَبْعٍ، وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ عِنْدِي أَظْهَرُ، وَهَذَا ظَاهِرُ لَفْظِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ رَثَى لَهُ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ لِمَوْتِ الْمُهَاجِرِ بِمَكَّةَ تَأْثِيرًا فِي هِجْرَتِهِ وَثَلْمًا لَهَا إمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَنْ اخْتَارَ الْمُقَامَ بِمَكَّةَ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لِمَنْ مَاتَ بِهَا عَلَى أَيِّ وَجْهٍ كَانَ وَتَعَلُّقُ ذَلِكَ بِالِاخْتِيَارِ أَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ عَلَى أَنَّهُ قَلَّ مَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ وَلَعَلَّهُ قَدْ أُجِيبَتْ فِيهِمْ دَعْوَةُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اللَّهُمَّ أَمْضِ لِأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ وَلَا تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي التَّحَاصُصِ بِالْوَصَايَا عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ مَعَ تَسَاوِيهَا فِي التَّقْدِيمِ]

(ش) : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ وَسُكْنَى الدَّارِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ وَاللَّيْثُ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى لَا يَصِحُّ ذَلِكَ، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا تَمْلِيكُ مَنَافِعَ فَصَحَّ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ كَالْعَرِيَّةِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدٍ، أَوْ سُكْنَى دَارٍ جَازَ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ الْمُوصِيَ أَرَادَ أَنْ يَسْكُنَهَا بِنَفْسِهِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذِهِ مَنَافِعُ فَصَحَّ بَدَلُهَا فَجَازَ لِمَنْ مَلَكَهَا أَخْذُ عِوَضٍ عَنْهَا كَالْمُسْتَأْجِرِ قَالَ ذَلِكَ كُلَّهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَيَخْدُمُ غُلَامُهُ فُلَانًا مَا عَاشَ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:.

أَحَدُهَا: أَنَّ الْوَصَايَا إذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ وَتَسَاوَتْ فِي التَّأْكِيدِ وَقَعَتْ الْمُحَاصَّةُ فِيهَا سَوَاءٌ كَانَتْ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ وَوَقْتٍ وَاحِدٍ، أَوْ أَوْقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ وَمَجَالِسَ شَتَّى.

وَالْبَابُ الثَّانِي: فِي أَخْذِ الْمُوصَى لَهُ مَا يُوجِبُ الْوَصِيَّةُ لَهُ عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ فِي عَيْنِ مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ.

وَالْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْمُحَاصَّةِ بِالتَّعْمِيرِ وَمُدَّةِ التَّعْمِيرِ.

وَالْبَابُ الرَّابِعُ: فِي تَبْدِئَةِ بَعْضِ الْوَصَايَا عَلَى بَعْضٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي التَّحَاصُصِ بِالْوَصَايَا عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ مَعَ تَسَاوِيهَا فِي التَّقْدِيمِ) أَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَصَايَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنْ يَنْفُذَ مِنْهَا مَا أَمْكَنَ الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَلَا يَبْطُلُ مِنْهَا إلَّا مَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَجْمَعَ مَعَ مَا يَثْبُتُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِنِصْفِهِ أَنَّ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ، وَلَوْ أَوْصَى لِآخَرَ بِجَمِيعِهِ لَكَانَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ: هُوَ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ التَّفَاضُلَ فِي الْوَصِيَّةِ يَقْتَضِي التَّفَاضُلَ فِي الْقِسْمَةِ كَمَا لَوْ اتَّسَعَ الثُّلُثُ لِذَلِكَ، وَهَذَا حُكْمُ الْفَرَائِضِ فِي الْعَوْلِ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ الثُّلُثَ سُدُسَانِ وَالنِّصْفَ ثَلَاثَةُ أَسْدَاسٍ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ خُمُسَا الثُّلُثِ وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ، وَهَذَا حُكْمُ الْجَمِيعِ مَعَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ فِي الْجَمِيعِ ثَلَاثَةَ أَثْلَاثٍ وَالثُّلُثَ الْمُنْفَرِدَ رَابِعٌ وَهُوَ رُبُعُ الْجَمِيعِ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الثُّلُثِ الَّذِي يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ إنْفَاذُهُ وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبُعُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِعَبْدٍ وَهُوَ سُدُسُ الْمَالِ فَإِنَّمَا الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثَاهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلُثُهُ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ اسْتَوْعَبَتْ مَا كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ثُمَّ زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَصِيَّةُ بِالْعَبْدِ وَهُوَ سُدُسٌ وَالْوَصَايَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْجَوَازِ بِمَا أَمْكَنَ

. . . .

[المنتقى]

ذَلِكَ فَوَجَبَ التَّحَاصُّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِعَبْدِهِ مَيْمُونٍ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِعَمْرٍو وَلَمْ يَذْكُرْ رُجُوعًا عَنْ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى فَإِنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ رَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ دَارًا لَكَانَتْ بَيْنَهُمَا، أَوْ مَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ مِنْهَا وَبِهِ قَالَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ.

وَقَالَ عَطَاءٌ وَطَاوُسٌ هُوَ لِلْآخَرِ وَدَلِيلُنَا مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الْوَصَايَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُحَاصَّةِ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ مُقَدَّرَةٌ فِي الْمَالِ تَنْتَقِلُ عَنْ مَيِّتٍ إلَى مَالِكٍ دُونَ عِوَضٍ كَالْمَوَارِيثِ الَّتِي يَدْخُلُهَا الْعَوْلُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ حَكَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَوْلَ الْآخَرَ رُجُوعٌ عَنْ الْأَوَّلِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: عَبْدِي الَّذِي أَوْصَيْت بِهِ لِزَيْدٍ هُوَ لِعَمْرٍو فَهَذَا رُجُوعٌ فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ الثَّانِي فَلَا شَيْءَ فِيهِ لِلْأَوَّلِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ وَذَكَرَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ إذَا قَالَ عَبْدِي لِفُلَانٍ وَهُوَ لِفُلَانٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ رَدَّ الثَّانِي فَنَصِيبُهُ لِلْوَرَثَةِ فَأَمَّا قَوْلُهُ هُوَ لِفُلَانٍ وَهُوَ لِفُلَانٍ فَوَجْهُ التَّشْرِيكِ فِيهِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا قَوْلُهُ عَبْدِي الَّذِي أَوْصَيْت بِهِ لِزَيْدٍ هُوَ لِعَمْرٍو أَنَّهُ رُجُوعٌ.

فَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ عَبْدِي الَّذِي أَوْصَيْت بِهِ لِزَيْدٍ ابْتِدَاءُ كَلَامٍ غَيْرِ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ حَتَّى يَقْتَرِنَ بِهِ الْجَوَابُ وَجَوَابُهُ هُوَ لِعَمْرٍو، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا جَمِيعُ الْخَبَرِ، وَذَلِكَ يُفِيدُ نَقْلَ الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْعَبْدِ كَمَا لَوْ قَالَ عَبْدِي مَيْمُونٌ لِعَمْرٍو، وَإِذَا قَالَ: عَبْدِي مَيْمُونٌ وَصِيَّةً لِزَيْدٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ أَوْ مَجْلِسٍ آخَرَ عَبْدِي مَيْمُونٌ لِعَمْرٍو فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْقَوْلَيْنِ قَائِمًا بِنَفْسِهِ مُسْتَقِلًّا بِخَبَرِهِ لَا يُفِيدُ إلَّا مَا يُفِيدُهُ الْآخِرُ فَوَجَبَ التَّشْرِيكُ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ مَنْ قَالَ الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْت بِهِ لِفُلَانٍ هُوَ وَصِيَّةٌ لِفُلَانٍ رَجُلٍ آخَرَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنْ كَانَ فِي الْوَصِيَّةِ الْأَخِيرَةِ مَا يُنْقِصُ الْأُولَى فَهِيَ نَاقِصَةٌ لَهَا فَلَمْ يُصَرِّحْ بِأَنَّ الثَّانِيَةَ نَاقِصَةٌ لَمَّا كَانَتْ عِنْدَهُ مُحْتَمِلَةً، أَوْ غَيْرَ بَيِّنَةٍ، وَإِنَّمَا الرُّجُوعُ الْبَيِّنُ عَنْ الْوَصِيَّةِ أَنْ يَقُولَ هُوَ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو، أَوْ يَقُولَ قَدْ صَرَفْته مِنْ زَيْدٍ إلَى عَمْرٍو فَإِنَّمَا الِاعْتِبَارُ بِالتَّصْرِيحِ بِصَرْفِهِ عَنْ الْمُوصَى لَهُ بِهِ أَوَّلًا وَلَا اعْتِبَارَ بِالنَّصِّ عَلَى أَنَّ جَمِيعَهُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ آخِرًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى بِعَبْدٍ لِوَارِثٍ مِنْ وَرَثَتِهِ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ لَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ نَصِيبَ الْوَارِثِ رَجَعَ مِيرَاثًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَوْصَى بِهِ فِي وَجْهَيْنِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ التَّشْرِيكَ بَيْنَهُمَا إلَّا أَنَّ نَصِيبَ الْوَارِثِ لِلْوَرَثَةِ فِيهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْإِجَازَةِ وَالرَّدِّ وَلَا خِيَارَ لَهُمْ فِي نَصِيبِ الْأَجْنَبِيِّ وَلَا فِي شَيْءٍ مِنْهُ إذَا حَمَلَ الثُّلُثُ الْعَبْدُ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ مُقَدَّمٌ فِي الثُّلُثِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ لَا تَأْثِيرَ لَهَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ لَهُ بِهَا مَا كَانَ يَصِيرُ لَهُ دُونَهَا فَلِذَلِكَ قُدِّمَ الْأَجْنَبِيُّ عَلَيْهِ وَإِذَا أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ مِنْ جُمْلَةِ وَرَثَتِهِ كَانَ لِوَصِيَّةِ الْوَارِثِ تَأْثِيرٌ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَاهُ بِهَا مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ دُونَهَا فَلَمْ يُقَدَّمْ الْأَجْنَبِيُّ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ فَهُوَ رُجُوعٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَخَّرَ الْوَصِيَّةَ بِعِتْقِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ. وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْعِتْقُ يَبْدَأُ، وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعِتْقَ مَبْدَأٌ قُدِّمَ، أَوْ أُخِّرَ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعِتْقَ لَا يَجُوزُ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَائِهِ فَإِذَا امْتَنَعَ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ الْمَنْعِ حُمِلَ عَلَى الرُّجُوعِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الْوَصِيَّتَيْنِ إذَا اجْتَمَعَتَا فِي عَيْنٍ قُدِّمَ الْعِتْقُ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَعْنَى الرُّجُوعِ عَنْ الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ تَعَلَّقَتْ بِجَمِيعِ الْعَبْدِ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِهِ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِعَمْرٍو وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْعِتْقِ وَصِيَّةٌ بِإِزَالَةِ مِلْكٍ وَالْوَصِيَّةَ بِتَمْلِيكِ الْعَبْدِ، وَصِيَّةٌ بِتَمْلِيكٍ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ حِصَصَ التَّمْلِيكِ يُجْمَعُ بَيْنَهَا فِي الْمُحَاصَّةِ فِي التَّفْلِيسِ وَغَيْرِهِ وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ وَأَيْضًا فَإِنَّ الْوَصَايَا يُحَاصُّ بَيْنَهَا إذَا أُجْتُمِعَتْ فِي التَّمْلِيكِ وَلَا يُحَاصُّ بَيْنَهَا إذَا كَانَ بَعْضُهَا بِعِتْقٍ وَبَعْضُهَا بِتَمْلِيكٍ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَى الِاشْتِرَاكِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِعَبِيدٍ سَمَّاهُمْ ثُمَّ أَمَرَ رَجُلًا

. . . .

آخَرَ بِبَيْعِ كُلِّ عَبْدٍ لَهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يَسْأَلُ الْآمِرُ فَإِنْ كَانَ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَتْ الْوَصِيَّةُ وَلَمْ تُغَيَّرْ إلَّا بِأَمْرٍ بَيِّنٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَمْرُهُ بِبَيْعِ كُلِّ عَبْدٍ رُجُوعٌ عَنْ الْوَصِيَّةِ كَمَا لَوْ أَمَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنْهُ بِكُلِّ مَالِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ عَلَى رَجُلٍ لَكَانَ رُجُوعًا وَالصَّدَقَةُ أَثْبَتُ مِنْ الْوَصِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ كُلَّ عَبْدٍ لَهُ بِذَلِكَ الْبَلَدِ لَكَانَ الْعِتْقُ أَوْلَى، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ اللَّفْظَ الْخَاصَّ وَاللَّفْظَ الْعَامَّ إذَا تَعَارَضَا كَانَ اللَّفْظُ الْخَاصُّ أَوْلَى فِيمَا قَابَلَهُ مِنْ الْعَامِّ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الْخَاصَّ يَتَنَاوَلُ مَا يَقَعُ تَحْتَهُ عَلَى وَجْهٍ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَاللَّفْظُ الْعَامُّ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى وَجْهٍ مُحْتَمِلٍ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ مَبْنِيٌّ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَنَّ اللَّفْظَ الْعَامَّ الْمُتَأَخِّرَ يَرْفَعُ حُكْمَ اللَّفْظِ الْخَاصِّ الْمُتَقَدِّمِ، وَقَوْلُ ابْنُ وَهْبٍ أَجْرَى عَلَى أُصُولِ أَصْحَابِنَا، وَهَذَا قَدْ ذَكَرْته فِي أَحْكَامِ الْفُصُولِ بِمَا يُغْنِي النَّاظِرَ فِيهِ وَيَجِبُ أَنْ لَا يُسَمِّيَ مَا أَلْزَمَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ الصَّدَقَةِ بِجَمِيعِ مَالِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ إذَا كَانَ الْمُوصَى بِهِمْ مِنْ جُمْلَةِ مَالِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَكَذَلِكَ الْعِتْقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِعَبْدِهِ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ، أَوْ قَالَ: بِيعُوهُ مِنْ عَمْرٍو فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ رُجُوعٌ قَالَ إلَّا أَنْ يَقُولَ عَبْدِي لِزَيْدٍ وَبِيعُوهُ مِنْ عَمْرٍو وَلْيَبِعْ مِنْ عُمَرَ وَبِثُلُثَيْ ثَمَنِهِ وَيُعْطِي ذَلِكَ لِزَيْدٍ، وَجْهُ ذَلِكَ مَا مَضَى غَيْرَ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يُوصِيَ بِالْعَبْدِ لِزَيْدٍ ثُمَّ يُوصِي بِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، أَوْ مِنْ عَمْرٍو وَبَيْنَ أَنْ يُوصِيَ بِهِ لِزَيْدٍ، ثُمَّ يَقُولُ: بِيعُوهُ مِنْ عَمْرٍو، وَقَدْ كَانَ جَمَعَ بَيْنَهُمَا إذَا أَوْصَى بِهِ لِزَيْدٍ، ثُمَّ قَالَ هُوَ لِعَمْرٍو فَجَعَلَ لِلْوَصِيَّةِ بِالْبَيْعِ تَأْثِيرًا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: وَذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ إنَّمَا تَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةُ بِهِ إزَالَةَ الْمِلْكِ فَأَشْبَهَتْ الْعِتْقَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَالْبَيْعُ يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ وَلَا يَتَضَمَّنُهُ الْعِتْقُ بَلْ يُنَافِيه وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِعَبْدِهِ لِزَيْدٍ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ خِدْمَتُهُ لِعَمْرٍو قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَيْسَ هَذَا بِرُجُوعٍ وَالْغَلَّةُ وَالْخِدْمَةُ سَوَاءٌ فَإِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثَ اسْتَخْدَمَاهُ وَاسْتَغَلَّاهُ جَمِيعًا بِالسَّوَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثَ فَلِوَرَثَتِهِ إنْ تَحَرَّوْا أَنْ يُسَلِّمُوا إلَيْهِمَا ثُلُثَ الْمَيِّتِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْعَبْدِ الْخِدْمَةُ فَلَمَّا آثَرَ مِنْهُ الْمُسَمَّى عَلَى الْإِطْلَاقِ وَبِلَفْظِ الِاسْتِيعَابِ سَاوَى الَّذِي أَوْصَى لَهُ بِرَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَيْضًا يَقْتَضِي اسْتِيعَابَ الْخِدْمَةِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي ذَلِكَ لِمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ حُكْمَ الْوَصِيَّتَيْنِ التَّشْرِيكَ مَا أَمْكَنَ ذَلِكَ وَلَمْ يُنَافِ أَنْ تَكُونَ الْخِدْمَةُ بَيْنَهُمَا حُمِلَتْ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى ذَلِكَ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يُوصِي بِرَقَبَتِهِ لِأَحَدِهِمَا

وَلِلْآخَرِ أَنْ تُبَاعَ مِنْهُ فَإِنَّهُ مُحَالٌ أَنْ تَبْقَى رُقْبَتُهُ لِزَيْدٍ مَعَ بَيْعِهِ مِنْ عَمْرٍو فَجَعَلَ عِنْدَ الشَّرِيكِ عَلَى مُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ أَنْ تُبَاعَ مِنْ عَمْرٍو وَيُصْرَفَ الثَّمَنُ إلَى زَيْدٍ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ رَقَبَتِهِ الَّتِي أَوْصَى لَهُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ لَمَّا وَصَّى بِبَيْعِهِ وَلَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ رَدَّ مَا تَقَدَّمَ مِنْ وَصِيَّتِهِ بِهِ لِزَيْدٍ فَقَدْ أَبْقَى لَهُ ثَمَنَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَتَيْنِ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ ثُمَّ أَوْصَى لِعَمْرٍو بِخِدْمَتِهِ سَنَةً أَنَّهُمَا يَتَحَاصَّانِ فِي خِدْمَتِهِ سَنَتَيْنِ يَضْرِبُ صَاحِبُ السَّنَتَيْنِ بِسَهْمَيْنِ وَصَاحِبُ السَّنَةِ بِسَهْمٍ، وَلَوْ قَالَ: يَخْدُمُ زَيْدًا سَنَةً ثُمَّ هُوَ حُرٌّ ثُمَّ قَالَ يَخْدِمُ فُلَانًا سَنَتَيْنِ لَتَحَاصَّا فِي خِدْمَةِ السَّنَةِ لِزَيْدٍ ثُلُثُهَا وَلِعَمْرٍو ثُلُثَاهَا فَيَكُونُ حُرًّا قَالَهُ كُلُّهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ اسْتَثْنَى فِي الْمَسْأَلَةِ الْأَخِيرَةِ خِدْمَةَ سَنَتَيْنِ قَبْلَ الْعِتْقِ وَاسْتَثْنَى فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ سَنَةً قَبْلَ الْعِتْقِ ثُمَّ أَوْصَى بِخِدْمَةِ سَنَتَيْنِ فَسَلِمَتْ السَّنَةُ الْأُولَى مِنْ مُعَارَضَةِ الْعِتْقِ وَعَارَضَ الْعِتْقُ الْخِدْمَةَ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ فَقُدِّمَ الْعِتْقُ، وَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الَّذِي أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ مَيْمُونٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِعَمْرٍو فَجَعَلَ ذَلِكَ رُجُوعًا؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَبْطُلُ فِي تِلْكَ السَّنَةِ وَهُوَ فِي مَسْأَلَتِهِ بَاقٍ ثَابِتُ الْحُكْمِ فَلَمْ تَكُنْ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ رُجُوعًا عَنْهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ لَهُ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِوَاحِدٍ مُسَمًّى مِنْهُمْ لِعَمْرٍو فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ حَمَلَ ذَلِكَ الثُّلُثَ فَالْعَبْدَانِ لِزَيْدٍ وَالْعَبْدُ

. . . .

[المنتقى]

الثَّالِثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَمْرٍو بِنِصْفَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَقَعَ التَّشْرِيكُ فَكَانَ بَيْنَهُمَا وَالْعَبْدَانِ سَلِمَا مِنْ ذَلِكَ فَسُلِّمَا لِمَنْ أَفْرَدَ بِهِمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِالْمِائَةِ الَّتِي عَلَى خَالِدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِزَيْدٍ فَلْيَضْرِبْ فِيهَا زَيْدٌ بِمِائَةٍ وَعَمْرٍو بِخَمْسِينَ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ الْمِائَةُ مُعَيَّنَةً لِمَنْ هِيَ عَلَيْهِ لَمْ تَتَعَدَّهَا الْوَصِيَّةُ وَلَمَّا أَوْصَى بِهَا لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو كَانَ كَأَنَّهُ أَوْصَى بِخَمْسِينَ مِنْهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ لَمَّا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِهَا مَرَّةً أُخْرَى فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِمِائَةٍ بَعْدَ أَنْ أَوْصَى لَهُ بِخَمْسِينَ فَسَقَطَتْ الْخَمْسُونَ وَكَانَ لَهُ مِائَةٌ يَضْرِبُ بِهَا وَيَضْرِبُ عَمْرٌو بِخَمْسِينَ فَيَكُونُ لِزَيْدٍ ثُلُثَا الْمِائَةِ وَلِعَمْرٍو ثُلُثُهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ وَأَوْصَى لِآخَرَ بِدَنَانِيرَ مُسَمَّاةٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ الْوَصِيَّتَيْنِ فَفِيهَا ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ: إحْدَاهَا: تَبْدِئَةُ الْجُزْءِ عَلَى التَّسْمِيَةِ، وَالثَّانِيَةُ: تَبْدِئَةُ التَّسْمِيَةِ عَلَى الْجُزْءِ، وَالثَّالِثَةُ: الْمُحَاصَّةُ بَيْنَهُمَا ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَبِالرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْجُزْءَ آكَدُ فِي بَابِ الْوَصَايَا مِنْ التَّسْمِيَةِ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِأَلْفٍ فَتَلِفَتْ التَّرِكَةُ كُلُّهَا إلَّا الْأَلْفَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْمُوصَى لَهُ إلَّا ثُلُثَهَا فَبَطَلَتْ التَّسْمِيَةُ وَرَجَعَتْ إلَى حُكْمِ الْجُزْءِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ التَّسْمِيَةَ آكَدُ مِنْ الْجُزْءِ لِلنَّصِّ عَلَى قَدْرِهَا بِوَجْهٍ غَيْرِ مُحْتَمِلٍ، وَالْجُزْءُ لَا تَتَقَدَّرُ بِهِ الْوَصِيَّةُ إلَّا بِوَجْهٍ مُحْتَمِلٍ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ أَنَّهُمَا جِهَتَانِ لِلِاسْتِحْقَاقِ بِالْوَصِيَّةِ فَلَمْ تَكُنْ إحْدَاهُمَا أَوْلَى مِنْ الْأُخْرَى وَرَجَعَ إلَى الْمُحَاصَّةِ، وَاسْتَدَلَّ سَحْنُونٌ عَلَى الْمُحَاصَّةِ أَنَّهُ قَدْ انْتَقَصَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا أُدْخِلَ عَلَيْهِ مِنْ صَاحِبِهِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي أَخْذِ الْمُوصَى لَهُ مَا تُوجِبُ الْوَصِيَّةُ لَهُ عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ فِي عَيْنِ مَا أُوصِيَ لَهُ بِهِ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي أَخْذِ الْمُوصَى لَهُ مَا تُوجِبُ الْوَصِيَّةُ لَهُ عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ فِي عَيْنِ مَا أُوصِيَ لَهُ بِهِ) وَذَلِكَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ عُرُوضًا كُلَّهَا، أَوْ عَيْنًا كُلَّهَا، أَوْ بَعْضَهَا عَيْنٌ وَبَعْضَهَا عَرَضٌ فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ عُرُوضًا كُلَّهَا، أَوْ بَعْضَهَا عَرَضٌ وَبَعْضَهَا عَيْنٌ فَأَوْصَى لَهُ بِعَرْضٍ مُعَيَّنٍ يَحْمِلُهُ الثُّلُثُ فَقَدْ رَوَى عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ فِيمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِعَبْدٍ ثَمَنُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا وَلَهُ أَمْوَالٌ عَرِيضَةٌ فَقَالَ الْوَرَثَةُ لَا نُحِبُّ أَنْ نُخَلِّصَ لَهُ الْعَبْدَ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُمْ إلَّا فِيمَا لَا يَسَعُهُ ثُلُثُهُ، أَوْ يُشْكِلُ اتِّسَاعُهُ لَهُ فَيُخَيَّرُوا بَيْنَ الْإِجَازَةِ وَالْقَطْعِ بِثُلُثِ جَمِيعِ مَالِ الْمَيِّتِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَوْصَى بِالْعَبْدِ وَهُوَ دُونَ الثُّلُثِ وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ مَالِهِ فَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ مَنْعُهُ مِنْ ذَلِكَ إلَّا لِوَجْهِ مَضَرَّةٍ تَلْحَقُهُمْ بِتَعْيِينِهِ، أَوْ الزِّيَادَةُ عَلَى الثُّلُثِ فَيَرُدُّ عِنْدَ ذَلِكَ إلَى الثُّلُثِ الَّذِي هُوَ نِهَايَةُ مَالِهِ فِيهِ مِنْ التَّصَرُّفِ.

وَهَذَا عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْ مَالِكٍ، وَذَلِكَ أَنَّ مَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ فَلَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَقَدْ

اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ فَقَالَ أَوَّلًا يَقْطَعُ فِيهِ بِثُلُثِ الْمَيِّتِ وَبِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ كِنَانَةٍ وَرَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يُقْطَعُ لَهُ بِالثُّلُثِ فِي تِلْكَ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَرَوَى الْقَوْلَيْنِ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذِهِ وَصِيَّةٌ عَالَتْ عَلَى الثُّلُثِ فَإِذَا لَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ رُدَّتْ إلَى ثُلُثِ التَّرِكَةِ كَمَا لَوْ كَانَ مُعْظَمُ الْمَالِ غَائِبًا، أَوْ دَيْنًا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي: مَا احْتَجَّ بِهِ أَشْهَبُ أَنَّ الْعَبْدَ لَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَخْلَعَ الثُّلُثَ لَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِنْ ضَمَانِ الْمُوصَى لَهُ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى اخْتِصَاصِ وَصِيَّتِهِ بِتِلْكَ الْعَيْنِ فَلَا يَنْقُلُ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى بِدَنَانِيرَ وَالتَّرِكَةُ كُلُّهَا عُرُوضٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ عُرُوضًا حَاضِرَةً وَأَوْصَى بِدَنَانِيرَ فَلَا يُنَاجِزُ فِيهَا وَتُبَاعُ عُرُوضُهُ وَتُعْطَى الدَّنَانِيرُ وَلَا يُخْلَعُ لَهُ الثُّلُثُ إنْ لَمْ يَصْبِرُوا عَلَيْهِ حَتَّى تُبَاعَ الْعُرُوض وَتُعْطَى قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَهَذَا كَالْعَيْنِ الْحَاضِرَةِ لَا تَعْيِينَ فِيهِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ وَالْمَالِ الْغَائِبِ وَلِيُعَجِّلَ وَصِيَّةَ الْمَيِّتِ فَإِذَا تَرَكَ مِائَةَ دِينَارٍ وَعُرُوضًا وَأَوْصَى بِمِائَةِ دِينَارٍ فَلَا يَنْتَظِرُ بَيْعَ ذَلِكَ وَتُعَجَّلُ وَصِيَّةُ الْمَيِّتِ مِنْ الْمِائَةِ الْعَيْنِ

(163/6)

. . . .

[المنتقى]

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ هَاهُنَا مَا يُوجِبُ النَّقْلَ عَمَّا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ وَإِذَا أَخْرَجَ الثُّلُثَ صَاحِبُ الْوَصِيَّةِ عَلَى وَجْهِهِ فَلَا تَخْيِيرَ بِالْقَطْعِ بِالثُّلُثِ لِمَنْ أَبَاهُ مِنْ الْوَرَثَةِ، أَوْ الْمُوصَى لَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَنَانِيرُ وَعُرُوضٌ فَأَوْصَى لَهُ بِدَنَانِيرَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ أَوْصَى بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ مُعَيَّنَةٍ لَمْ يُخَلِّفْ عَيْنًا غَيْرَهَا وَلَهُ عُرُوضٌ وَسَرَارِي وَرَقِيقٌ وَدَوَابُّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ حَاضِرَةً تُدْفَعُ إلَيْهِ الْعَشَرَةُ الدَّنَانِيرُ، وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، وَلَوْ لَمْ يُخَلِّفْ مِنْ الْعَيْنِ إلَّا خَمْسَةَ دَنَانِيرَ لَأَخَذَهَا وَبِيعَ لَهُ بِخَمْسَةٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ مِنْ الْعَيْنِ مَا يُخْرِجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلُثِهِ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ

بَيْنَ الْإِجَازَةِ، أَوْ الْقَطْعِ بِالثُّلُثِ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ إذَا اسْتَأْثَرَ عَلَيْهِمْ بِالْعَيْنِ وَأَبْقَى الْعُرُوضَ وَالدَّيْنَ فَلَهُمْ الْخِيَارُ فِي خَلْعِ الثُّلُثِ وَلَيْس ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْعَرْضِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ وَصِيَّتَهُ بِالْعَيْنِ تُنَفَّذُ مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ لِلْعَيْنِ مَزِيَّةً بِحُضُورِ مَنْفَعَةٍ، أَوْ عُمُومِهَا فِيهِ يَصِلُ إلَى كُلِّ شَيْءٍ مِنْ سَاعَتِهِ وَسَائِرُ الْعُرُوضِ مَنْفَعَتُهَا خَاصَّةٌ وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَنْتَقِلَ مِنْ مَنْفَعَتِهَا إلَى مَنْفَعَةٍ أُخْرَى لَمْ يَتَيَسَّرْ ذَلِكَ عَلَيْهِ كَتَيَسُّرِهِ بِالْعَيْنِ فَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي الِاسْتِبْدَادُ بِالْعَيْنِ وَكَانَ لَهُ الِاسْتِبْدَادُ بِعَرَضٍ مِنْ الْعُرُوضِ فَلَمَّا كَانَ لِلْعَيْنِ هَذَا الْحُكْمُ الْمُفْرَدُ صَارَ لَهُ حُكْمُ التَّرِكَةِ الْمُفْرَدَةِ فُرُوعِي ثُلُثُهُ وَفِيهِ مَعْنًى آخَرُ أَنَّهُ إذَا أَبَى الْوَرَثَةُ مِنْ الْإِجَازَةِ تَنَقَّلَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إلَى ثُلُثِ التَّرِكَةِ.

وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِدَارٍ وَلِآخَرَ بِعَبْدٍ وَلِآخَرَ بِحَائِطٍ فَكَانَ ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ الثُّلُثِ أَنَّهُ يُعْطِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا تُخْرِجُ لَهُ الْمُحَاصَّةُ فِي الْعَيْنِ الَّتِي سُمِّيَتْ لَهُ فَلَوْ أَوْصَى مَعَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ آخَرَ بِمِائَةِ دِينَارٍ لَقَطَعَ لَهُمْ بِالثُّلُثِ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ دُونَ مَا سُمِّيَ لَهُمْ قَالَ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا قَدْ عَالَتْ وَلَا بُدَّ مِنْ بَيْعِ ذَلِكَ، أَوْ بَعْضِهِ لِسَبَبِ الْعِتْقِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ –، وَهَذَا عِنْدِي يَقْتَضِي أَنَّهَا تَرِكَةٌ لَا عَيْنَ فِيهَا فَلَمَّا أُحْتِيجَ إلَى بَيْعِ شَيْءٍ مِنْهَا مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِالْعَيْنِ وَقَعَتْ الْمُحَاصَّةُ بَيْنَ صَاحِبِ الْعَيْنِ وَأَصْحَابِ الْأَعْيَانِ وَنُقِلَتْ الْوَصِيَّةُ إلَى ثُلُثِ التَّرِكَةِ لَمَّا أُجْتُمِعَ فِيهَا عَيْنٌ، أَوْ أَعْيَانٌ وَهِيَ كُلُّهَا عُرُوضٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ حَاضِرَةً فَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، أَوْ دَيْنًا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِأَشْهَبَ فِيمَنْ أَوْصَى بِهَذَا الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ لِزَيْدٍ وَبِهَذَا الْفَرَسِ بِعَيْنِهِ لِعَمْرٍو وَهُمَا حَاضِرَانِ فَإِنْ خَرَجَا مِنْ ثُلُثِ مَا حَضَرَ مَضَى ذَلِكَ وَإِلَّا نَفَذَ مِنْهُمَا مَا يَخْرُجُ مِنْ الْحَاضِرِ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الْحَاضِرِ ثَلَاثَمِائَةٍ الْفَرَسُ مِائَةٌ وَالْعَبْدُ مِائَةٌ أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ وَخُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوهُمَا النِّصْفَ الثَّانِيَ، أَوْ يُعْطُوهُمَا ثُلُثَ الْمَالِ الْغَائِبِ، وَهَذَا قَوْلُ أَشْهَبَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَقَدْ قِيلَ هَذَا وَنَحْنُ نَسْتَحْسِنُ إنْ لَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ أَنْ يُعْطَى الْمُوصَى لَهُمَا فِيمَا حَضَرَ وَغَابَ وَكُلُّ شَيْءٍ مِنْهُ، فَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ لَا تُنْقَلُ الْوَصِيَّةُ إلَى الثُّلُثِ مَعَ احْتِمَالِ الثُّلُثِ لَهَا وَإِنْ نَقَلَتْ غَيْبَةُ الْمَالِ اسْتِيعَابَ الْوَصِيَّةِ فِي الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا، وَإِنَّمَا يُنْقَلُ إلَى اسْتِيعَابِ الْوَصِيَّةِ فِيهَا أَنْ يَزِيدَ عَلَى ثُلُثِ التَّرِكَةِ كُلِّهَا وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ كُلَّ مَا مَنَعَ اسْتِيعَابَ الْوَصِيَّةِ فِي الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا نَقَلَ إلَى الثُّلُثِ كَالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ.

وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَلَمْ يَتْرُكْ إلَّا مَالًا

غَائِبًا، أَوْ دُيُونًا فَأَرَادَ الْمُوصَى لَهُ أَنْ يُعَجِّلُوهَا لَهُ، وَقَالَ الْوَرَثَةُ نَتَقَاضَى وَنُعْطِيك فَلْيُخَيَّرْ الْوَرَثَةُ فَإِمَّا عَجَّلُوا لَهُ الْعَشَرَةَ، أَوْ يَقْطَعُوا لَهُ بِالثُّلُثِ فَيَتَقَاضَى لِنَفْسِهِ وَيَنْتَظِرُ مَا غَابَ فَجَعَلَ تَغَيُّبَ الْمَالِ وَالدَّيْنِ يَنْقُلُ إلَى الثُّلُثِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ وَمُطَرِّفٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعِشْرِينَ وَمِائَةِ دِينَارٍ وَلَيْسَ فِي تَرِكَتِهِ حَاضِرٌ إلَّا مِائَةُ دِينَارٍ وَسَائِرُهُ غَائِبٌ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ فَإِنْ شَاءُوا أَعْطَوْا الْمِائَةَ الْحَاضِرَةَ وَأَتَمُّوا لَهُ مِنْ الْمَالِ الْغَائِبِ وَصِيَّتَهُ وَإِلَّا أَعْطَوْا لَهُ ثُلُثَ التَّرِكَةِ حَاضِرَهَا وَغَائِبَهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: وَكَذَلِكَ

(164/6)

. . . .

[المنتقى]

لَوْ أَوْصَى لَهُ بِدَنَانِيرَ مُعَيَّنَةٍ لَا تَخْرُجُ مِنْ حَاضِرِ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ سَوَاءٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ أَوْصَى بِدَنَانِيرَ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ إذَا لَمْ يَخْرُجْ مِمَّا حَضَرَ، وَإِنَّمَا اتَّبَعَهُمْ فِيهِ وَرَأَى فِي الِاسْتِحْسَانِ إنْ كَانَتْ الدَّنَانِيرُ مُعَيَّنَةً وَلَمْ يَحْمِلْهَا الثُّلُثُ وَلَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَلْيُعْطَ الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْ مَالِكٍ وَأَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ بِقَوْلِ مَالِكٍ الْآخَرِ أَنَّهُ يُحْمَلُ مَحْمَلَ الثُّلُثِ فِي الدَّارِ قَالَ أَصْبَغُ: وَأَمَّا إنْ أَوْصَى بِدَنَانِيرَ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ فَهِيَ جَارِيَةٌ فِي الْمَالِ عَلَى مَا شَرَطَ وَيَأْخُذُ مِنْ كُلِّ مَا حَضَرَ وَنَضَّ ثُلُثُهُ وَمِنْ ثَمَنِ مَا بِيعَ حَتَّى يَتِمَّ لَهُ مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ وَلَا يَكُونُ لَهُ ثُلُثُ التَّرِكَةِ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَا يُعْجِبُنَا قَوْلُهُ وَالصَّوَابُ قَوْلُ مَالِكٍ التَّعْجِيلُ أَبْرَأُ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَرَادَ تَعْجِيلَ الْمِائَةِ فَلَمْ يُنَفِّذْ لَهُ ذَلِكَ فَيَلْزَمُهُمْ الْخُرُوجُ مِنْ الثُّلُثِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا أَوْصَى بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ مُعَيَّنَةٍ وَلَمْ يَدَعْ عَيْنًا غَيْرَهَا وَلَهُ أَمْوَالٌ كَثِيرَةٌ مِنْهَا الْبَعِيدُ الْغَيْبَةِ وَالْأَجَلُ الْبَطِيءُ بَيْعُهُ وَالدَّيْنُ الْمُغَيَّبُ فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يَدْفَعُوا الْعَشَرَةَ، أَوْ يُعْطُوا ثُلُثَ الْجَمِيعِ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ لَمْ يَتْرُكْ إلَّا ثَلَاثَ دُورٍ وَأَرْضًا وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَمْسَةِ دَنَانِيرَ يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ أَنْ يُعْطُوهَا إيَّاهُ، أَوْ يَقْطَعُوا لَهُ ثُلُثَ الْمَيِّتِ وَلَا يَبِيعَ السُّلْطَانُ مِنْ دُورِهِ بِخَمْسَةِ دَنَانِيرَ قَالَ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِيهِ وَفِي الْمَالِ الْغَائِبِ وَالْمُفْتَرِقِ فَعَلَى هَذِهِ الْمَعَانِي النَّاقِلَةِ مَعَ احْتِمَالِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ الْوَصِيَّةَ

أَرْبَعَةٌ اثْنَانِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا كَوْنُ الْمَالِ غَائِبًا، أَوْ دَيْنًا وَمَعْنًى ثَالِثٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْوَصِيَّةُ عَيْنًا وَبَاقِي الْمَالِ عَرَضًا وَمَعْنًى رَابِعٌ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْوَصِيَّةُ عَيْنًا مُعَيَّنًا وَبَاقِي الْوَصِيَّةِ أَصْلًا يُنْتَظَرُ بَيْعُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَانَ لَهُ زَرْعٌ أَخْضَرُ وَثَمَرَةٌ صَغِيرَةٌ وَأَوْصَى بِوَصَايَا يَضِيقُ عَنْهَا الثُّلُثُ وَتَرَكَ رَقِيقًا فَإِنْ كَانَتْ الْوَصَايَا بِمَالٍ فَلْيَبِعْ الرَّقِيقَ وَلَا يُوقِفُ وَيُعْطِي لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَا نَضَّ فَإِذَا حَانَ بَيْعُ الزَّرْعِ وَالثَّمَرِ بِيعَ فَأَخَذُوا ثُلُثَ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إنْ كَانَ فِي الْوَصَايَا عِتْقٌ فَأَوْصَى بِبَعْضِ الرَّقِيقِ لِأَحَدٍ فَلَا يُبَاعُ مَنْ فِيهِ وَصِيَّةٌ وَيُوقَفُ، فَإِذَا حَلَّ بَيْعُ الزَّرْعِ بِيعَ وَلَا يُقْسَمُ مِنْ الْمَالِ شَيْءٌ ثُلُثٌ وَلَا غَيْرُهُ حَتَّى يُبَاعَ الزَّرْعُ إلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ فَيُقَسِّمُونَ بَقِيَّةَ الْمَالِ وَيَبْقَى لَهُمْ الزَّرْعُ وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ جَمِيعِ الرَّقِيقِ لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُمْ أَحَدٌ حَتَّى يَحِلَّ بَيْعُ الزَّرْعِ فَيُبَاعُ وَيُعْتَقُ مِنْهُمْ مَحْمَلُ الثُّلُثِ، رَوَاهُ عِيسَى وَأَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ أَصْبَغُ إلَّا أَنْ يَطُولَ أَمَدُ الزَّرْعِ فِي أَوَّلِ مَا يَبْذُرُهُ وَيَتَأَخَّرَ عَنْهُ الْأَشْهُرَ الْكَثِيرَةُ وَفِي ذَلِكَ

عَطَبُ الْحَيَوَانِ وَالضَّرَرُ عَلَى الْعَبِيدِ

فَلْيَعْتِقْ مِنْهُمْ مَا حَضَرَ وَيُرْجَأُ الزَّرْعُ.

وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ وَلَا يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ الْحَاضِرِ أَنَّهُ يُوقَفُ الْعَبْدُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الْمَالُ فَيُعْتَقُ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَا يَقْرُبُ مِنْ الْأَشْهُرِ الْيَسِيرَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ بَلْ يُعَجِّلُ مِنْ عِتْقِ الْعَبْدِ مَا حَمْلُهُ ثُلُثُ الْحَاضِرِ، وَلَوْ لَمْ يَحْضُرْ غَيْرُهُ وَكُلَّمَا حَضَرَ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْءٌ زِيدَ فِيهِ عِتْقُ ثُلُثِ ذَلِكَ حَتَّى يَتِمَّ عِتْقُهُ، أَوْ يُؤَيَّسَ مِنْ الْمَالِ وَلَا يُوقَفُ جَمِيعُ الْعَبْدِ لِاجْتِمَاعِ الْمَالِ وَنَحْوِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَّةِ الْبَعِيدَةِ قَالَ سَحْنُونٌ لَوْ كَانَ مَا قَالَهُ أَشْهَبُ لَأَخَذَ الْمَيِّتُ أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى ثُلُثَ الْحَاضِرِ فَصَارَ بَاقِي الْعَبْدِ مَوْقُوفًا عَلَى الْوَرَثَةِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِدَنَانِيرَ وَالتَّرِكَةُ عُرُوضٌ حَاضِرَةٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَصْبِرُ حَتَّى تُبَاعَ الْعُرُوض وَيُعْطَى، وَكَذَلِكَ إنْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ لَمْ يُعَجِّلْ حَتَّى يَعْرِفَ الْوَرَثَةُ تَجْهِيلَ الْمَالِ بِالْقِيمَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ لِيُعْرَفَ خُرُوجُهُ مِنْ الثُّلُثِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ تُبَاعُ لَهُ مِنْ سَاعَتِهِ

إلَّا أَنْ

يَكُونَ ضَرَرٌ فَيُؤَخَّرُ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(165/6)

. . . .

[المنتقى]

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي الْمُحَاصَّةِ بِالتَّعْمِيرِ وَمُدَّتِهِ) قَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يُوصِي بِثُلُثِ مَالِهِ لِزَيْدٍ وَبِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِعَمْرٍو مَا عَاشَ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ وَالْعَبْدُ ثُلُثُ مَالِ الْمَيِّتِ فَإِنَّ خِدْمَةَ الْعَبْدِ تُقَوَّمُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ تُقَوَّمُ خِدْمَتُهُ أَقَلَّ الْعُمْرَيْنِ عَلَى غَرَرِهِمَا غَيْرَ مَضْمُونَةٍ إنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ مَا جَعَلَ لَهُ مِنْ التَّعْمِيرِ فَمَا صَارَ لَهُ حَاصَّ بِهِ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِالثُّلُثِ بِمُنْتَهَى الثُّلُثِ فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، أَوْ إجَارَتِهِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَإِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ بِالْخِدْمَةِ عَتَقَ الْعَبْدُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ثُمَّ هُوَ حُرٌّ وَلَمْ يَتْرُكْ غَيْرَهُ وَلَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُعْتَقُ ثُلُثُ الْعَبْدِ وَتَبْطُلُ الْخِدْمَةُ، قَالَ أَشْهَبُ كُنْت أَقُولُ يَخْدُمُ بِثُلُثِهِ فُلَانًا سَنَةً ثُمَّ هُوَ حُرٌّ كَمَا يُفْعَلُ ذَلِكَ إذَا كَانَ الْعَبْدُ ثُلُثَ الْمَيِّتِ ثُمَّ رَأَيْت أَنْ يَبْدَأَ الْعِتْقُ عَلَى الْخِدْمَةِ لَمَّا حَالَتْ وَصِيَّةُ الْمَيِّتِ فَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ إلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَبْدَ لَوْ أُعْتِقَ جَمِيعُهُ لَزِمَتْهُ الْخِدْمَةُ فَإِذَا عَتَقَ ثُلُثُهُ أَيْضًا لَمْ تُخْرِجْهُ الْخِدْمَةُ عَمَّا أَوْصَى لَهُ بِهِ وَلَا يَزِيدُهُ فِي الْعِتْقِ إسْقَاطُ الْخِدْمَةِ فَلَزِمَتْ الْخِدْمَةُ مَا أُعْتِقَ مِنْهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الثُّلُثَ إذَا ضَاقَ عَنْ الْوَصَايَا قُدِّمَ الْعِتْقُ الْمُعَيَّنُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي إبْطَالَ الْوَصَايَا وَإِذَا لَمْ يُعْتَقْ مِنْ الْعَبْدِ إلَّا ثُلُثُهُ فَلَمْ يَمْنَعْ ضِيقُ الثُّلُثِ نُفُوذَ الْوَصِيَّةِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ إنْفَاذَ عِتْقِ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْهُ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ إلَّا بِإِبْطَالِ الْخِدْمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ قَدَّمَ التَّعْمِيرَ الْمَذْكُورَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ عُمْرَهُ، أَوْ بِالنَّفَقَةِ عُمْرَهُ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ

مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا يَعْمُرُونَ سَبْعِينَ سَنَةً، وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ ثَمَانِينَ سَنَةً وَرَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ تِسْعِينَ سَنَةً وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ يُعَمِّرُ أَعْمَارَ أَهْلِ زَمَانِهِ. وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ التَّعْمِيرُ فِي الْمَفْقُودِ مِنْ السَّبْعِينَ إلَى الْمِائَةِ، وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَالْمِائَةُ كَثِيرٌ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ السَّبْعِينَ هِيَ نِهَايَةُ الْعُمْرِ الْمُعْتَادِ غَالِبًا، وَإِنَّمَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ النَّادِرُ وَلَا يُحْكَمُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَنْ يَعْمُرُ عَلَيْهِ حَقٌّ فِي ذَلِكَ فَيَجِبُ أَنْ يُرَاعِيَ حَقَّ الْجَانِبَيْنِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ بِالثَّمَانِينَ أَنَّهُ عُمْرٌ قَدْ يَبْلُغُ مَعَ الصِّحَّةِ وَالتَّصَرُّفِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ وَشَذَّتْ فَإِنَّمَا يَكُونُ فِي حُكْمِ الْمَرَضِ فَكَانَ حُكْمُ التَّعْمِيرِ أَوْلَى بِالثَّمَانِينَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ بِالْمِائَةِ أَنَّهُ عَلَى حُكْمِ الْحَيَاةِ غَابَ فَلَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِالْمَوْتِ إلَّا بِالْيَقِينِ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ مِنْ الْأَمْرِ الَّذِي لَا يَبْلُغُهُ أَحَدٌ فِي زَمَانِنَا وَهِيَ الْمِائَةُ، وَإِنْ أَدَّى بُلُوغُهُ لِأَحَدٍ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ، أَوْ يَشِذُّ شُذُوذًا لَا يُرْجَى لِأَحَدٍ مِثْلِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْمَفْقُودِ مِنْ ذِكْرِ التَّعْمِيرِ إذَا أُضِيفَ إلَى هَذَا بَلَغَ مِنْهُ الْمَقْصُودُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَحُكْمُ التَّعْمِيرِ أَنْ يَنْظُرَ كَمْ مَضَى مِنْ عُمْرِهِ إلَى يَوْمِ يَسْتَحِقُّ الْأَخْذَ مِنْ الْوَصِيَّةِ وَيَنْظُرَ كَمْ بَقِيَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنْ التَّعْمِيرِ فَيُحَاصُّ بِمَا يَجِبُ لَهُ مِنْ النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ وَالسُّكْنَى أَهْلُ الْوَصَايَا، وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ يُعْطِيه وَلَا كَمْ يُوقَفُ لَهُ مِنْ الْوَصِيَّةِ إلَّا بِهَذَا الْوَجْهِ، وَلَوْ أَوْقَفْنَا لَهُ جَمِيعَ التَّرِكَةِ لَأَضْرَرْنَا بِالْوَرَثَةِ وَأَهْلِ الْوَصَايَا، وَلَوْ دَفَعْنَا جَمِيعَهَا إلَى الْوَرَثَةِ وَأَهْلِ الْوَصَايَا لَقَطَعْنَا حَقَّهُ مِنْ الْوَصِيَّةِ وَأَبْطَلْنَا مُرَادَ الْمُوصَى مِنْهَا مَعَ جَوَازِهَا فَلَمْ يَكُنْ يُؤْمَنُ التَّعْمِيرَ لِيَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنْ الْوَصِيَّةِ وَإِيصَالِ الْوَرَثَةِ وَأَهْلِ الْوَصَايَا إلَى حُقُوقِهِمْ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ، أَوْ الْخِدْمَةِ عُمْرَهُ فَعَمَّرَ وَحَاصَّ أَهْلَ الْوَصَايَا بِذَلِكَ فَهَلْ يَدْفَعُ إلَيْهِ مَا أَصَابَهُ فِي الْمُحَاصَّةِ مِنْ النَّفَقَةِ أَوْ يُوقَفُ لَهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ يُوقَفُ لَهُ وَلَا يَدْفَعُ إلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ الَّذِي لِكَوْنِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ حَيًّا، وَقَدْ تَخْتَرِمُهُ الْمَنِيَّةُ قَبْلَ ذَلِكَ، وَقَدْ أَتْلَفَ مَا خَرَجَ لَهُ التَّعْمِيرُ، وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ زَادَ عُمْرُهُ عَلَى مَا عَمَّرَ، أَوْ قَصُرَ عَنْ ذَلِكَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا بَقِيَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عُمْرِهِ رَدَّ إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا يَتَحَاصُّونَ

. . . .

[المنتقى]

فِيهِ ثُمَّ إنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ تَمَامِ وَصَايَاهُمْ رَجَعَ إلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ فَنِيَ مَا أَصَابَهُ وَهُوَ حَيٌّ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَهْلِ الْوَصَايَا بِشَيْءٍ وَلَمْ يُؤْتَنَفْ لَهُ تَعْمِيرٌ وَهُوَ كَحُكْمٍ مَضَى وَالْقِيَاسُ أَنْ يُؤْتَنَفَ التَّعْمِيرُ وَيَرْجِعَ عَلَى أَهْلِ الْوَصَايَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَا يَعْتَدِلُ قَوْلُهُ أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَصَايَا مَا فَضَلَ عَنْهُ مَعَ قَوْلِهِ إنْ فَنِيَ وَهُوَ حَيٌّ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِمْ وَلَا أُرَاهُ كُلَّهُ إلَّا مِنْ قَوْلِ أَصْبَغَ: وَمَا أَصَابَهُ فَهُوَ مَالٌ مِنْ مَالِهِ لَا مَرْجِعَ فِيهِ لِأَحَدٍ، وَلَا شَكَّ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ إلَى هَذَا رَجَعَ وَالْقَوْلُ الْآخَرُ فِي ائْتِنَافِ التَّعْمِيرِ فِي فِنَاءِ مَا أَعْطَى قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ مَوْتِهِ قَبْلَ أَنْ يَفْنَى هُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ وَبِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَقُولُ.

[الْبَابُ الرَّابِعُ فِي تَبْدِئَةِ بَعْضِ الْوَصَايَا عَلَى بَعْضٍ] 1

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا: لَا يُنْظَرُ إلَى مَا قَدَّمَهُ الْمَيِّتُ بِالذِّكْرِ فِي كِتَابِ وَصِيَّتِهِ، وَإِنَّمَا يُبْدَأُ بِالْأَوْكَدِ فَالْأَوْكَدِ إلَّا أَنْ يَكُونَ قَالَ كَذَا وَكَذَا فَيَبْدَأُ عَلَى مَا هُوَ أَوْكَدُ مِنْهُ وَفِي هَذَا الَّذِي قَالَهُ لَا يُنْظَرُ إلَى مَا قَدَّمَهُ الْمَيِّتُ فِي الذِّكْرِ وَفِي إطْلَاقِهِ نَظَرٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَالِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ فَأَمَّا مَا لَا يَرْجِعُ عَنْهُ مِنْ عِتْقٍ بُتِلَ فِي مَرَضِهِ وَعَطِيَّةٍ بُتِلَتْ وَتَدْبِيرٍ فِيهِ فَلَا يُبْدَأُ بِالْأَوْكَدِ وَلَكِنْ بِالْأَوَّلِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يَلْزَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَدِّمَ الْمُدَبَّرَ فِي الصِّحَّةِ عَلَى صَدَاقِ الْمَرِيضِ؛ لِأَنَّ مُدَبَّرَ الصِّحَّةِ لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَلْزَمُ عَلَى الْإِطْلَاقِ قَوْلُهُ فِي الْعَطِيَّةِ الْبَتْلَةُ أَنْ لَا يُقَدِّمَ الْمُدَبَّرُ فِي الصِّحَّةِ عَلَى وَصِيَّتِهِ فِي الصِّحَّةِ بِعِتْقٍ عَنْ قَتْلٍ خَطَأٍ، أَوْ ظِهَارٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ إلَّا أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ مَا يَلْزَمُهُ فَتَتَعَيَّنُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ فَيَلْزَمُ عَلَى ذَلِكَ مُدَبَّرَ الصِّحَّةِ عَلَى كُلِّ وَجْهٍ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ بِأَثَرِ ذَلِكَ.

وَلَوْ أَوْصَى بِهَذِهِ الْكَفَّارَاتِ وَبِالزَّكَاةِ وَقَالَ زِيدُوا عَلَى ذَلِكَ عِشْرِينَ دِينَارًا أَوْصَيْت بِهَا لِفُلَانٍ لَنُدِبَتْ قَالَ وَقَالَهُ أَصْبَغُ فَذَهَبَ فِي اللُّزُومِ وَمَنْعِ التَّبْدِئَةِ إلَى مَا بُتِلَ مِنْ عِتْقٍ، أَوْ عَطِيَّةٍ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ لَهُ أَنَّهُ يُمْنَعُ ذَلِكَ، وَإِنْ شَرَطَ التَّبْدِئَةَ فِي تَدْبِيرِ الْمَرَضِ فَحَصَلَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَالْمُوصَى بِعِتْقِهِ سَوَاءٌ وَلَا يَكَادُ يَتَحَصَّلُ لَهُ أَصْلٌ إلَّا عَلَى ضَعْفٍ وَهَذِهِ الزَّكَاةُ الَّتِي أَوْصَى بِهَا فِي الصِّحَّةِ، أَوْ فِي الْمَرَضِ قَبْلَ عِتْقٍ بَتْلٍ أَوْ مَعَهُ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ فَأَمَّا إنْ بَتَلَ عِتْقَ عَبْدِهِ ثُمَّ أَوْصَى بِزَكَاةٍ فَرَّطَ فِيهَا فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ أَنَّ الزَّكَاةَ

مُقَدَّمَةٌ عَلَى عِتْقِ الْبَتْلِ وَالتَّدْبِيرِ فِي الْمَرَضِ وَفَسَّرَهُ سَحْنُونٌ فَقَالَ هَذَا إنْ كَانَتْ الْوَصَايَا مَعًا، أَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالزَّكَاةِ قَبْلُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ بَرِئَ الْمَرِيضُ فَدَبَّرَ عَبْدًا ثُمَّ بَتَلَ عِتْقَ آخَرَ بُدِئَ بِالتَّدْبِيرِ، وَلَوْ بَدَأَ بِالْعِتْقِ لَبُدِئَ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُمَا مِنْ الثُّلُثِ مَا لَا يَرْجِعُ فِيهِ فَهُمَا مُتَّفِقَانِ فِي الْمَوْتِ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فَجَعَلَ التَّقْدِيمَ فِي الْمَرَضِ وَجْهًا مِنْ التَّرْتِيبِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الْمُدَبَّرِ فِي الصِّحَّةِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا كَانَ التَّدْبِيرُ مَعَ الزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَةِ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ التَّدْبِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ فَالزَّكَاةُ وَالْكَفَّارَاتُ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهِ قَالَ هُوَ وَالْمُغِيرَةُ وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَوْصَى بِزَكَاةٍ وَكَفَّارَاتِ أَيْمَانٍ قَدَّمَ الْمُدَبَّرَ فَرَاعَى التَّقْدِيمَ فِي الْوَصِيَّةِ بِاللَّازِمِ، وَإِنَّمَا رَاعَى التَّأْكِيدَ فِي اللَّفْظِ الْوَاحِدِ وَمَا كَانَ فِي حُكْمِ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فِيمَا يُبْدَأُ بِهِ مِمَّا يَكُونُ فِي الثُّلُثِ فَقَالَ الْعُتْبِيُّ وَابْنُ الْمَوَّازِ يَبْدَأُ بِصَدَاقِ الْمَرِيضِ، قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ صَدَاقِ مِثْلِهَا وَاخْتَلَفَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيهِ وَفِي تَدْبِيرِ الصِّحَّةِ فَقَدَّمَ الْمُدَبَّرَ مَرَّةً قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ قَالَ الْعُتْبِيُّ وَابْنُ الْمَوَّازِ وَقَدَّمَ الصَّدَاقَ أُخْرَى وَبِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ يُسَوِّي بَيْنَهُمَا بِالْمُحَاصَّةِ، فَوَجْهُ الْقَوْلِ بِتَقْدِيمِ الصَّدَاقِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلِفٌ فِي كَوْنِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَجْمُوعَةِ

(167/6)

. . . .

[المنتقى]

هُوَ كَالْجِنَايَةِ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ إنْ صَحَّ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ صَارَ كَالدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ وَرَأْسِ الْمَالِ وَالْمُدَبَّرُ لَا يَنْتَقِلُ مِنْ الثُّلُثِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّهُ أَمْرٌ لَزِمَ فِي الصِّحَّةِ فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَى مَا يَلْزَمُ فِي الْمَرَضِ كَمَا يُقَدَّمُ عَلَى الْعِتْقِ الْبَتْلُ فِي الْمَرَضِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِذَا ثَبَتَ تَقْدِيمُ هَذَيْنِ الِاثْنَيْنِ فَلَا خِلَافَ فِي تَقْدِيمِهِمَا عَلَى كُلِّ مَا يَكُونُ فِي الثُّلُثِ إلَّا مَا قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَهُوَ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ أَنَّ الزَّكَاةَ وَالْكَفَّارَةَ مُقَدَّمَانِ عَلَى التَّدْبِيرِ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّ التَّدْبِيرَ أَمْرٌ لَازِمٌ حَالَ الصِّحَّةِ مُخْتَصٌّ بِالْعِتْقِ وَلِلْعِتْقِ تَأْثِيرٌ فِي التَّقْدِيمِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ هَذِهِ حُقُوقٌ لَازِمَةٌ مُتَقَدِّمَةٌ بِالشَّرْعِ فَكَانَتْ مُقَدَّمَةً عَلَى مَا يَلْتَزِمُهُ الْمَرْءُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلِذَلِكَ قُدِّمَ عَلَى سَائِرِ الْوَصَايَا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ تَقْدِيمُ الصَّدَاقِ وَالْمُدَبَّرِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ تَلِيهِمَا الْوَصِيَّةُ بِمَا فَرَّطَ فِيهِ مِنْ الزَّكَاةِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ.

وَقَالَ مَالِكٌ الزَّكَاةُ مُبْدَأَةٌ عَلَى كُلِّ كَفَّارَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْتَالٍ فِي الْمَرَضِ وَوَصِيَّتِهِ يُرِيدُ بِذَلِكَ إذَا أَوْصَى بِهَا وَرَوَى الْبَرْقِيُّ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ الْعِتْقَ يُرِيدُ الْمُعَيَّنَ يُقَدَّمُ عَلَى الزَّكَاةِ وَالزَّكَاةُ تُقَدَّمُ عَلَى الصَّدَقَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَحَبُّ إلَيْنَا.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ إذَا أَوْصَى بِوَصَايَا بِزَكَاتِهِ لِعَامَّةٍ، أَوْ لِعَامٍ فَارِطٍ وَزَكَاةِ فِطْرِهِ وَكَفَّارَةِ ظِهَارٍ وَقَتْلٍ وَجَزَاءِ صَيْدٍ وَكَفَّارَةِ أَيْمَانٍ وَمَا بَتَلَ فِي مَرَضِهِ مِنْ عَطِيَّةٍ، أَوْ صَدَقَةٍ، أَوْ حَبْسٍ، أَوْ أَصْدَقَ عَمَّنْ لَيْسَ بِوَلَدٍ فَذَلِكَ مَبْدَأٌ عَلَى الزَّكَاةِ يُوصِي بِهِمَا مِمَّا قَدْ فَرَّطَ فِيهِمَا وَعَلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْوَصَايَا، وَكَذَلِكَ الْمُدَبَّرُ فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الزَّكَاةِ الْمُفَرَّطِ فِيهَا إذَا أَوْصَى بِهَا فَهَذِهِ الْوَاجِبَاتُ كُلُّهَا لَا يُقَدَّمُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ وَتُقَدَّمُ هِيَ عَلَى الْوَصَايَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الزَّكَاةَ إقْرَارٌ بِأَمْرٍ مُقَدَّمٍ وُجُوبُهُ بِالشَّرْعِ فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَى مَا ثَبَتَ مِنْ فِعْلِهِ وَعَلَى مَا أَوْجَبَهُ هُوَ عَلَى نَفْسِهِ كَالصَّلَوَاتِ وَالصَّوْمِ مَا وَجَبَ مِنْهَا بِالشَّرْعِ آكَدُ مِمَّا أَوْجَبَهُ هُوَ عَلَى نَفْسِهِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ الْمُبْتَلَى فِي الْمَرَضِ يُقْدِمُ عَلَى الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَاءَ قَالَ لَمْ تَكُنْ عَلَى زَكَاةٍ وَقَالَهُ كُلَّهُ فَقَدْ كُنْت أَقُولُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ أَوْصَى بِالزَّكَاةِ حَالَ مَرَضِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ لَكِنَّهُ عَلَّلَ بِمَا قَدَّمَ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي ضَعْفَهَا عِنْدَهُ لَمَّا كَانَتْ مَصْرُوفَةً إلَى أَمَانَتِهِ وَهَذِهِ صِفَةٌ تَتَسَاوَى الْوَصِيَّةُ بِهَا حَالَ الصِّحَّةِ وَحَالَ الْمَرَضِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِ الزَّكَاةِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ زَكَاةُ الْمَالِ وَالْحَبِّ وَالْمَاشِيَةِ سَوَاءٌ يُحَاصُّ بَيْنَهُمَا عِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ وَيَبْدَأُ ذَلِكَ عَلَى زَكَاةِ الْفِطْرِ؛ لِأَنَّهَا سُنَّةٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ تَبْدَأُ زَكَاةُ الْمَالِ ثُمَّ زَكَاةُ الْفِطْرِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ زَكَاةَ الْمَالِ وَزَكَاةَ الْفِطْرِ سَوَاءٌ وَجْهُ قَوْلِنَا بِتَقْدِيمِ زَكَاةِ الْمَالِ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ بِنَصِّ الْقُرْآنِ فَكَانَتْ أَقْوَى مِمَّا ثَبَتَ بِأَخْبَارِ الْآحَادِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُمَا زَكَاتَانِ وَاجِبَتَانِ فَلَمْ تُقَدَّمْ إحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى كَزَكَاةِ الْعَيْنِ وَزَكَاةِ الْمَاشِيَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِ الزَّكَاةِ بَعْدَ الْمُدَبَّرِ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَدْ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ ثُمَّ بَعْدَهَا عِتْقُ الظِّهَارِ وَعِتْقُ الْقَتْلِ عَلَى وَجْهِ الْخَطَأِ وَجْهُ تَقْدِيمِ الزَّكَاةِ عَلَيْهِمَا مَا قَدَّمْنَا مِنْ وُجُوبِهَا بِالشَّرْعِ وَأَيْضًا فَإِنَّ لِهَذَا الْعِتْقِ بُدٌّ لَا يُجْزِئُ عَنْهُ عِنْدَ عَدَمِهِ وَلَا بَدَلَ لِلزَّكَاةِ فَكَانَتْ آكَدُ، وَهَذَا فِي قَتْلِ الْخَطَأِ، وَأَمَّا قَتْلُ الْعَمْدِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ كَفَّارَةَ الظِّهَارِ مُقَدَّمَةٌ إذْ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ فِي الْعَمْدِ وَسَيَرِدُ بَيَانُ نَفْيِ وُجُوبِهَا فِي الْجِنَايَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ الْعِتْقِ لَهُمَا فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَا يُعْتَقُ عَنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ وَيُطْعَمُ عَنْ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ نَفَّذَ ذَلِكَ إذْ لَا إطْعَامَ فِي الْقَتْلِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الثُّلُثِ غَيْرُ رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ أَخْرَجَهَا وَرَثَتُهُ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءُوا.

وَقَالَ أَصْبَغُ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُخْرِجَ عَنْ الْقَتْلِ لَعَلَّهُ يَظْهَرُ لَهُ مَالٌ فَيُطْعِمُ عَنْهُ فَإِنْ أَيِسَ مِنْ ذَلِكَ فَعَنْ أَيِّهِمَا شَاءُوا، وَهَذَا قَوْلٌ آخَرُ فِي الْمُسَاوَاةِ بَيْنَهُمَا غَيْرُ رِوَايَةِ الْقُرْعَةِ وَغَيْرُ رِوَايَةِ الْمُحَاصَّةِ وَهِيَ رِوَايَةُ تَخْيِيرِ الْمُنَفِّذِ لِلْوَصِيَّةِ فِي أَنْ يُخْرِجَ الرَّقَبَةَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءُوا، وَأَمَّا قَوْلُهُ يُطْعِمُ عَنْ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ فَقَدْ قَالَ

(168/6)

. . . .

[المنتقى]

ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّهَا رِوَايَةٌ مَبْنِيَّةٌ عَلَى تَقْدِيمِ عِتْقِ الْقَتْلِ فَإِنْ بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلظِّهَارِ مَا يُطْعِمُ عَنْهُ أَطْعَمَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَنْتَقِلَ الْفَرْضُ إلَيْهِ لِتَعَذُّرِ الصِّيَامِ وَالْعِتْقِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ مَنْ أَوْصَى بِعِتْقٍ عَنْ ظِهَارٍ فَلَمْ يَبْلُغْ ثَمَنُهُ أَطْعَمَ عَنْهُ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ ثُمَّ الْكَفَّارَاتُ يَبْدَأُ مِنْهَا مَا فِيهِ عِتْقٌ عَلَى الطَّعَامِ ثُمَّ إطْعَامُ الظِّهَارِ فَأَشَارَ إلَى أَنَّهَا إذَا انْتَقَلَتْ إلَى الطَّعَامِ لِنَقْصِ حِصَّتِهَا مِنْ الثُّلُثِ عَنْ الْعِتْقِ نَقَصَتْ رُتْبَتُهَا عَنْ رُتْبَةِ مَا لَا يَنْتَقِلُ عَنْ الْعِتْقِ فِي الْوَصِيَّةِ.

1 –

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ إطْعَامُ السِّتِّينَ أَطْعَمَ مَا بَلَغَ وَإِنْ زَادَ عَلَى السِّتِّينَ أُعِينَ

بِهِ فِي رَقَبَةٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُطْعِمْ فِي كَفَّارَةٍ أَكْثَرَ مِنْ سِتِّينَ وَقَدْ صَارَ لَهُ مِنْ الثُّلُثِ أَكْثَرُ مِنْ السِّتِّينَ كَانَ اسْتِيعَابُ ذَلِكَ أَوْلَى وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ إلَّا بِالْعَوْنِ فِي رَقَبَةٍ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ أَنْ لَا تَبْطُلَ بِالتَّبْعِيضِ وَقِيلَ لِابْنِ الْقَاسِمِ إنْ لَمْ يُوصِ إلَّا بِكَفَّارَةِ قَتْلٍ فَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهَا أَيَرْجِعُ إلَى الْوَرَثَةِ؟ قَالَ: لَا، قِيلَ: يُعَانُ بِهَا فِي رَقَبَةٍ قَالَ عِيسَى قَالَ أَصْبَغُ يُعَانُ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَلَيْسَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ عَلَى رِوَايَةِ الْمُحَاصَّةِ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ الْقَرَوِيِّينَ إلَى أَنَّ مَعْنَى التَّحَاصُصِ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَا وَقَعَ لِلظِّهَارِ أُطْعِمَ بِهِ وَمَا وَقَعَ لِلْقَتْلِ أُعِينَ بِهِ فِي رَقَبَةٍ، وَهَذَا أَشْبَهُ بِالْمُحَاصَّةِ وَعِنْدِي أَنَّهُ يُقَسِّمُ مَا أَصَابَ الرَّقَبَتَيْنِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي ذَلِكَ فَقَدْ ابْتَدَأَ بِالْقَتْلِ، وَقَالَ يُحَاصُّ بَيْنَهُمَا وَرَوَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَبِهِ قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ الْإِبْيَانِيُّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ ثُمَّ إطْعَامُ الظِّهَارِ ثُمَّ كَفَّارَةُ الْأَيْمَانِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ عَلَيْهِمَا كَفَّارَةُ الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِيهَا أَثْبَتُ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ إلَّا مَعَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَكَفَّارَةُ الْأَيْمَانِ عَلَى التَّخْيِيرِ وَلِلْعِتْقِ تَأْثِيرٌ فِي التَّقْدِيمِ فَمَا كَانَ حُكْمُ الْعِتْقِ فِيهِ أَثْبَتُ كَانَ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ.

(فَرْعٌ) وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إنَّمَا يَبْدَأُ بِكَفَّارَةِ الْأَيْمَانِ إنْ كَانَتْ عَلَيْهِ فِيمَا عُلِمَ فَأَمَّا إنْ أَوْصَى بِهَا تَنَحِّيًا، أَوْ تَحَرُّجًا فَلَا تَبْدَأُ هَذِهِ وَهِيَ كَالْوَصَايَا بِالصَّدَقَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

ثُمَّ كَفَّارَةُ الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الْأَيْمَانِ؛ لِأَنَّ كَفَّارَةَ الْيَمِينِ ثَابِتَةٌ بِنَصِّ الْقُرْآنِ وَكَفَّارَةَ الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ ثَابِتَةٌ بِخَبَرِ آحَادٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

ثُمَّ كَفَّارَةُ التَّفْرِيطِ فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الْفِطْرِ؛ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ بِالنَّصِّ وَكَفَّارَةُ التَّفْرِيطِ ثَابِتَةٌ بِالِاجْتِهَادِ عَلَى أَنَّ قَوْلَنَا: إنَّ أَخْبَارَ الْآحَادِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْقِيَاسِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فَيَجِبُ أَنْ يَتَحَاصَّا.

وَقَدْ رَأَيْت أَبَا مُحَمَّدٍ عَبْدَ الْحَقِّ ذَكَرَ تَأْثِيرَ كَفَّارَةِ الْفِطْرِ وَالنَّذْرِ وَلَمْ يَذْكُرْ كَفَّارَةَ تَفْرِيطِ الْقَضَاءِ وَلَعَلَّهُ ذَهَبَ إلَى أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ كَفَّارَةِ الْفِطْرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِيهَا فَقَالَ يَتَحَاصَّانِ.

وَقَالَ يَبْدَأُ بِكَفَّارَةِ الْقَتْلِ إذْ لِلْكَفَّارَةِ لِلظِّهَارِ بَدَلٌ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ بِالْقَوْلَيْنِ، وَقَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْحَقِّ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ قِيلَ أَنَّهُ مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ وَهَذَا الَّذِي

ذَكَرَهُ لِأَبِي الْعَبَّاسِ فِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ بَعْدَ عِتْقِ الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ ثُمَّ الْعِتْقِ الْبَتْلُ فِي الْمَرَضِ وَالتَّدْبِيرُ فِي الْمَرَضِ، وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ: ثُمَّ الْكَفَّارَاتُ، وَيَبْدَأُ مِنْهَا بِمَا فِيهِ عِتْقٌ ثُمَّ الْإِطْعَامُ ثُمَّ كَفَّارَاتُ الْأَيْمَانِ وَهُوَ الْأَوَّلُ الَّذِي أَوْرَدَهُ عِنْدَ الِاسْتِيعَابِ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا عَلَيْهِ مَا يُقَدَّمُ؛ لِأَنَّهَا كُلَّهَا أُمُورٌ لَازِمَةٌ لِأَسْبَابٍ مُوجِبَةٍ وَوُجِدَتْ الْوَصِيَّةُ بِهَا قَبْلَ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْعِتْقِ وَغَيْرِهِ.
وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ الْمُدَبَّرَ فِي الْمَرَضِ وَالْمُبْتَلَّ فِيهِ يَبْدَأُ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي غَيْرِ الْمَوَّازِيَّةِ، وَقَالَ مُطَرِّفٌ الْمُبْتَلُّ فِي الْمَرَضِ يَبْدَأُ عَلَى الْمُدَبَّرِ فِيهِ وَالْمُدَبَّرُ فِيهِ وَالْمُوصَى بِعِتْقِهِ يَتَحَاصَّانِ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَبَّرِ وَالْمُوصَى بِعِتْقٍ وَجْهُ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالْمُبْتَلِّ فِي الْمَرَضِ أَنَّهُمَا لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا وَبِذَلِكَ فَارَقَا الْمُوصَى

(169/6)

. . . .

[المنتقى]
بِعِتْقِهِ.
وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ وَمُطَرِّفٍ أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَالْمُوصَى بِعِتْقِهِ لَا يَخْرُجُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ بِإِفَاقَةِ الْمُوصِي وَالْمُبَتِّلِ مُتَعَلِّقٌ بِرَأْسِ الْمَالِ بِإِفَاقَتِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَيَبْدَأُ بَتْلُ الْعَطِيَّةِ فِي الْمَرَضِ عَلَى الْمُوصَى بِعِتْقِهِ بِعَيْنِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِرَأْسِ الْمَالِ بِالْإِفَاقَةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي تَبْدِئَةِ الْعِتْقِ الْبَتْلِ وَالتَّدْبِيرِ فِي الْمَرَضِ عَلَى الْمُوصَى بِعِتْقِهِ فَقَالَ يَبْدَأُ الْبَتْلُ وَالْمُدَبَّرُ عَلَى الْمُوصَى بِعِتْقِهِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَشْهَبُ.
وَقَالَ أَشْهَبُ: يَتَحَاصُّونَ وَبَلَغَنِي أَنَّ هَذَا آخِرُ قَوْلِ مَالِكٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ قَالَ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ وَالْمَبْتُولُ فِي الْمَرَضِ وَالْمُدَبَّرُ يَتَحَاصُّونَ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِمَا تَقَدَّمَ وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ لِلْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّهُ كَأَنَّهُ قَالَ أَنْتُمَا حُرَّانِ إنْ مِتُّ فَإِنْ عِشْت فَأَنْتَ يَا فُلَانُ لِأَحَدِهِمَا حُرٌّ فَلَمْ يُفَضِّلْهُ عَلَيْهِ فِي مَوْتِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ؛ لِأَنَّهُ قَالَ لَهُ إنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عِشْت

فَأَنْتَ حُرٌّ فَلَوْ تَعَجَّلَ لَهُ الْعِتْقَ بَتْلًا لَكَانَ كَمَا قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَاءَ بَاعَهُ فِي مَرَضِهِ وَيَبْقَى قَوْلُهُ إنْ عِشْت فَأَنْتَ حُرٌّ فَيَلْزَمُهُ إنْ عَاشَ وَلَوْ كَانَ بَتَلَ عِتْقَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ أَدَانَ دَيْنًا ثُمَّ صَحَّ لَنَفَذَ عِتْقُهُ وَكَانَ عِنْدِي لَا يَكُونُ لَهُ الرُّجُوعُ فِي عِتْقِهِ فِي مَرَضِهِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ تَصَدَّقَ فِي مَرَضِهِ بِصَدَقَةٍ عَلَى رَجُلٍ بَتَلَهَا لَهُ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ صَدَقَةَ الْبَتْلِ مُقَدَّمَةٌ.

وَقَالَ ابْنُ دِينَارٍ وَتُقَدَّمُ أَيْضًا عَلَى الْوَصِيَّةِ بِعِتْقٍ مُعَيَّنٍ إذْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ قَالَ سَحْنُونٌ كَانَتْ الْعَطِيَّةُ قَبْلَ وَصِيَّةِ الْعِتْقِ، أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إذَا بَتَلَ فِي مَرَضِهِ عَطِيَّةً، أَوْ صَدَقَةً، أَوْ حَبْسًا، أَوْ سَاقَ عَمَّنْ لَيْسَ بِوَارِثٍ صَدَاقًا فَذَلِكَ مَبْدَأٌ عَلَى عِتْقِ الْوَصِيَّةِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ بِعَيْنِهِ وَعَلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْوَصَايَا إلَّا عِتْقُ الْبَتْلِ فَالْعِتْقُ أَوْلَى وَهُمَا أَوْلَى مِنْ الْمُدَبَّرِ فِي الْمَرَضِ وَالْمُدَبَّرُ فِيهِ مُبْدَأٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِزَكَاةٍ فَرَّطَ فِيهَا، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ تُوقَفُ فِي تَبْدِئَةِ الصَّدَقَةِ الْبَتْلُ عَلَى الْوَصَايَا، وَكَذَلِكَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَيَبْدَأُ أَحَبُّ إلَيَّ، وَأَمَّا عَلَى الْعِتْقِ بِعَيْنِهِ فَلَا وَيَبْدَأُ الْعِتْقُ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا كُلُّهُ إذَا كَانَ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ وَمَا حُكْمُهُ حُكْمُ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ فَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ إذَا كَانَ أَمْرُهُمَا فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ فِي مَرَضِهِ فَقَالَ هَذَا مُدَبَّرٌ وَهَذَا حُرٌّ بَتْلًا تَحَاصَّا بَعْدَ مَوْتِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَوْ بَدَأَ فِي مَرَضِهِ فَدَبَّرَ هَذَا ثُمَّ بَتَلَ هَذَا، أَوْ بَتَلَ هَذَا ثُمَّ دَبَّرَ هَذَا بُدِئَ بِالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِنْ الثُّلُثِ مَا لَا يَرْجِعُ فِيهِ وَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ مُبْدَآنِ عَلَى الْمُوصَى بِعِتْقِهِ.

(فَرْعٌ) قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْكَلَامُ الْمُتَّصِلُ لَا صِمَاتَ بَيْنَهُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِنَا فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْوَاضِحَةِ مَا كَانَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ وَفَوْرٍ وَاحِدٍ فَهُمَا مَعًا، وَأَمَّا مَا كَانَ فِي فَوْرٍ بَعْدَ فَوْرٍ فَالْأَوَّلُ مُبْدَأٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْعِتْقُ الْمُوصَى بِهِ يَتَسَاوَى فِيهِ الْعَبِيدُ إنْ بَدَأَ بِذِكْرِ بَعْضِهِمْ قَبْلَ بَعْضٍ، وَأَمَّا إذَا بَتَلَ فِي الْمَرَضِ فَبَدَأَ بِوَاحِدٍ قَبْلَ وَاحِدٍ وَدَبَّرَ كَذَلِكَ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ ثُمَّ الَّذِي يَلِيه مَا لَمْ يَكُنْ كَلَامًا مُتَّصِلًا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ فُلَانٌ حُرٌّ بَتْلًا ثُمَّ يَسْكُتُ سُكُوتًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ غَيْرَهُ ثُمَّ يَبْدَأُ فَيَبْتِلُ غَيْرَهُ فَهَذَانِ يَتَحَاصَّانِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَتَلَ عِتْقَ عَبْدٍ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ بَتَلَ مِنْ آخَرَ نِصْفَهُ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِعَبْدِ الْمَلِكِ يَبْدَأُ الَّذِي بَتَلَ عِتْقَهُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُتِمَّهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إنَّمَا يَسْتَتِمُّ مِنْ ثُلُثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَوْ صَحَّ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَسْتَتِمَّ عَلَيْهِ وَالْعَطِيَّةُ الْبَتْلُ تَقَدَّمَ عَلَى اسْتِتْمَامِهِ وَاسْتِتْمَامُهُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُوصَى بِعِتْقِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَهَذَا شَيْءٌ يَلْزَمُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا عِتْقُ الْبَتْلِ وَعَطِيَّةُ الْبَتْلِ فِي الْمَرَضِ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ الْعِتْقَ يُقَدَّمُ عَلَى الْعَطِيَّةِ قَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ إنْ كَانَ عِتْقُهُ وَعَطِيَّتُهُ يَعْنِي الْمُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ وَقَعَا مَعًا فَإِمَّا أَنْ يَبْدَأَ بِأَحَدِهِمَا فَهُوَ الْمُبْدَأُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

ثُمَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ مُعَيَّنًا يُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ الْوَصَايَا قَالَهُ مَالِكٌ قَالَ أَشْهَبُ، وَإِنَّمَا يُقَدَّمُ الْعِتْقُ بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شَخْصًا مِنْ عَبْدٍ اسْتَتَمَّ عَلَيْهِ وَلَا

(170/6)

. . . .

[المنتقى]

يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي صَدَقَةٍ وَلَا غَيْرِهَا قَالَ أَشْهَبُ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا يَبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا الْعِتْقُ بِعَيْنِهِ كَانَ فِي مِلْكٍ أَوْ غَيْرِ مِلْكٍ وَمَا لَمْ يَكُنْ بِعَيْنِهِ فَلَا تَبْدِئَةَ لَهُ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّهَا تَبْدِئَةٌ بِمَالٍ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي حَازِمٍ لَا يَبْدَأُ إلَّا مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الرَّقَبَةَ الْمُسَمَّاةَ لِلشِّرَاءِ، أَوْ الْعِتْقِ قَدْ اُخْتُصَّ الْعِتْقُ بِهَا كَالَّتِي فِي مِلْكِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا رَقَبَةٌ لَا تَخْتَصُّ بِمِلْكِهِ كَالَّتِي لَمْ تُعَيَّنْ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِهَا عَلَى الْوَصَايَا فَإِنْ اجْتَمَعَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ وَأَشْهَبَ وَعَبْدِ الْمَلِكِ قُدِّمَتْ الَّتِي فِي مِلْكِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ يَتَحَاصَّانِ وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعُلَمَاءَ أَجْمَعُوا إلَّا مَنْ شَذَّ أَنَّ الَّتِي فِي مِلْكِهِ تَبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَبْدَءُونَ الَّتِي فِي غَيْرِ مِلْكِهِ عَلَى الْوَصَايَا وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ عَبْدُ الْمَلِكِ أَنَّهُ يَبْدَأُ الَّتِي فِي مِلْكِهِ فَتَتِمُّ حُرِّيَّتُهُ وَلَعَلَّ الْآخَرُ لَا يَتِمُّ شِرَاؤُهُ بِامْتِنَاعٍ، أَوْ غَيْرِهِ وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُمَا مُعَيَّنَانِ كَمَا لَوْ كَانَتَا فِي مِلْكِهِ.

(فَرْعٌ) وَالرَّقَبَةُ الَّتِي فِي مِلْكِهِ وَالْمُسَمَّاةُ إنْ دَخَلَهُمَا عَوْلٌ عَتَقَ مِنْهُمَا مَبْلَغُ الثُّلُثِ وَالَّذِي يُغَيَّرُ عَيْنُهَا إنْ دَخَلَهَا عَوْلٌ اشْتَرَى مَا يَقَعُ لَهَا رَقَبَةً فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ أُعِينَ بِهَا فِيمَا يَصِيرُ حُرًّا كُلُّهُ قَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَوْصَى بِعِتْقِ أَحَدِ أَعْبُدِهِ نَاجِزًا وَبِعِتْقِ الْآخَرِ إلَى شَهْرٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَتَحَاصَّانِ فِيمَا قَرُبَ مِنْ الْأَجَلِ، وَيُقَدَّمُ الْبَتْلُ فِيمَا بَعُدَ مِنْهُ وَاخْتُلِفَ فِي تَقْدِيرِ الْقُرْبِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الشَّهْرُ قَرِيبٌ وَقَالَ أَشْهَبُ الشَّهْرُ كَثِيرٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْيَوْمُ وَالْيَوْمَانِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ أَحَدُ عَبْدَيْهِ إلَى أَجَلٍ وَأَنْ يُكَاتَبَ الْآخَرُ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ يَتَحَاصَّانِ، وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَتَحَاصَّانِ إذَا كَانَ الْأَجَلُ سَنَةً.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يَبْدَأُ بِالْمُؤَجَّلِ قَالَ فِي الْوَاضِحَةِ، وَإِنْ كَانَ أَجَلُهُ بَعِيدًا كَالسَّنَةِ وَالسَّنَتَيْنِ وَفِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ كَانَ إلَى أَجَلٍ طَوِيلٍ فَإِنَّهُمَا يَتَحَاصَّانِ فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَا أَوْصَى بِهِ وَتَسْقُطُ الْخِدْمَةُ وَالْكِتَابَةُ وَهُمَا مَبْدَآنِ عَلَى رَقَبَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ كَانَ ذَلِكَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ فَوْرٍ بَعْدَ فَوْرٍ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَا يَدْخُلُ الْمُكَاتَبُ فِي شَيْءٍ مِنْ خِدْمَةِ الْمُؤَجَّلِ قَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ احْتَجَّ بِشَيْءٍ فَظَنَّ أَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّنَا لَوْ أَدْخَلْنَاهُ فِيهَا لَكَانَ تَبْدِئَةً مِنَّا لِلْمُكَاتَبِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا انْعَقَدَ فِيهِ عَقْدٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ وَاقْتَرَنَ بِهِ أَجَلٌ وَلِلْمُكَاتَبِ مَزِيَّةٌ فَإِنَّهُ قَدْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْ السَّيِّدِ وَامْتَنَعَ انْتِزَاعُ مَالِهِ فَأَقَلُّ مَا يَقْتَضِي ذَلِكَ أَنْ لَا يُقَدَّمَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ الْمُؤَجَّلُ، وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمَوَّازِ لِلْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّهُ عِتْقُ بَتْلٍ وَلَا يُخَافُ عَلَيْهِ عَجْزُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ مَكَاتِبِهِ وَبِعِتْقِ عَبْدِهِ تَحَاصَّا رَوَاهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَاتَيْنِ وَصِيَّتَانِ بِعِتْقٍ فِي مُعَيَّنٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ مُكَاتَبِهِ وَلِمُكَاتَبِهِ عَبْدٌ آخَرُ لَقَدَّمَ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ لِلْعِتْقِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُوضَعُ مِنْ ثَمَنِهِ ثُلُثَهُ وَيُقَدَّمُ عَلَى الْوَصَايَا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْحَقِّ ثُمَّ النَّذْرُ مِثْلُ قَوْلِهِ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا عَلَى مَا يَذْكُرُ عَنْ أَبِي مُوسَى بْنِ مُنَاسٍ وَذَهَبَ هُوَ وَبَعْضُ شُيُوخِ بَلَدِهِ إلَى قَوْلِ أَبِي مُوسَى فِيمَنْ نَذَرَ فِي مَرَضِهِ، وَقَوْلُ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ فِيمَنْ نَذَرَ فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ النَّذْرِ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ وَبِمَالٍ وَبِالْحَجِّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى بِالْحَجِّ وَبِعِتْقِ رَقَبَةٍ مُعَيَّنَةٍ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَبْدَأُ بِالْعِتْقِ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا وَالْمُوصَى صَرُورَةً.
وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَيَاهُ عَنْ مَالِكٍ وَانْفَرَدَ ابْنُ وَهْبٍ فَقَالَ يُقَدَّمُ الْحَجّ لِلصَّرُورَةِ عَلَى الرَّقَبَةِ الْمُعَيَّنَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الرَّقَبَةُ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِهِ يُقَدَّمُ عَلَى الصَّرُورَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ الْوَصَايَا مُبْدَأٌ عَلَى الصَّرُورَةِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ يُقَدَّمُ الْحَجُّ الصَّرُورَةُ عَلَى غَيْرِ الْمُعَيَّنِ وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي الْوَاضِحَةِ وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ الَّذِي وَافَقَ فِيهِ أَصْحَابَهُ أَنْ يُحَاصِصَ

(171/6)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الَّذِي يُوصِي فِي ثُلُثِهِ فَيَقُولُ لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا يُسَمَّى مَالًا مِنْ مَالِهِ فَيَقُولُ وَرَثَتُهُ قَدْ زَادَ عَلَى ثُلُثِهِ فَإِنَّ الْوَرَثَةَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ وَيَأْخُذُوا جَمِيعَ مَالِ الْمَيِّتِ وَبَيْنَ أَنْ يُقَسِّمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ فَيُسَلِّمُوا إلَيْهِمْ ثُلُثَهُ فَتَكُونُ حُقُوقُهُمْ فِيهِ إنْ أَرَادُوا بَالِغًا مَا بَلَغَ)

[المنتقى]

بِحَجِّ الصَّرُورَةِ أَهْلَ الْوَصَايَا وَالْعِتْقِ الَّذِي لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ فَفِي هَذَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِهِ

يُقَدَّمُ الْعِتْقُ، وَقَوْلُ أَشْهَبَ وَابْنِ وَهْبٍ يُقَدَّمُ الْحَجُّ، وَرِوَايَةُ ابْنِ الْمَوَّازِ يُحَاصُّ بَيْنَهُمَا، وَقَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَلَيْسَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ لِلصَّرُورَةِ وَغَيْرِهِ غَيْرَ الْإِنْفَاقِ فَإِنَّ الْحَجَّ وَاقِعٌ عَلَى مَنْ يَحُجُّ دُونَ الْمُوصَى وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَشْهَبَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ الْحَجَّ تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ وَيَكُونُ الْحَجُّ لِلْمُوصَى، وَلِذَلِكَ شَرَطَ الصَّرُورَةَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الْحَجُّ عَنْ غَيْرِ صَرُورَةٍ فَعَلَى قَوْلِنَا: إنَّ الْعِتْقَ يُقَدَّمُ عَلَى الصَّرُورَةِ فَبِأَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِ صَرُورَةٍ أَوْلَى فَإِنْ قُلْنَا لَا يُقَدَّمُ عَلَى الصَّرُورَةِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ: إنْ لَمْ يَكُنْ صَرُورَةً بُدِئَ بِالْعِتْقِ الَّذِي لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ وَالْوَصَايَا كُلُّهَا عَلَى الْحَجِّ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ يَبْدَأُ كُلُّ شَيْءٍ عَلَى الْحَجِّ غَيْرَ الصَّرُورَةِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ الرَّقَبَةُ الَّتِي لَيْسَ بِمُعَيَّنَةٍ وَحَجُّ غَيْرِ الصَّرُورَةِ وَالْوَصَايَا فِي الثُّلُثِ شَرْعًا سَوَاءٌ.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرُوهُ مِنْ تَقْدِيمِ الْوَصَايَا عَلَى الْحَجِّ إنَّمَا مُقْتَضَاهُ أَنَّ مَالِكًا كَرِهَ الْوَصِيَّةَ بِالْحَجِّ وَرَأَى الْوَصِيَّةَ بِالصَّدَقَةِ أَفْضَلَ مِنْهَا، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا أَوْصَى بِمِثْلِ صَدَقَةٍ وَعَطِيَّةٍ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا بَعْضُهُ أَفْضَلُ مِنْ بَعْضٍ فَلَا تَبْدِئَةَ فِيهِ، وَإِنَّمَا هِيَ فِي الْعِتْقِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ قَالَ: ثُلُثِي فِي الْمَسَاكِينِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَفِي الرِّقَابِ وَلِفُلَانٍ مِائَةُ دِينَارٍ تَحَاصُّوا سَوَاءٌ بَدَأَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فِي كِتَابِهِ وَبِلَفْظِهِ حَتَّى يَقُولَ بَدِّءُوا كَذَا عَلَى كَذَا فَيُبْدَأُ مَا عُلِمَ أَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِلْفَضِيلَةِ فِي التَّقْدِيمِ، وَإِنَّمَا التَّأْثِيرُ لِكَوْنِهِ أَوْكَدَ وَأَلْزَمَ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَيْسَ مَا ذَكَرَهُ الْمُوصِي فِي وَصِيَّتِهِ مُبْدَأً، وَإِنَّمَا يَبْدَأُ الْأَوْكَدُ فَالْأَوْكَدُ وَإِنْ تَأَخَّرَ ذِكْرُهُ إلَّا أَنْ يَقُولَ بَدِّءُوا كَذَا فَيُبْدَأُ فَعَلَى هَذَا إنَّمَا تَبْدَأُ الْوَصَايَا عَلَى الْحَجِّ لِكَرَاهِيَةِ الْوَصِيَّةِ لَا؛ لِأَنَّ سَائِرَ الْوَصَايَا أَفْضَلُ مِنْهُ وَعَلَى قَوْلِنَا بِالْمُحَاصَّةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصَايَا فُلَانٌ بَعْضُهَا أَفْضَلُ مِنْ بَعْضٍ وَلَيْسَتْ بِأَوْكَدَ فَلَمَّا تَسَاوَتْ فِي التَّأْكِيدِ وَجَبَتْ الْمُحَاصَّةُ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا بِالْمُحَاصَّةِ فَإِنَّهُ يَحُجُّ بِمَا وَقَعَ لِلْحَجِّ الصَّرُورَةِ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ أَنَّهُ ذَلِكَ تَبَعُّضُ طَرِيقِهِ وَلَا تَتَبَعَّضُ مَنَاسِكُهُ فَإِنْ أَمْكَنَ أَنْ يَحُجَّ بِمَا أُبْرِزَتْ لَهُ الْمُحَاصَّةُ، وَلَوْ مِنْ مَكَّةَ نَفَذَتْ الْوَصِيَّةُ وَإِنَّ قَصَّرَ عَنْ ذَلِكَ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّهُ إذَا كَانَتْ وَصَايَاهُ كُلُّهَا صَدَقَةً فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ مَنْ أَوْصَى لَهُمْ مُعَيَّنِينَ وَذَكَرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَدَدًا مَنْصُوصًا عَلَيْهِ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهِ وَلَمْ يُنْقِصْ مِنْهُ إلَّا أَنْ تُنْقِصَهُ الْمُحَاصَّةُ لِضِيقِ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَعْضِ اللَّفْظِ إشْكَالٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ أَوْصَى فَقَالَ لِزَيْدٍ عَشَرَةٌ وَلِعَمْرٍو وَلِخَالِدٍ عَشَرَةٌ أَنَّ

لِلْأَوَّلِ سَبْعَةً وَنِصْفًا وَلِلثَّالِثِ سَبْعَةً وَنِصْفًا وَلِلْأَوْسَطِ خَمْسَةً، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِزَيْدٍ عَشَرَةً وَلِعَمْرٍو لَكَانَتْ الْعَشَرَةُ بَيْنَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةٌ، وَلَوْ قَالَ ابْتِدَاءً لِعَمْرٍو وَلِخَالِدٍ عَشَرَةً لَكَانَ بَيْنَهُمَا فَلَمَّا قَالَ: لِزَيْدٍ عَشَرَةً وَلِعَمْرٍو وَلِخَالِدٍ عَشَرَةً قَالَ زَيْدٌ لِعَمْرٍو إنْ كَانَ أَرَادَ الْمُوصِي أَنَّ الْعَشَرَةَ الَّتِي أَضَافَهَا إلَيَّ بَيْنِي وَبَيْنَك فَالْخَمْسَةُ لِي وَالْخَمْسَةُ لَك، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنَّ الْعَشَرَةَ الَّتِي أَضَافَ إلَى خَالِدٍ وَبَيْنَك وَبَيْنَهُ فَلَا شَيْءَ لَك مِنْ الْخَمْسَةِ الَّتِي أَضَافَ إلَيَّ وَالْعَشَرَةُ كُلُّهَا إلَيَّ وَالْخَمْسَةُ خَالِصَةٌ لِي عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَالْمُنَازَعَةُ بَيْنِي وَبَيْنَك فِي الْخَمْسَةِ الثَّانِيَةِ فَنِصْفُهَا لَك وَنِصْفُهَا لِي مَعَ الْخَمْسَةِ فَيَكُونُ لِزَيْدٍ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ وَلِعَمْرٍو اثْنَانِ وَنِصْفٌ ثُمَّ يَقُولُ لَهُ خَالِدٌ مِثْلَ ذَلِكَ فَيَصِيرُ لَهُ أَيْضًا مِنْهَا اثْنَانِ وَنِصْفٌ وَلِخَالِدٍ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ فَعَلَى هَذَا يَجْرِي فِيهَا الْقَوْلُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى فَقَالَ لِفُلَانٍ مِائَةٌ وَلَمْ

(172/6)

. . . .

[المنتقى]

يَقُلْ مِنْ أَيِّ شَيْءٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى أَنَّ مَالِكًا رَأَى أَنَّ لَهُ مِائَةَ دِرْهَمٍ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ فِي بَلْدَةٍ الْغَالِبُ عَلَيْهَا الدَّنَانِيرُ فَلَهُ دَنَانِيرُ، وَإِنْ غَلَبَ فِيهَا الدَّرَاهِمُ فَلَهُ دَرَاهِمُ فَإِنْ كَانَ فِيهَا الْأَمْرَانِ فَلَهُ دَرَاهِمُ وَهِيَ الْأَقَلُّ حَتَّى يُوقِنَ أَنَّهُ أَرَادَ الْأَكْثَرَ، أَوْ يُسْتَدَلَّ عَلَى مُرَادِهِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: لِفُلَانٍ مِائَةُ دِينَارٍ وَلِفُلَانٍ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَلِفُلَانٍ مِائَةٌ فَيَكُونُ لَهُ مِائَةُ دِينَارٍ وَفِي الْوَاضِحَةِ عَنْ أَصْبَغَ لَوْ قَالَ أَعْطُوهُ طَعَامًا وَلَمْ يَقُلْ قَمْحًا وَلَا شَعِيرًا فَلْيُعْطَ مِنْ الْقَمْحِ؛ لِأَنَّهُ الْغَالِبُ فِي النَّاسِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ الِاعْتِبَارُ بِالْعُرْفِ، وَذَلِكَ يَتَقَرَّرُ بِالشَّرْعِ وَعُرْفُ الْمُخَاطَبَةِ فَإِذَا عُدِمَ الْعُرْفُ فَغَيْرُهُ مِنْ الْأَدِلَّةِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يُحْمَلَ السَّهْمُ عَلَى أَقْرَبِ مَذْكُورٍ، وَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِفُلَانٍ مِائَةُ دِينَارٍ وَلِفُلَانٍ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَلِفُلَانٍ مِائَةٌ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ مِائَةً مِمَّا عُطِفَتْ عَلَيْهِ إنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا فَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا فَأَحْسَنُ ذَلِكَ بِهِ مَا هُوَ أَقْرَبُ إلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِشَاةٍ مِنْ مَالِهِ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَلَهُ مِنْ مَالِهِ قِيمَةُ شَاةٍ مِنْ وَسَطِ الْغَنَمِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ غَنَمٌ فَهُوَ شَرِيكٌ بِوَاحِدَةٍ فِي عَدَدِهَا ضَأْنُهَا وَمَعْزُهَا ذُكُورُهَا وَإِنَاثُهَا وَصِغَارُهَا وَكِبَارُهَا قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا رَوَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ ذَلِكَ عَدْلٌ بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَقُولُونَ نُعْطِي أَدْوَنَهَا وَالْمُوصَى لَهُ يَطْلُبُ أَرْفَعَهَا فَإِنْ كَانَتْ شِيَاهُهُ عَشْرَةً فَلَهُ عُشْرُهَا بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ مِنْ الْعَشَرَةِ عُشْرُهَا وَرُبَّمَا أَصَابَهُ فِي الْقِسْمَةِ أَقَلُّ مِنْ شَاةٍ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْ شَاةٍ فَإِنْ مَاتَتْ كُلُّهَا الْإِشَارَةُ وَاحِدَةٌ فَهِيَ لَهُ إنْ حَمَلَهَا الثُّلُثُ، وَإِنْ مَاتَتْ خَمْسَةٌ مِنْهَا وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ فَلَهُ خُمُسُ الْبَاقِيَةِ، وَإِنَّمَا الِاعْتِبَارُ بِمَا يَبْقَى عِنْدَ الْقِسْمَةِ وَمَا تَلِفَ قَبْلَ ذَلِكَ فَكَانَ الْمَيِّتُ لَمْ يَتْرُكْهُ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِجَمِيعِ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ ابْنَانِ فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالنِّصْفِ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ يُجْعَلُ الْمُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ ابْنٌ آخَرُ فَلَهُ مَعَ الِابْنِ الْوَاحِدِ النِّصْفُ وَمَعَ الِابْنَيْنِ الثُّلُثُ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَدَلِيلُنَا عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ إذَا قَالَ لَهُ أَوْصَيْت لَك بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ فَقَدْ أَحَالَهُ عَلَى الْعَدَدِ الَّذِي أَوْصَى لَهُ بِهِ وَلَا خِلَافَ أَنَّ نَصِيبَ ابْنِهِ جَمِيعُ الْمَالِ وَنَصِيبَ أَحَدِ ابْنَيْهِ النِّصْفُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ مُقَدَّمًا عَلَى الْمِيرَاثِ.
(فَرْعٌ) وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ فَفِي الْوَاضِحَةِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ إنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَلَهُ الرُّبُعُ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الْبَنِينَ وَرَثَةٌ غَيْرُهُمْ عُزِلَتْ مَوَارِيثُهُمْ وَقُسِمَتْ مَا يُصِيبُ الْبَنِينَ عَلَيْهِمْ وَيَكُونُ لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ وَهُمْ عَشَرَةُ أَوْلَادٍ ذُكُورٍ وَإِنَاثٍ، أَوْ ذُكُورٍ كُلِّهِمْ فَلَهُ عُشْرُ مَالِهِ قَالَ أَصْبَغُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ إنْ أَوْصَى لَهُمْ بِمِثْلِ سَهْمِ أَحَدِ وَلَدِهِ، أَوْ بِمِثْلِ جُزْئِهِ، أَوْ قَالَ هُوَ كَبَعْضِ وَلَدِي أَوْ كَأَحَدِهِمْ فَهُمْ سَوَاءٌ كَوَصِيَّتِهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ قَالَ مَالِكٌ: إذَا قَالَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِي وَهُمْ رِجَالٌ وَنِسَاءٌ وَزَوْجَاتٌ وَأُمٌّ فَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى عَدَدِ مَنْ يَرِثُهُ فَإِنْ كَانُوا عَشَرَةً فَلَهُ الْعُشْرُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَا يُنْظَرُ إلَى اخْتِلَافِ فُرُوضِهِمْ؛ لِأَنَّ الْأَنْصِبَاءَ إذَا اخْتَلَفَتْ مَقَادِيرُهَا لَمْ يَكُنْ الْأَكْثَرُ أَوْلَى مِنْ الْأَقَلِّ فَلَمْ يَبْقَ إلَّا الِاعْتِبَارُ بِالْعَدَدِ.
(فَرْعٌ) وَإِنْ كَانَ وَلَدُهُ بَنَاتٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَنَحْوِهِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقْسَمُ مَالُهُ عَلَى الْفَرَائِضِ فَكَانَ لَهُ مِثْلُ سَهْمِ بِنْتٍ مِنْ بَنَاتِهِ فَإِنْ كَانَ بَنَاتُهُ أَرْبَعًا فَلَهُ رُبُعُ الثُّلُثِ فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثًا فَثُلُثُ الثُّلُثِ ثُمَّ يُخْلَطُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ فَيُقْسَمُ بَاقِيهِ عَلَى الْفَرَائِضِ.
– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ، أَوْ نَصِيبٍ، أَوْ سَهْمٍ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ ثَبَتَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ مَالِهِ مُقَدَّرٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يَدْفَعُ إلَيْهِ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْجُزْءَ وَالنَّصِيبَ وَالسَّهْمَ عِبَارَةٌ عَنْ مُقَدَّرٍ وَتَقْدِيرِ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِقْدَارٍ فَيَجِبُ أَنْ يَطْلُبَ مَا هُوَ أَوْلَى بِهِ وَإِذَا رَدَّ ذَلِكَ إلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ

(173/6)

. . . .

[المنتقى]

أَعْطَوْهُ الشَّيْءَ الْيَسِيرَ الَّذِي لَا قَدْرَ لَهُ وَفِي ذَلِكَ إبْطَالُ الْوَصِيَّةِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَالَ أَصْبَغُ وَابْنُ الْمَوَّازِ: لَهُ سَهْمٌ وَاحِدٌ مِمَّا انْقَسَمَتْ فَرِيضَتُهُ عَلَيْهِ مِنْ عَدَدِ السِّهَامِ كَثُرَ ذَلِكَ الْجُزْءُ، أَوْ قَلَّ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ يُعْطَى الثُّمُنَ، وَهَذَا رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنَّهُ قَالَ: أُخْتُلِفَ فِيهِ فَقَالَ لَهُ الثُّمُنُ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سَهْمٍ ذَكَرَهُ اللَّهُ فِي الْفَرَائِضِ وَقِيلَ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِ الْفَرِيضَةُ قَلَّتْ السِّهَامُ أَوْ كَثُرَتْ وَقِيلَ يُعْطَى سَهْمًا مِنْ سِهَامِ الْفَرِيضَةِ إنْ كَانَتْ تَنْقَسِمُ مِنْ سِتَّةٍ فَأَقَلُّ مَا لَمْ تُجَاوِزْ الثُّلُثَ فَيَرُدُّ إلَى الثُّلُثِ إذَا لَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَإِنْ انْقَسَمَتْ مِنْ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةٍ فَلَا يَنْقُصُ مِنْ السُّدُسِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ مَا تَقُومُ مِنْهُ الْفَرَائِضُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَأَحَبُّ ذَلِكَ إلَيَّ وَعَلَيْهِ جَمَاعَةُ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنَّ لَهُ سَهْمًا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِ فَرِيضَتُهُ قَلَّتْ السِّهَامُ أَوْ كَثُرَتْ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُعْطَى السُّدُسَ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُدْفَعُ إلَيْهِ مِثْلُ أَقَلِّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى السُّدُسِ فَيُعْطَى السُّدُسَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يُعْطَى مِثْلَ السَّهْمِ الَّذِي تَنْقَسِمُ عَلَيْهِ الْفَرِيضَةُ فَكَانَ أَصْلُ الْفَرِيضَةِ مِنْ سِتَّةٍ وَهِيَ تَعُولُ إلَى عَشْرَةٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَهُ سَهْمٌ مِنْ عَشَرَةٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَقَلُّ سِهَامِ تِلْكَ الْفَرِيضَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا وَقَالَ مَعَ ذَلِكَ أَوْقِدُوا فِي هَذَا الْمَسْجِدِ مِصْبَاحَهُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ يُحَاصُّ الْمَسْجِدُ بِالثُّلُثِ وَبِالْوَصَايَا بِمَا سُمِّيَ لَهَا فَمَا صَارَ لِلْمَسْجِدِ وَقْفٌ لِمِصْبَاحِهِ حَتَّى يَفْنَى قَالَ سَحْنُونٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا كَانَ غَيْرُ مُؤَجَّلٍ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ اسْقُوا الْمَاءَ وَاعْطُوا الْمَسَاكِينَ دِرْهَمًا كُلَّ يَوْمٍ فَكَأَنَّهُ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لَمَّا لَمْ

يُوَقِّتْ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا أَوْصَى بِمَجْهُولَاتٍ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ يُضْرَبُ فِيهَا كُلِّهَا بِالثُّلُثِ مَعَ سَائِرِ الْوَصَايَا وَكَأَنَّهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ مَجْهُولَةٌ فَسَوَاءٌ كَانَتْ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ، أَوْ فِي أَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ كَمَا لَوْ قَالَ أَنْفِقُوا عَلَى الْمَسْجِدِ وَلَمْ يُعَيِّنْ وَقِيدًا وَلَا كِسْوَةً وَلَا بُنْيَانًا لَضَرَبَ لَهُ بِالثُّلُثِ وَجَازَ صَرْفُهُ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ أُعْطِيَ فُلَانٌ عَلَى قَدْرِ الِاجْتِهَادِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَلَى قَدْرِ حَاجَتِهِ وَحَالِهِ وَلَا يُعْطَى النِّصْفُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ قَالَ: ثُلُثِي لِفُلَانٍ وَبَنِي فُلَانٍ فَفُلَانٌ كَرَجُلٍ مِنْ بَنِي فُلَانٍ يَأْخُذُ كَأَحَدِهِمْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الَّذِي أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ لِفُلَانٍ الثُّلُثُ وَلِلْفُقَرَاءِ الثُّلُثُ وَلِلْمَسَاكِينِ الثُّلُثُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَلَوْ مَاتَ فُلَانٌ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَلَا شَيْءَ لِوَرَثَتِهِ وَالثُّلُثُ لِلْمَسَاكِينِ قَالَهُ مُحَمَّدٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا جَعَلَ فِي وَصِيَّتِهِ مُعَيَّنًا وَغَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ كَانَ كُلُّهُمْ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ قَالَ: ثُلُثِي لِقَرَابَتِي وَلِلْمَسَاكِينِ يُعْطَى قَرَابَتُهُ نِصْفَهُ وَلَا يُعْطَى أَغْنِيَاؤُهُمْ وَلِيَكُنْ بَيْنَ فُقَرَائِهِمْ بِالِاجْتِهَادِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَبَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ فِي السَّبِيلِ وَالْفُقَرَاءِ وَالْيَتَامَى يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالِاجْتِهَادِ أَثْلَاثًا قَالَ أَشْهَبُ: وَمَنْ قَالَ ثُلُثِي بَيْنَ بَنِي إخْوَتِي وَبَيْنَ بَنِي أُخْتِي وَبَيْنَ بَنِي فُلَانٍ فَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَلَكِنْ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ وَالْعَدَدِ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَيْسَ كَالْقَائِلِ ثُلُثِي لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَحَدُهُمَا فَقِيرٌ وَالْآخَرُ غَنِيٌّ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَيَقُولُ وَرَثَتُهُ قَدْ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ أَضَافَ الْقَوْلَ إلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُمْ إذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مِنْ الْمَالِ إلَّا مَا أَظْهَرُوهُ قَالَ فَيُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ عَلَى مَا ذُكِرَتْ إنْ فُسِّرَتْ الْوَصَايَا أَوْ أُجْمِلَتْ وَيَكُونُ لَهُمْ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 12] فَإِنْ أَبَوْا ذَلِكَ قَسَمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ وَسَلَّمُوهُ إلَيْهِمْ فَتَتَعَيَّنُ حُقُوقُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الثُّلُثُ قَلِيلًا، أَوْ كَثِيرًا وَإِنَّمَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ قَدْ تَجَاوَزَ مَا جُعِلَ لَهُ مِنْ

الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ إلَى الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ فَكَانَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ وَيُمْنَعُوا لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي إنَّمَا مَنَعَ مِنْ الزِّيَادَةِ.

(174/6)

أَمْرُ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ وَالَّذِي يَحْضُرُ الْقِتَالَ فِي أَمْوَالِهِمْ (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِي وَصِيَّةِ الْحَامِلِ وَفِي قَضَائِهَا فِي مَالِهَا وَمَا يَجُوزُ لَهَا أَنَّ الْحَامِلَ كَالْمَرِيضِ فَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْخَفِيفُ غَيْرُ الْمَخُوفِ عَلَى صَاحِبِهِ فَإِنَّهُ يَصْنَعُ فِي مَالِهِ مَا يَشَاءُ وَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ لِصَاحِبِهِ شَيْءٌ إلَّا فِي ثُلُثِهِ قَالَ وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْحَامِلُ أَوَّلُ حَمْلِهَا بِشْرٌ وَسُرُورٌ وَلَيْسَ بِمَرَضٍ وَلَا خَوْفٍ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ} [هود: 71] .

وَقَالَ {حَمَلَتْ حَمْلا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ} [الأعراف: 189] فَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ إذَا أَثْقَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ إلَّا فِي ثُلُثِهَا فَأَوَّلُ الْإِتْمَامِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ الْعَزِيزِ {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} [البقرة: 233] .

وَقَالَ {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف: 15] فَإِذَا مَضَتْ لِلْحَامِلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ حَمَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ فِي مَالِهَا إلَّا فِي الثُّلُثِ) .

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَحْضُرُ الْقِتَالَ أَنَّهُ إذَا زَحَفَ فِي الصَّفِّ

[المنتقى]

عَلَى ذَلِكَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إنَّك إنْ تَذَرْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ فَلَمَّا كَانَ لَهُمْ مَنْعُهُ مِنْ الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الثُّلُثَ الَّذِي كَانَ لِلْمَيِّتِ أَنْ يُوصِيَ بِهِ وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ مَنْعُهُ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[أَمْرُ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ وَالَّذِي يَحْضُرُ الْقِتَالَ فِي أَمْوَالِهِمْ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسْبِ مَا قَالَهُ أَنَّ الْحَامِلَ كَالْمَرِيضِ فَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْخَفِيفُ غَيْرُ الْمَخُوفِ فَقَدْ

رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الْأَجْذَمِ وَالْمَفْلُوجِ وَأَهْلِ الْبَلَاءِ أَنَّهُمْ كَالصَّحِيحِ إلَّا فِيمَا يُخَافُ عَلَيْهِمْ مِنْهُ.

وَقَالَ عُثْمَانُ بْنُ عِيسَى بْنُ كِنَانَةَ فِي الْأَمْرَاضِ الطَّوِيلَةِ كَالْفَالِجِ وَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ وَالْجُنُونِ وَحُمَّى الرِّبْعِ وَشِبْهِهِ أَنَّ هَذَا كَالصَّحِيحِ فِي أَفْعَالِهِ مِنْ عِتْقٍ وَصَدَقَةٍ وَبَيْعٍ وَطَلَاقٍ وَنِكَاحٍ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا كَانَ خَفِيفًا لَا يُضْجِعُهُ حَتَّى لَا يَخْرُجَ، وَقَدْ شَاوَرَ قَاضِي الْمَدِينَةِ الْعُلَمَاءَ فِيمَنْ بِهِ رِيحٌ يَدْخُلُ وَيَخْرُجُ وَهُوَ مَضْرُورٌ مُعْتَلٌّ مُصَفَّرٌ يَمْشِي أَحْيَانَا الْأَمْيَالَ فَأَجَازُوا فِعْلَهُ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ وَرَأَوْهُ كَالصَّحِيحِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فِي الشَّيْخِ الْكَبِيرِ بِهِ الْبَهْرُ الشَّدِيدُ وَالْبَلْغَمُ لَا يَقُومُ إلَّا بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَقَدْ احْتَبَسَ فِي الْمَنْزِلِ فَقَالَ فِعْلُهُ جَائِزٌ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُخَافُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ كَالْمَرِيضِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ مَا يَكُونُ بَيْنَ الْعِلَّةِ إلَّا خُرُوجًا يُرِيدُ بِهِ أَنْ يَغُضَّ فِعْلُهُ فَإِنَّ أَفْعَالَ هَذَا فِي الثُّلُثِ قَالَهُ ابْنُ كِنَانَةَ فَكَذَلِكَ أَوَّلُ حَمْلِ الْمَرْأَةِ خَفِيفٌ وَأَلَمُهُ لَطِيفٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {حَمَلَتْ حَمْلا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ} [الأعراف: 189] وَالْغَالِبُ عَلَيْهِ الْبِشَارَةُ وَالسُّرُورُ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ} [هود: 71] فَإِذَا مَضَتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَهُوَ أَوَّلُ الْأَثْقَالِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {حَمَلَتْ حَمْلا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ} [الأعراف: 189] وَذَلِكَ أَنَّهُ وَقْتٌ يَصِحُّ فِيهِ الْوَضْعُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف: 15] وَالْفِصَالُ الرَّضَاعُ.

وَقَالَ تَعَالَى {يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233] فَبَيَّنَ أَنَّ الْحَمْلَ يَكُونُ أَمَدُهُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَهِيَ تَرْتَقِبُ الْوَضْعَ الَّذِي يَكْثُرُ فِيهِ الْخَطَرُ وَيَشْتَدُّ فِيهِ الْأَلَمُ مَعَ ثِقَلِ الْحَمْلِ وَتَتَابُعِ أَلَمِهِ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْمَرِيضِ مَرَضًا مَخُوفًا فَأَفْعَالُهَا فِي الثُّلُثِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلَيْهِمَا إنَّ أَفْعَالَهَا جَائِزَةٌ مَا لَمْ يَضُرَّ بِهَا الطَّلْقُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذِهِ حَالٌ تَصِحُّ فِيهَا وِلَادَتُهَا كَحَالِ الطَّلْقِ.

(فَرْعٌ) وَبِهَذَا تَعْرِفُ أَنَّهَا بَلَغَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ وَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ يُعْرَفُ بِقَوْلِهَا وَهِيَ فِيهِ مُصَدَّقَةٌ وَلَا يُسْأَلُ النِّسَاءُ عَنْ ذَلِكَ.

لِلْقِتَالِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَالِهِ شَيْئًا إلَّا فِي الثُّلُثِ وَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ مَا كَانَ بِتِلْكَ الْحَالِ) .

الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَالْحِيَازَةُ (ص) : (قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ: إنَّهَا مَنْسُوخَةٌ قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] نَسَخَهَا مَا نَزَلَ مِنْ قِسْمَةِ الْفَرَائِضِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ)

[المنتقى]

(ش) : وَأَمَّا الزَّاحِفُ إلَى الْقِتَالِ فِي الصَّفِّ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أَنَّهُ كَالْمَرِيضِ فِي أَفْعَالِهِ قَالَ، وَكَذَلِكَ مَنْ حُبِسَ لِلْقَتْلِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي قِصَاصٍ، أَوْ حَدٍّ وَهُوَ خِلَافٌ لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي إجَازَتِهِ لَهُمْ التَّصَرُّفَ مَا لَمْ يُقَرَّبْ الْمَحْبُوسُ لِلْقَتْلِ وَيَتَقَدَّمْ الزَّاحِفُ إلَى الْبِرَازِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ وُجُودَ سَبَبِ الْمَوْتِ مِنْ الْمُقَابَلَةِ بِمَنْزِلَةِ وُجُودِ الْمَوْتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَلَقَدْ كُنْتُمْ تَمَنَّوْنَ الْمَوْتَ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ} [آل عمران: 143] ، وَإِنَّمَا رَأَوْا الْقِتَالَ وَهُوَ الَّذِي كَانُوا يَتَمَنَّوْنَهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذِهِ أَسْبَابٌ لِلْمَوْتِ مُقَرِّبَةٌ مِنْهُ كَالْمَرَضِ الْمَخُوفِ وَالْبِرَازِ فِي الْقِتَالِ وَالتَّقْرِيبِ لِلْقَتْلِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا رَاكِبُ الْبَحْرِ إذَا أَدْرَكَهُ الْهَوْلُ وَخَافَ الْغَرَقَ قَالَ مَالِكٌ هُوَ كَالْمَرِيضِ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ، وَكَذَلِكَ مَنْ جَمَحَتْ بِهِ دَابَّتُهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ كَالصَّحِيحِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ أَقْيَسُ؛ لِأَنَّهُ حَالُ خَوْفٍ عَلَى النَّفْسِ كَأَثْقَالِ الْحَمْلِ وَالزَّحْفِ لِلْقِتَالِ فِي الصَّفِّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إذَا زَحَفَ لِلْقِتَالِ فِي الصَّفِّ يَقْتَضِي أَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ لَهُ هَذَا الْحُكْمُ إذَا صَارَ فِي الصَّفِّ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي صَفِّ الْمُقَاتِلِينَ وَجُمْلَتِهِمْ، وَأَمَّا إذَا حَضَرَ فِي النَّظَّارَةِ، أَوْ كَانَ مُتَوَجِّهًا لِلْقِتَالِ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إلَى الصَّفِّ فَلَيْسَ لَهُ هَذَا الْحُكْمُ؛ لِأَنَّ بِحُصُولِهِ فِي صَفِّ الْمُقَاتَلَةِ وَمُبَاشَرَةِ الْقِتَالِ وَمُحَاوَلَتِهِ يُثْبِتُ الْخَوْفَ وَأَمَّا مَنْ كَانَ فِي صَفِّ الرِّدْءِ فَلَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا لِأَصْحَابِنَا وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ هَذَا الْحُكْمُ إلَّا بِالْكَوْنِ فِي صَفِّ الْمُقَاتِلَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَالْحِيَازَةُ]

(ش) : قَوْلُ مَالِكٍ نَسَخَتْهَا آيَةُ الْفَرَائِضِ قَوْله تَعَالَى {الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ نَسَخَ مِنْ ذَلِكَ الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَلِلْوَرَثَةِ مِنْ الْأَقْرَبِينَ دُونَ مَنْ لَا يَرِثُ وَذَلِكَ أَنَّ آيَةَ الْفَرَائِضِ قَدْ اسْتَوْعَبَتْ لِكُلِّ وَارِثٍ حَقَّهُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ فَلَيْسَ لِلْمُوصِي أَنْ يُنْقِصَ أَحَدَهُمْ مِنْ حَقِّهِ وَلَا أَنْ يَزِيدَ فِيهِ بِوَصِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا.

وَقَدْ رُوِيَ فِي ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْأَقْرَبُونَ الْأَقَارِبُ رَوَى عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ فِيمَنْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ أَنَّ ذَلِكَ لِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مِنْهُ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مَحْرَمًا وَغَيْرَ مَحْرَمٍ فَهُوَ ذُو قَرَابَةٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ جَمِيعُ قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَيَدْخُلُ فِيهِ الْأَعْمَامُ وَالْعَمَّاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَالْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ وَرَوَى عِيسَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ الْخَالُ وَالْخَالَةُ وَلَا قَرَابَتُهُ مِنْ الْأُمِّ قَالَ عَنْهُ أَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ وَلَا بَنُو الْبَنَاتِ قَالَ عَنْهُ عِيسَى وَأَصْبَغُ إلَّا أَنْ لَا تَكُونَ لَهُ قَرَابَةٌ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ لِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أُمِّهِ وَلِوَلَدِ الْبَنَاتِ قَالَ عَنْهُ أَصْبَغُ؛ لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّهُ إيَّاهُمْ أَرَادَ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ لَهُ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ قَرَابَةٌ قَلِيلَةٌ كَالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ وَوَلَدُ الْخَالَاتِ.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْأَعْمَامُ وَالْعَمَّاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخَوَاتِ وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ اللَّبَّادِ

. . . .

[المنتقى]

فِي الَّذِي يُوصِي لِقَرَابَتِهِ يَنْظُرُ إلَى الْمَالِ فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا كَانَ لِأَهْلِ حَرَمِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَإِنْ كَثُرَ دَخَلَ فِيهِ الْخُؤُولَةُ وَغَيْرُهُمْ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ أَنَّ إطْلَاقَ لَفْظِ الذُّرِّيَّةِ لَا يَتَنَاوَلُ وَلَدَ الْبَنَاتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ قَرَابَتُهُ الْوَارِثُونَ اسْتِحْسَانًا وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ وَكَأَنَّهُ أَرَادَ غَيْرَ الْوَارِثِ كَالْمُوصِي لِلْفُقَرَاءِ بِمَالٍ وَلِرَجُلٍ فَقِيرٍ بِمَالٍ لَا يَدْخُلُ مَعَ الْفُقَرَاءِ فِي أَمْوَالِهِمْ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَمَا قَالَهُ أَشْهَبُ أَنَّهُ اسْتِحْسَانٌ وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ إنَّمَا يُرِيدُ بِالِاسْتِحْسَانِ التَّخْصِيصَ بِعُرْفِ الِاسْتِعْمَالِ وَالْقِيَاسُ عِنْدَهُ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى عُمُومِهِ وَإِنَّمَا ذَكَرْت ذَلِكَ لِيُعْرَفَ مَقْصِدُهُ فِي الِاسْتِحْسَانِ وَالْقِيَاسِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ بَعْضُ أَقَارِبِهِ مُسْلِمِينَ وَبَعْضُهُمْ نَصَارَى فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الرِّجَالَ وَالنِّسَاءَ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُهُمْ تَنَاوُلًا وَاحِدًا لَا يَخْتَصُّ بِهِ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ وَلَعَلَّ هَذَا قَوْلُ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمُؤَنَّثَ يَدْخُلُ فِي جَمْعِ الْمُذَكَّرِ أَوْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عُرْفُ الِاسْتِعْمَالِ وَإِذَا أَوْصَى لِعَقِبِهِ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ لَيْسَ وَلَدُ الْبَنَاتِ بِعَقِبٍ، وَكَذَلِكَ إذَا أَوْصَى لِوَلَدِهِ قَالَ وَمِنْ أَصْحَابِنَا الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ عُمَرُ بْنُ أَبِي عَمْرٍو مِمَّنْ قَالَ يَدْخُلُ الْبَنَاتُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْعَقِبِ وَالْقَرَابَةِ وَالْوَلَدِ عِنْدَهُمْ فَيُحْمَلُ عَلَى ذَلِكَ بِعُرْفِ الِاسْتِعْمَالِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قَالَ لِذِي رَحِمِي وَلَمْ يَقُلْ لِذِي قَرَابَتِي فَهُوَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِذِي قَرَابَتِي قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ أَهْلَهُ عَصَبَةٌ وَأَنِّي لَأَرَى لِأَخْوَالِهِ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَمَوَالِيهِ حَقًّا وَالْعَصَبَةُ أَبْيَنُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَإِذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ، أَوْ لِذِي رَحِمِهِ، أَوْ لِأَهْلِهِ، أَوْ لِأَهْلِ بَيْتِهِ فَإِنَّ قَوْلَنَا وَقَوْلَ مَالِكٍ وَأَصْحَابِنَا أَنَّ ذَلِكَ لِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ وَرَحِمِهِ وَأَهْلِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ مِنْ كُلِّ مَنْ يَرِثُهُ وَمَنْ لَيْسَ بِوَارِثٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ قَالَ آلُ فُلَانٍ فَهُوَ كَقَوْلِهِ أَهْلُ فُلَانٍ وَهُمْ الْعَصَبَاتُ وَالْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْخَالَاتُ قَالَ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَإِنْ لَمْ يَنْفِ مِنْهُ إلَّا الْخَالَ وَالْخَالَةَ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَهُوَ الْعَصَبَةُ دُونَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَوْصَى لِمَوَالِيهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَمِنْ قِبَلِ ابْنِهِ، أَوْ قَرَابَةٍ لَهُ يَرِثُونَهُ فَلْيَبْدَأْ بِمَوَالِيهِ الدَّنِيَّةِ وَيُعْطَى الْآخَرُونَ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبَاعِدُ أَحْوَجَ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ اسْمَ مَوَالِيهِ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَهُمْ وَرَوَى سَحْنُونٌ وَعِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ بَيْنَ مَنْ أَعْتَقَ خَاصَّةً وَإِلَّا فَكُلُّهُمْ مَوَالِيهِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ اخْتَلَفَ فِيهِ فَقَالَ مَرَّةً يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي ابْنِهِ وَقَالَ

مَرَّةً الْقَوْلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ مَوَالِيهِ مِمَّنْ يُحَاطُ بِهِمْ فَهُوَ لِمَنْ أَعْتَقَ خاصَّةً، وَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا مَجْهُولِينَ وَلَمْ يَقُلْ عَتَاقَةً دَخَلَ فِيهِ مَوَالِي الْمَوَالِي وَأَبْنَاؤُهُمْ وَمَوَالِي أَبِيهِ وَابْنِهِ وَأَخِيهِ وَرَوَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ عَلِيٍّ عَنْ مَالِكٍ فِي الَّذِي يُوصِي لِمَوَالِيهِ يَدْخُلُ مَوَالِي الْمَوَالِي.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ أَنْصَافُ مَوَالٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يُعْطِي نِصْفَ مَا يُعْطَى الْمَوْلَى التَّامُّ وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ إنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ بِاسْمِ الْوَلَاءِ فَاخْتَصَّ الْعَطَاءُ بِذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ دَخَلَ فِي ذَلِكَ مَنْ يُعْتَقُ بَعْدَهُ مِنْ مُدَبَّرٍ رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ أُمُّ وَلَدِهِ وَهَذَا؛ لِأَنَّهُمْ يُعْتَقُونَ بِمَوْتِهِ فَهُمْ حِينَ وُجُوبِ الْوَصِيَّةِ مِنْ الْمَوَالِي وَقَدْ بَيَّنَ ذَلِكَ عِيسَى فَقَالَ فِي الْمُدَبَّرِ إذَا أُخْرِجُوا مِنْ الثُّلُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُعْتَقُ إلَى أَجَلٍ وَالْمُكَاتَبُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ عَتَقَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ دَخَلَا فِيهِ وَإِنْ سَبَقَهُمْ الْقَسْمُ فَلَا شَيْءَ

(177/6)

. . . .

[المنتقى]

لَهُمْ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يَدْخُلَانِ مَعَ الْمَوَالِي بِالسَّوَاءِ فَمَا صَارَ لِلْمُكَاتَبِ وَالْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ وَقْفٍ لَهُمَا فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ وَأَعْتَقَ الْمُؤَجَّلُ أَخَذَهُ وَإِلَّا رُدَّ إلَى بَقِيَّةِ الْمَوَالِي وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ كَانَ عِتْقُهُمْ قَدْ حَانَ وَأَعْتَقُوا قَبْلَ ذَلِكَ دَخَلُوا مَعَهُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ

لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ حِينَئِذٍ عَبِيدٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُمْ مَوَالٍ أَنْعَمَ عَلَيْهِمْ وَمَوَالٍ أَنْعَمُوا عَلَيْهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّهُ لِلَّذِينَ أَنْعَمَ هُوَ عَلَيْهِمْ وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ هُوَ لَاحِقُهُمَا بِهِ وَأَشْبَهُهُمَا بِالْعَطِيَّةِ فَإِنْ اشْتَبَهَا فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ الْفَصْلُ عَلَى تَأْوِيلِ مَالِكٍ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ مَمْنُوعَةٌ لِمَا فِيهَا مِنْ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْوَرَثَةِ بِغَيْرِ مَا يَجِبُ لَهُ بِالْآيَةِ الَّتِي تَضَمَّنَتْ فَرِيضَةَ كُلِّ وَارِثٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِابْنِ وَارِثِهِ، أَوْ لِأَحَدٍ مِنْ قَرَابَتِهِ مِمَّنْ يَظُنُّ أَنَّهُ يَرْجِعُ إلَى الْوَارِثِ فَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَلِكَ نَافِذٌ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ لِغَيْرِ وَارِثٍ وَمَا يَظُنُّ بِهِ مِنْ صَرْفِ ذَلِكَ إلَى الْوَارِثِ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةَ لَهُ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى مِلْكِهِ لِمَا أَوْصَى لَهُ بِهِ بِأَنْ يُعْطِيَهُ لِمَنْ شَاءَ فَإِنْ اقْتَضَى ذَلِكَ الْمُوصِي فَهُوَ الْآثِمُ وَمَنَعَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَهَذَا وَجْهٌ مِنْ التَّعَلُّقِ بِالذَّرَائِعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَمِينَ عَلَى الْمُوصَى لَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَيْسَتْ عَلَى وَجْهِ التَّوْلِيجِ قَالَهُ أَصْبَغُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا يَمِينُ تُهْمَةٍ فِيمَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ وَلَا الْمَنْعُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا صَرَفَهُ الْمُوصَى لَهُ بِهِ إلَى الْوَارِثِ جَازَ ذَلِكَ وَكَانَ لِلْوَارِثِ أَخْذُهُ، أَوْ تَرْكُهُ قَالَهُ أَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ صُورَتَهُ صُورَةُ الْهِبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ فَلَيْسَ فِيهِ مَا يَتَحَقَّقُ بِهِ التَّوْلِيجُ الْمَمْنُوعُ مِنْهُ وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُوصَى لَهُ بِهِ مِنْ أَهْلِ الْغِنَى مِمَّنْ يَرَى أَنَّ الْمُوصِيَ لَمْ يَقْصِدْ أَنْ يُوصِيَ لَهُ بِهِ، أَوْ مِمَّنْ تُظَنُّ بِهِ الْحَاجَةُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُنَافِي الْغِنَى وَلَا تَخْتَصُّ بِالْفَقْرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِ وَارِثِهِ فَإِنْ كَانَ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ كَالثَّوْبِ وَنَحْوِهِ زَادَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

وَالدِّينَارِ وَنَحْوِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ مِمَّا يَرَى أَنَّهُ قَصَدَ بِهِ رُفْقَةً وَأَمَّا بِالشَّيْءِ الْكَثِيرِ فَذَلِكَ مَرْدُودٌ مَا لَمْ يُجِزْهُ الْوَرَثَةُ وَرَوَى ذَلِكَ كُلَّهُ أَشْهَبُ وَعَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ وَلَمْ يُجَوِّزْ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ قَلِيلَ ذَلِكَ وَلَا كَثِيرَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَثِيرَ يَرَى أَنَّهُ لَمْ يُقْصَدْ بِهِ الْعَبْدُ وَإِنَّمَا قُصِدَ بِهِ سَيِّدُهُ وَهُوَ وَارِثٌ؛ لِأَنَّ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعَهُ مِنْ الْعَبْدِ.

(فَرْعٌ) وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِأُمِّ وَلَدِ وَارِثِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَلِيًّا يَقْدِرُ أَنْ يُؤَدِّيَ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ لِعَبْدِ نَفْسِهِ وَلِمُدَبَّرِهِ وَمُكَاتَبِهِ وَمُعْتَقِهِ إلَى أَجَلٍ وَمَنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَلِأُمِّ وَلَدِهِ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ وَارِثٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَا يَنْزِعُهُ مِنْهُ الْوَرَثَةُ؛ لِأَنَّهُمْ إذَا انْتَزَعُوهُ مِنْهُ فَكَانَ وَصِيَّتَهُ لَمْ تُنَفَّذْ فَاسْتُحْسِنَتْ أَنْ يُقَرَّ بِيَدِهِ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِهِ وَيَطُولَ زَمَانُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادُوا بَيْعَهُ بَاعُوهُ بِهِ وَقَالَهُ مَالِكٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي إشْرَافِهِ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْمُشْرِكِينَ، أَهْلَ حَرْبٍ كَانُوا، أَوْ أَهْلَ ذِمَّةٍ قَالَ: وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: **11**] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ مَنْ جَازَ تَمْلِيكُهُ بِغَيْرِ الْوَصِيَّةِ جَازَ بِالْوَصِيَّةِ كَالذِّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمَنِ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ أَوْصَى لِبَعْضِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَقَالَ فَإِنْ أُجِيزَ ذَلِكَ وَإِلَّا فَهُوَ فِي السَّبِيلِ فَلَا يُجَازُ هَذَا فِي سَبِيلٍ وَلَا غَيْرِهِ وَيُورَثُ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْحَرْبِيِّ لَا تَجُوزُ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَوْنٌ لَهُمْ عَلَى الْحَرْبِ وَإِعْلَاءِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ فَوَجَبَ أَنْ يُمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ، أَوْ يُصَامَ عَنْهُ لِرَجُلٍ مُعَيَّنٍ وَلَهُ كَذَا، أَوْ أَنْ يَنْفُذَ بَاقِي الثُّلُثِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا كَانَ لِلصَّوْمِ فَلْيُرَدَّ وَلَا يَصُمْ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ وَيَنْفُذُ مَا أَوْصَى بِهِ لِيَحُجَّ عَنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصَّوْمَ مِنْ عَمَلِ الْأَبَدَانِ لَا تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ كَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْمَالِ وَعِبَادَاتُ

(ص) (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ السَّنَةُ الثَّابِتَةُ عِنْدَنَا الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ إلَّا أَنْ يُجِيزَ لَهُ ذَلِكَ وَرَثَةُ الْمَيِّتِ وَأَنَّهُ إنْ أَجَازَ لَهُ بَعْضُهُمْ وَأَبَى بَعْضٌ جَازَ لَهُ حَقُّ مَنْ أَجَازَ مِنْهُمْ وَمَنْ أَبَى أَخَذَ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ) .

[المنتقى]

الْمَالِ تَدْخُلُهَا النِّيَابَةُ كَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَةِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَرَثَةِ لَا تَلْزَمُ فَإِنَّهَا تَجُوزُ إذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ خِلَافًا لِمَنْ يَمْنَعُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ إنَّمَا هُوَ لِحُقُوقِ الْوَرَثَةِ فَإِذَا أَجَازُوا ذَلِكَ فَقَدْ تَرَكُوا حُقُوقَهُمْ كَإِجَازَتِهِمْ الزِّيَادَةَ عَلَى الثُّلُثِ وَتَرْكِهِمْ سَائِرَ حُقُوقِهِمْ.

(ص) (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ السَّنَةُ الثَّابِتَةُ عِنْدَنَا الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ إلَّا أَنْ يُجِيزَ لَهُ ذَلِكَ وَرَثَةُ الْمَيِّتِ وَأَنَّهُ إنْ أَجَازَ لَهُ بَعْضُهُمْ وَأَبَى بَعْضٌ جَازَ لَهُ حَقُّ مَنْ أَجَازَ مِنْهُمْ وَمَنْ أَبَى أَخَذَ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ) .

(ش) : يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ السَّنَةُ الثَّابِتَةَ الْعَمَلَ الْمُتَّصِلَ مِنْ زَمَانِ الصَّحَابَةِ إلَى زَمَانِهِ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا، وَلَيْسَ يَخْفَى عَلَى مَالِكٍ أَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ حَدِيثٌ ثَابِتٌ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ يَقُولُ إذَا لَمْ يُجِزْ بَقِيَّةَ الْوَرَثَةِ ذَلِكَ فَأَمَّا إنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَارِثٌ فَلَا يَكُونُ وَصِيَّةً بِحَالٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَحْنُونٌ اعْتَقَدَ أَنَّ الْحَدِيثَ لِشُهْرَتِهِ وَاتِّفَاقِ الْعُلَمَاءِ عَلَى الْعَمَلِ بِمُضَمَّنِهِ وَكَثْرَةِ نَقْلِهِمْ لَهُ أَنَّهُ قَدْ بَلَغَ عِنْدَهُمْ حَدَّ التَّوَاتُرِ وَالْحَدِيثُ الْمَرْوِيُّ فِي ذَلِكَ قَدْ أَجْمَعَ عَلَى الْعَمَلِ بِهِ الْفُقَهَاءُ وَهُوَ «أَنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا يَوْمَ الْمَوْتِ فَلَوْ أَوْصَى لِغَيْرِ وَارِثٍ، ثُمَّ كَانَ وَارِثًا لَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ وَلَوْ أَوْصَى لِوَارِثٍ، ثُمَّ كَانَ غَيْرَ وَارِثٍ لَصَحَّتْ الْوَصِيَّةُ.

وَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ وَمُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ أَوْصَتْ لِزَوْجِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا أَلْبَتَّةَ، ثُمَّ مَاتَتْ إنْ كَانَتْ عَلِمَتْ بِطَلَاقِهِ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَبَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ تَظُنُّ أَنَّهُ وَارِثٌ.

وَقَالَ أَيْضًا ابْنُ الْقَاسِمِ لَهُ ذَلِكَ عَلِمَتْ، أَوْ لَمْ تَعْلَمْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهَا أَوْصَتْ لَهُ وَهِيَ تَرَى أَنَّهُ وَارِثٌ فَلَمْ تُرَدَّ الْوَصِيَّةُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ عَلَى الْجَوَازِ حَتَّى تُرَدَّ، وَكَذَلِكَ إذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ فَهِيَ عَطِيَّةٌ مِنْ الْمُوصِي دُونَ الْوَرَثَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى لِابْنِهِ وَهُوَ عَبْدٌ، أَوْ نَصْرَانِيٌّ فَلَمْ يَمُتْ حَتَّى أَعْتَقَ، أَوْ أَسْلَمَ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِامْرَأَةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ مَاتَ وَهِيَ زَوْجَةٌ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ وَلَوْ أَوْصَى لَهَا وَهِيَ زَوْجَةٌ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ نَفَذَتْ الْوَصِيَّةُ لَهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وَهَبَ غَيْرَ وَارِثٍ فِي صِحَّتِهِ فَجَازَ الْهِبَةُ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ صَارَ وَارِثًا فَذَلِكَ لَهُ جَائِزٌ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ قَالَهُ أَشْهَبُ وَلَوْ وَهَبَ أَخَاهُ فِي مَرَضِهِ هِبَةً وَقَبَضَهَا الْمُعْطِي وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ، ثُمَّ صَارَ وَارِثًا فَالْهِبَةُ بَاطِلٌ قَالَهُ أَشْهَبُ وَلَوْ وَهَبَ امْرَأَةً هِبَةً فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ فِي ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرِثُ وَلَوْ أَقَرَّ لِابْنِهِ النَّصْرَانِيِّ بِدَيْنٍ فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ حَقٌّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ فُرُوعِي ثُبُوتُهُ حِينَ الْإِقْرَارِ بِهِ وَهُوَ لَمْ يَكُنْ وَارِثًا ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْهِبَةُ فِي الْمَرَضِ فَإِنَّمَا يُنْظَرُ فِيهَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلِذَلِكَ اُعْتُبِرَ بِحَالِهِ حِينَ الْمَوْتِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ يَقْتَضِي أَنَّهَا مَرْدُودَةٌ إذَا مَنَعَ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ فَمَنْ أَوْصَى لِوَارِثٍ وَلَمْ يُوصِ بِغَيْرِ ذَلِكَ وَأَرَادَ الْوَرَثَةُ رَدَّ الْوَصِيَّةِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يُوصِ وَيَقْتَسِمُ الْوَرَثَةُ التَّرِكَةَ عَلَى سُنَّةِ الْمِيرَاثِ، وَإِنْ كَانَ أَوْصَى لِوَارِثٍ وَأَوْصَى مَعَ ذَلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَرَثَةَ يُحَاصُّونَ الْأَجْنَبِيَّ كَوَصِيَّةِ الْوَارِثِ فَمَا حَصَلَ لِلْأَجْنَبِيِّ وَمَا حَصَلَ لِلْوَارِثِ رَجَعَ مِيرَاثًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَبْطُلُ حَقُّ الْوَرَثَةِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْمَيِّتَ اشْتَرَكَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ جَمِيعُهُ كَمَا لَوْ أَشْرَكَهُ غَيْرُ وَارِثٍ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ يَحْتَاجُ إلَى تَفْصِيلٍ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مَعَ الْوَارِثِ الْمُوصَى لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ.

فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يُحَاصِصُ الْأَجْنَبِيَّ فِي الثُّلُثِ فَمَا صَارَ لِلْأَجْنَبِيِّ نَفَذَ لَهُ وَمَا صَارَ لِلْوَارِثِ رَجَعَ مِيرَاثًا

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْمَرِيضِ الَّذِي يُوصِي فَيَسْتَأْذِنُ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّتِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إلَّا ثُلُثَهُ فَيَأْذَنُونَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِي ذَلِكَ وَلَوْ أَجَازَ ذَلِكَ لَهُمْ صَنَعَ كُلُّ وَارِثٍ ذَلِكَ فَإِذَا هَلَكَ الْمُوصِي أَخَذُوا ذَلِكَ لِأَنْفُسِهِمْ وَمَنَعُوهُ الْوَصِيَّةَ فِي ثُلُثِهِ وَمَا أَذِنَ لَهُ بِهِ فِي مَالِهِ قَالَ فَأَمَّا أَنْ يَسْتَأْذِنَ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا

[المنتقى]

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ أَرَادَ تَفْضِيلَهُ عَلَيْهِ فَلَا يُحَاصُّ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِجَمِيعِ وَرَثَتِهِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الصِّفَةِ وَسِهَامِ الْمِيرَاثِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَرَثَةُ ذُكُورًا وَإِنَاثًا وَسَاوَى بَيْنَهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ فَقَدْ خَصَّ الْإِنَاثَ فَيُحَاصِصْنَ الْأَجْنَبِيَّ وَبِمَاذَا يُحَاصِصْنَ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي ابْنٍ وَبِنْتٍ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِائَةٍ وَلِأَجْنَبِيٍّ بِمِائَةٍ أَنَّ الِابْنَةَ تُحَاصُّ الْأَجْنَبِيَّ بِخَمْسِينَ وَهِيَ الَّتِي زَادَهَا عَلَى مُوَرِّثِهَا لَمَّا أَعْطَى الذَّكَرَ مِائَةً وَكَانَ يَجِبُ لَهَا خَمْسُونَ وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ تُحَاصُّ بِثُلُثِ الْمِائَةِ؛ لِأَنَّ مَوْرُوثَهَا مِنْ مِائَتَيْنِ ثُلُثَا مِائَةٍ فَتُحَاصُّ بِالزَّائِدِ وَهُوَ ثُلُثُ مِائَةٍ.

وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِقَوْمٍ وَأَوْصَى بِطَعَامٍ أَنْ يُحْبَسَ لِعِيَالِهِ كُلِّهِمْ يَأْكُلُونَهُ قَالَ فَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُمْ بِالثُّلُثِ فِي الطَّعَامِ وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا سِوَاهُ وَالْكَلَامُ فِي الطَّعَامِ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ أَوْفَرُ حَظًّا مِنْ بَعْضٍ وَبَعْضُهُمْ أَكْثَرُ أَكْلًا مِنْ بَعْضٍ فَإِنْ سَلَّمُوا ذَلِكَ وَإِلَّا قَسَمُوهُ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ اُنْظُرْ مَعْنَى هَذَا.

وَقَدْ تَقَدَّمَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُحَاصُّ الْوَرَثَةُ الْأَجْنَبِيَّ عِنْدَ اخْتِلَافِ أَنْصِبَائِهِمْ بِهِ أَرَادَ الْقَلِيلَ النَّصِيبِ إلَّا أَنْ يَعْنِيَ أَنَّهُ أَوْصَى لِعِيَالِهِ بِقَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ لَمَّا أَوْصَى بِالطَّعَامِ لِأَهْلِهِ فَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ ثُلُثِهِ فَلَا حَظَّ لَهُ فِيهِ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سَوَاءٌ فَاضَلَ بَيْنَ وَرَثَتِهِ فِي الطَّعَامِ، أَوْ سَاوَى وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمُحَاصَّةُ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِوَارِثٍ فَأَنْفَذَتْ وَصِيَّتُهُ، ثُمَّ قَامَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ فَقَالَ لَمْ أَعْلَمْ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ لَهُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا عَلِمَ وَيَكُونُ لَهُ نَصِيبُهُ مِنْهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَجْهَلُهُ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ فَإِذَا كَانَ مِثْلُهُ يَجْهَلُ هَذَا حَلَفَ عَلَى مَا أَنْكَرَهُ مِنْ ذَلِكَ وَقَضَى لَهُ بِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لِوَارِثٍ بِعَبْدٍ، أَوْ مَالٍ وَقَالَ إنْ لَمْ يُجِزْهُ وَرَثَتِي فَذَلِكَ فِي السَّبِيلِ أَوْ هُوَ حُرٌّ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ وَابْنِ نَافِعٍ وَعَبْدِ الْمَلِكِ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ مُضَارٌّ بِالْوَرَثَةِ إذْ مَنَعُوهُ مَا لَهُمْ مَنْعُهُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَرَبِيعَةُ وَلَوْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ وَثُلُثُ مَالِي فِي السَّبِيلِ إلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ لِابْنِي فَهَذَا يَجُوزُ عَلَى مَا قَالَ وَقَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ كِنَانَةَ وَابْنُ نَافِعٍ وَهُوَ قَوْلُ الْمَدَنِيِّينَ قَالَ أَصْبَغُ وَأَنَا أَقُولُهُ اسْتِحْسَانًا وَاتِّبَاعًا لِلْعُلَمَاءِ وَأَمَّا الْقِيَاسُ فَهُوَ كَالْأَوَّلِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَجُوزُ وَهُوَ مِنْ الضَّرَرِ كَالْأَوَّلِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إذَا قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ لِابْنِي فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ إنَّمَا بَاشَرَتْ الْحُرِّيَّةَ وَإِنَّمَا يَكُونُ تَصْيِيرُهُ إلَى الْوَارِثِ مِنْ قِبَلِ الْوَرَثَةِ فَجَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِوَصِيَّةٍ مِنْهُ لِلْوَارِثِ وَإِذَا قَالَ هُوَ لِوَارِثِي فَإِنْ مَنَعَ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ فَهُوَ حُرٌّ فَإِنَّمَا بَاشَرَتْ وَصِيَّتُهُ تَصْيِيرَهُ إلَى الْوَارِثِ فَلَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ مَحْضَةٌ لَا لِلْوَارِثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ عَبْدِي لِفُلَانٍ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ الثُّلُثِ فَإِنْ لَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَهُوَ حُرٌّ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَهُوَ حُرٌّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ مَا حَمَلَ الثُّلُثَ، وَذَلِكَ أَنَّ ذَلِكَ الْمِقْدَارَ يَجُوزُ إنْفَاذُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا لَكِنَّهُ لَمَّا شَرَطَ أَنَّهُ مَنَعَ الْوَرَثَةَ مِنْ إنْفَاذِ جَمِيعِهِ لِفُلَانٍ أَنْ يَعْتِقَ وَوَجَدَ الْمَنْعَ مِنْهُمْ رَدَّ الْعِتْقَ عَلَى مَا شَرَطَ وَلَمَّا لَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ جَمِيعَهُ عَتَقَ مِنْهُ مَبْلَغَ الثُّلُثِ كَمَا لَوْ قَالَ ابْتِدَاءً أَعْتِقُوا جَمِيعَ هَذَا الْعَبْدِ فَلَمْ يُجِزْ الْوَرَثَةُ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إلَى الثُّلُثِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنْ أَجَازَ لَهُ بَعْضُهُمْ وَأَبَى بَعْضٌ جَازَ لَهُ حَقُّ مَنْ أَجَازَ مِنْهُمْ دُونَ مَنْ لَمْ يُجِزْ مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ ثَلَاثَةٌ مِنْ الْوَلَدِ فَيُوصِي لِأَحَدِهِمْ بِوَصِيَّةٍ فَيُجِيزُ أَحَدَ إخْوَتِهِ وَيَأْبَى الْآخَرُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ حِصَّةُ الْمُجِيزِ مِنْ تِلْكَ الْوَصِيَّةِ وَتُرَدُّ حِصَّةُ الْآبِي.

(180/6)

لِوَارِثٍ فِي صِحَّتِهِ فَيَأْذَنُونَ لَهُ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُمْ وَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَرُدُّوا ذَلِكَ إنْ شَاءُوا، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا كَانَ صَحِيحًا كَانَ أَحَقَّ بِجَمِيعِ مَالِهِ يَصْنَعُ فِيهِ مَا شَاءَ إنْ شَاءَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ جَمِيعِهِ خَرَجَ فَيَتَصَدَّقُ بِهِ، أَوْ يُعْطِيَهُ مَنْ شَاءَ وَإِنَّمَا يَكُونُ اسْتِئْذَانُهُ وَرَثَتَهُ جَائِزًا عَلَى الْوَرَثَةِ إذَا أَذِنُوا لَهُ حِينَ يَحْجُبُ عَنْهُ مَالَهُ وَلَا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ إلَّا فِي ثُلُثِهِ وَحِينَ هُمْ أَحَقُّ بِثُلُثَيْ مَالِهِ مِنْهُ فَذَلِكَ حِينَ يَجُوزُ عَلَيْهِمْ أَمْرُهُمْ وَمَا أَذِنُوا لَهُ بِهِ فَإِنْ سَأَلَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ أَنْ يَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ حِينَ تَحْضُرُهُ الْوَفَاةُ فَيَفْعَلُ، ثُمَّ لَا يَقْضِي فِيهِ الْهَالِكُ شَيْئًا فَإِنَّهُ رَدٌّ عَلَى مَنْ وَهَبَهُ إلَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ الْمَيِّتُ فُلَانٌ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ضَعِيفٌ وَقَدْ أَحْبَبْت أَنْ تَهَبَ لَهُ مِيرَاثَك فَأَعْطَاهُ إيَّاهُ فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إذَا سَمَّاهُ الْمَيِّتُ لَهُ قَالَ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ، ثُمَّ أَنْفَقَ الْهَالِكُ بَعْضَهُ وَبَقِيَ بَعْضٌ فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الَّذِي وَهَبَ يَرْجِعُ إلَيْهِ مَا بَقِيَ بَعْدَ وَفَاةِ الَّذِي أُعْطِيَهُ) .

[المنتقى]

(ش) : وَبَيَانُ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ إجَازَةَ الْوَرَثَةِ تَكُونُ فِي وَقْتَيْنِ: أَحَدِهِمَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَهِيَ الَّتِي تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِهَا وَالْوَقْتُ الْآخَرُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي، وَذَلِكَ فِي حَالَتَيْنِ إحْدَاهُمَا حَالَ الصِّحَّةِ وَالثَّانِيَةُ حَالَ الْمَرَضِ فَأَمَّا حَالُ الصِّحَّةِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لِسَبَبٍ، أَوْ لِغَيْرِ سَبَبٍ فَإِنْ كَانَ لِسَبَبٍ كَالْغَزْوِ وَالسَّفَرِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَذِنَ لَهُ وَرَثَتُهُ عِنْدَ خُرُوجِهِ لِغَزْوٍ، أَوْ سَفَرٍ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ فَفَعَلَ، ثُمَّ مَاتَ فِي سَفَرِهِ أَنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُمْ كَالْمَرِيضِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ أَصْبَغُ قَالَ لِي ابْنُ وَهْبٍ كُنْت أَقُولُ هَذَا، ثُمَّ رَجَعْت إلَى أَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُمْ؛ لِأَنَّهُ صَحِيحٌ قَالَ أَصْبَغُ وَهُوَ الصَّحِيحُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ سَبَبُ الْوَصِيَّةِ غَالِبًا كَالْمَرَضِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذِهِ حَالُ صِحَّةٍ فَلَمْ يَلْزَمْ الْوَرَثَةُ الْإِجَازَةَ فِيهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ لِغَيْرِ سَبَبٍ فَأَمَّا إنْ كَانَ لِغَيْرِ سَبَبِ وَصِيَّتِهِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْمُجِيزُ مِنْ الْوَرَثَةِ وَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا حَالٌ لَمْ تَتَعَلَّقْ فِيهِ حُقُوقُهُمْ بِالتَّرِكَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْإِجَازَةُ حَالَ الْمَرَضِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَتَخَلَّلَ بَيْنَ وَصِيَّتِهِ وَمَرَضِ وَفَاتِهِ صِحَّةٌ، أَوْ لَا تَتَخَلَّلُهُمَا صِحَّةٌ فَإِنْ تَخَلَّلَتْهُمَا صِحَّةٌ فَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْوَرَثَةُ يُجِيزُونَ لِلْمَرِيضِ الْوَصِيَّةَ بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ، ثُمَّ يَصِحُّ، ثُمَّ يَمْرَضُ فَيَمُوتُ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَخَلَّلَ الْإِذْنَ وَالْوَفَاةُ حَالَةٌ لَا يَصِحُّ فِيهَا الْإِذْنُ كَمَا لَوْ أَذِنُوا فِي الصِّحَّةِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا يُلْزِمُهُمْ الْيَمِينَ أَنَّهُمْ مَا سَكَتُوا رِضًا بِذَلِكَ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ يَلْزَمُهُمْ بِذَلِكَ وَجْهُهُ أَنَّ صُورَةَ السُّكُوتِ عَنْ التَّعْيِينِ صُورَةُ اسْتِدَامَةِ الرِّضَا فَتَلْزَمُهُمْ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَمْ يَرْضَوْا بِهِ فِي الْمَرَضِ الثَّانِي.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَ الْإِذْنِ وَالْوَفَاةِ وَقْتُ صِحَّةٍ لَزِمَ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَذَلِكَ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا تَلْزَمُهُمْ الْإِجَازَةُ إلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَدْ رَوَى نَحْوَ ذَلِكَ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ فِي مَرِيضٍ بَاعَ عَبْدًا بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ بِأَمْرٍ بَيِّنٍ فَإِنَّهُ لَا إجَازَةَ لِلْوَرَثَةِ قَبْلَ الْمَوْتِ إذْ لَا يُعْلَمُ لَعَلَّ غَيْرَهُمْ يَرِثُهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذِهِ حَالٌ تُعْتَبَرُ فِيهَا عَطِيَّتُهُ بِالثُّلُثِ فَلَزِمَتْ الْوَرَثَةَ الْإِجَازَةُ كَبَعْدَ الْمَوْتِ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ لَكَانَ سَبَبًا لِمَنْعِ الْمُوصِي مِنْ الْوَصِيَّةِ بِالْإِجَازَةِ لِوَصِيَّتِهِ لِلْوَارِثِ فَإِذَا مَاتَ وَقَدْ اقْتَصَرَ عَلَى تِلْكَ الْوَصِيَّةِ رَجَعُوا إلَى الْإِجَازَةِ فَمَنَعُوا بِذَلِكَ الْوَصِيَّةَ الَّتِي أَبَاحَهَا الشَّرْعُ لَهُ وَالِاعْتِمَادُ فِي ذَلِكَ عَلَى إثْبَاتِ أَنَّهُ وَقْتُ إجَازَةٍ وَبِذَلِكَ يُفَارِقُ حَالَ الْمَرَضِ حَالَةَ الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّ حَالَ الصِّحَّةِ لَيْسَ بِحَالِ إجَازَةٍ لِمَا ذُكِرَ مِنْ أَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بَعْدُ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ وَلَا حَجَرُوا عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ وَأَمَّا حَالُ الْمَرِيضِ بِحَالِ تَعَلُّقِ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ وَغَرُّوا عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ وَإِنَّمَا يَكُونُ أَفْعَالُهُ فِي ثُلُثِهِ كَبَعْدِ الْوَفَاةِ.

(فَرْعٌ) وَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا يَلْزَمُ إذْنُ الْوَارِثِ لِلْمَرِيضِ إذَا كَانَ بَائِنًا عَنْهُ فَأَمَّا بَنَاتُهُ الْأَبْكَارُ وَزَوْجَاتُهُ وَمَنْ فِي عِيَالِهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ بَعْدَ مَوْتِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَيْسَ لِلسَّفِيهِ إذْنٌ وَلَا لِلْبِكْرِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ إلَّا الْمُعَنِّسَةَ فَيَلْزَمُهَا وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَقَدْ

(ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَعْطَى بَعْضَ وَرَثَتِهِ شَيْئًا لَمْ يَقْبِضْهُ فَأَبَى الْوَرَثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ فَإِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إلَى الْوَرَثَةِ مِيرَاثًا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَمْ يُرِدْ أَنْ يَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ وَلَا يُحَاصُّ أَهْلُ الْوَصَايَا فِي ثُلُثِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ) .

مَا جَاءَ فِي الْمُؤَنَّثِ مِنْ الرِّجَالِ وَمَنْ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ مُخَنَّثًا كَانَ عِنْدَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَسْمَعُ يَا عَبْدَ اللَّهِ إنْ فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ الطَّائِفَ غَدًا فَأَنَا أَدُلُّك عَلَى ابْنَةِ غَيْلَانَ فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يَدْخُلَنَّ هَؤُلَاءِ عَلَيْكُمْ»)

[المنتقى]

تَخَافُ مِنْ مَوْجِدَتِهِ، وَلَيْسَ الَّتِي يُسَلِّمُهَا ذَلِكَ كَالَّتِي تَبْتَدِئُهُ وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَيْسَ كُلُّ زَوْجَةٍ لَهَا أَنْ تَرْجِعَ فَرُبَّ زَوْجَةٍ لَا تَهَابُهُ وَلَا تَخَافُ مِنْهُ فَهَذِهِ لَا تَرْجِعُ، وَكَذَلِكَ الِابْنُ الْكَبِيرُ وَهُوَ فِي عِيَالِ أَبِيهِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ إذَا كَانَ مِمَّنْ لَا يُخْدَعُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لِمِثْلِ هَؤُلَاءِ أَنْ يَرْجِعُوا إذَا كَانُوا فِي عِيَالِهِ وَوَجْهُهُ أَنَّ مَنْ كَانَ فِي حَضَانَتِهِ يَخَافُ أَنْ يُقْصِيَهُ وَيَقْطَعَ مَعْرُوفَهُ عَنْهُ إنْ لَمْ يُجِزْ لَهُ فَيَفْعَلُ ذَلِكَ تَقَصِّيًا لِمَسَرَّتِهِ وَاسْتِدَامَةً لِصَلَاحِ حَالِهِ مَعَهُ وَهُوَ لَا يُرِيدُ الْإِجَازَةَ فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: لَا يَلْزَمُ الْإِذْنُ مَنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ وَلَا مَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَخَافُ أَنْ يُلْزِمَهُ بِهِ، أَوْ يَكُونُ سُلْطَانًا يُرْهِبُهُ وَنَحْوُ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنْ سَأَلَ بَعْضَ الْوَرَثَةِ أَنْ يَهَبُوا لَهُ مِيرَاثَهُ حِينَ تَحْضُرُهُ الْوَفَاةُ فَيَفْعَلُ، ثُمَّ لَا يَقْضِي فِيهِ الْهَالِكُ شَيْئًا فَإِنَّهُ رَدٌّ عَلَى مَنْ وَهَبَهُ وَقَدْ رَوَاهُ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ سَمَّى لَهُ مَنْ يَهَبُهُ لَهُ مِنْ وَرَثَتِهِ فَذَلِكَ لَهُ وَمَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي الْمُوَطَّإِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إنَّ فُلَانًا لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ضَعِيفٌ وَأُحِبُّ أَنْ تَهَبَ لَهُ مِيرَاثَك فَيَفْعَلُ فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا اسْتَوْجَبَ مِيرَاثَهُ دُونَ تَسْمِيَةٍ فَإِنَّمَا يَسْتَأْذِنُهُ فِي أَنْ يَصْرِفَهُ فِي وُجُوهٍ يُرِيدُهَا الْوَارِثُ، أَوْ غَيْرُهُ لَا لِيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصِحُّ فِيهِ فَإِذَا مَاتَ الْمَيِّتُ وَلَمْ يُحْدِثْ فِيهِ حَدَثًا فَقَدْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَنْفُذَ مَا اسْتَأْذَنَ فِيهِ فَيَرْجِعُ إلَى مُسْتَحِقِّهِ إلَّا أَنْ يُسَمِّيَ لَهُ الْمَوْهُوبَ لَهُ فَقَدْ بَيَّنَ الْوَجْهَ الَّذِي سَأَلَهُ إنْفَاذَهُ فِيهِ وَقَدْ وُجِدَ الْإِنْفَاذُ مِنْ الْوَارِثِ الْوَاهِبِ وَلَوْ قَالَ أَعْطِنِيهِ أُوصِي بِهِ لِفُلَانٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا أَذِنَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ لِوَارِثٍ آخَرَ فَإِنْ أَنْفَذَهُ مَضَى، وَإِنْ لَمْ يُنَفِّذْهُ فَهُوَ رَدٌّ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَلَوْ وَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ فَأَنْفَذَ الْهَالِكُ بَعْضَهُ وَبَقِيَ لَهُ بَعْضٌ فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْوَاهِبِ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ بِبَعْضِ مَا وَهَبَهُ إيَّاهُ مِنْ مِيرَاثِهِ وَيَبْقَى بَعْضُهُ لَا يُوصِي فِيهِ بِشَيْءٍ فَإِنَّ مَا أَبْقَاهُ دُونَ وَصِيَّةٍ رَاجِعٌ إلَى الْوَارِثِ الْوَاهِبِ عَلَى حُكْمِ الْمِيرَاثِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ يُرِيدُ فِي مَرَضِهِ فَذَكَرَ فِي وَصِيَّتِهِ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَعْطَى بَعْضَ وَرَثَتِهِ شَيْئًا لَمْ يَقْبِضْهُ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لِمَنْ ذَكَرَ أَنَّهُ كَانَ أَعْطَاهُ إيَّاهُ وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِمَا قَالَ الْوَرَثَةُ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ ذَكَرَ أَنَّهَا كَانَتْ فِي الصِّحَّةِ فَتَبْطُلُ بِمَرَضِ الْمُوصِي قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالٍ حُكْمِ الْعَطِيَّةِ فِيهَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ فَبِأَيِّ الْحَالَتَيْنِ اعْتَبَرْت إقْرَارَهُ بَطَلَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَشْهَدَ فِي مَرَضِهِ فِي جَارِيَةٍ لَهُ أَنِّي كُنْت أَعْتَقْتهَا فِي الصِّحَّةِ وَتَزَوَّجْتهَا وَأُشْهِدُكُمْ أَنَّهَا طَالِقٌ ثَلَاثًا فَلَا تُعْتَقُ بِذَلِكَ فِي ثُلُثٍ وَلَا غَيْرِهِ وَلَا صَدَاقَ لَهَا وَلَا مِيرَاثَ إلَّا بِأَمْرٍ يَثْبُتُ فِي الصِّحَّةِ مِنْ الْعِتْقِ، ثُمَّ النِّكَاحُ إلَّا أَنْ يَقُولَ فِي مَرَضِهِ أَمْضُوا عِتْقَهَا.

[مَا جَاءَ فِي الْمُؤَنَّثِ مِنْ الرِّجَالِ وَمَنْ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ وَفِيهِ بَابَانِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ مُخَنَّثًا كَانَ عِنْدَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ

(182/6)

. . . .

[المنتقى]

ابْنُ حَبِيبٍ الْمُخَنَّثُ هُوَ الْمُؤَنَّثُ مِنْ الرِّجَالِ، وَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فِيهِ الْفَاحِشَةُ وَهُوَ مَأْخُوذٌ مِنْ تَثَنِّي الشَّيْءِ وَتَكَسُّرِهِ وَالْمُخَنَّثُ الْمَذْكُورُ فِي الْحَدِيثِ اسْمُهُ هيت وَكَانَ مَوْلًى لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ أَخِي أُمِّ سَلَمَةَ وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا أَرَى ذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ} [النور: 31] إلَى {أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ} [النور: 31] قَالَ عِكْرِمَةُ هُوَ الْمُخَنَّثُ الَّذِي لَا يَقُومُ لَهُ يُرِيدُ الْعِنِّينَ وَقِيلَ هُوَ الشَّيْخُ الْهَرِمُ وَالْخُنْثَى وَالْمَعْتُوهُ وَالطِّفْلُ وَالْعِنِّينُ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ هُوَ الْأَحْمَقُ الَّذِي لَا حَاجَةَ لَهُ فِي النِّسَاءِ وَقَالَ مُجَاهِدٌ وَقَتَادَةُ هُوَ الَّذِي يَتْبَعُك لِيُصِيبَ مِنْ طَعَامِك وَلَا يُرِيدُ النِّسَاءَ وَلَا يَهُمُّهُ إلَّا بَطْنُهُ فَلَا يُخَافُ مِنْهُ عَلَى النِّسَاءِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ «كَانَ رَجُلٌ يَدْخُلُ عَلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَكَانُوا يَعُدُّونَهُ مِنْ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ فَدَخَلَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَوْمًا وَهُوَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ وَهُوَ

يَنْعَتُ امْرَأَةً فَقَالَ: إنَّهَا إذَا أَقْبَلَتْ أَقْبَلَتْ بِأَرْبَعٍ وَإِذَا أَدْبَرَتْ أَدْبَرَتْ بِثَمَانٍ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَلَا أَرَى هَذَا يَعْلَمُ مَا هَاهُنَا لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُمْ» فَحَجَبُوهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْكَلْبِيِّ «إنَّ هِيتًا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ وَهُوَ عِنْدَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي بَيْتِ أُمِّ سَلَمَةَ إنْ افْتَتَحْتُمْ الطَّائِفَ فَعَلَيْك بِبَادِنَةَ بِنْتِ غَيْلَانَ بْنِ سَلَمَةَ الثَّقَفِيِّ فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ مَعَ ثَغْرٍ كَالْأُقْحُوَانِ إنْ قَعَدَتْ تَبَنَّتْ، وَإِنْ تَكَلَّمَتْ تَغَنَّتْ بَيْنَ رِجْلَيْهَا كَالْإِنَاءِ الْمَكْفُوفِ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَسْمَعُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَقَدْ غَلْغَلْت النَّظَرَ إلَيْهَا يَا عَدُوَّ اللَّهِ، ثُمَّ أَجْلَاهُ عَنْ الْمَدِينَةِ إلَى الْحِمَى» فَلَمَّا فُتِحَ الطَّائِفُ تَزَوَّجَهَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ فَوَلَدَتْ لَهُ بُرَيْهَةَ وَلَمَّا قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَوُلِّيَ أَبُو بَكْرٍ كَلَّمَهُ فِيهِ أَنْ يَرُدَّهُ فَأَبَى أَنْ يَرُدَّهُ فَلَمَّا وُلِّيَ عُمَرُ قِيلَ إنَّهُ قَدْ ضَعُفَ وَكَبِرَ وَاحْتَاجَ فَأَذِنَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ كُلَّ جُمُعَةٍ فَيَسْأَلَ النَّاسَ، ثُمَّ يَرْجِعَ إلَى مَكَانِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ أَعْكَانَهَا وَهِيَ تَرَاكِيبُ اللَّحْمِ فِي الْبَطْنِ حَتَّى يَنْعَطِفَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ فَهِيَ فِي بَطْنِهَا أَرْبَعُ طَرَائِقَ وَتَبْلُغُ أَطْرَافُهَا إلَى خَاصِرَتَيْهَا فِي كُلِّ جَانِبٍ أَرْبَعٌ فَهِيَ عَلَى هَذَا ثَمَانٍ وَأَرَادَ الْعُكَنَ وَاحِدَتُهَا عُكْنَةٌ وَهِيَ مُؤَنَّثَةٌ فَلِذَلِكَ أَتَى بِلَفْظِ الْعَدَدِ عَلَى التَّأْنِيثِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَلَا يَدْخُلَنَّ هَؤُلَاءِ عَلَيْكُمْ، مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْمَنْعُ مِنْ دُخُولِ مَنْ يَفْطِنُ لِمَحَاسِنِ النِّسَاءِ مِنْ الْمُخَنَّثِينَ وَمَنْ يُحْسِنُ وَصْفَهُنَّ وَيَهْتَبِلُ بِذَلِكَ وَأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ} [النور: 31] مَنْ لَا يَتَفَطَّنُ لِذَلِكَ وَلَا يَهْتَبِلُ بِهِ وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ الْحَسْنَاءِ مِنْهُنَّ وَالْقَبِيحَةِ فَهُوَ الَّذِي أُبِيحَ لَهُ الدُّخُولُ عَلَى النِّسَاءِ وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ هُوَ الَّذِي لَا يَنْتَشِرُ ذَكَرُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أُولُو الْإِرْبَةِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ ذَوُو مَحَارِمَ وَأَجْنَبِيُّونَ فَأَمَّا ذَوُو الْمَحَارِمِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُمْ الدُّخُولُ عَلَى ذَاتِ مَحْرَمِهِمْ وَيَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَنْظُرُوا مِنْهَا إلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِكَشْفِهِ كَالْوَجْهِ وَالشَّعْرِ وَالْمِعْصَمَيْنِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا بَأْسَ أَنْ يَرَى الرَّجُلُ شَعْرَ امْرَأَتِهِ وَامْرَأَةِ أَبِيهِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يُقَبِّلَ خَدَّ ابْنَتِهِ إذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ كُلِّهِ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ هَذَا مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِانْكِشَافِهِ مِنْهَا وَأَمَّا أَنْ يَرَاهَا مُتَجَرِّدَةً

فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لِيَسْتَأْذِن الرَّجُلُ عَلَى أُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرَى أُمَّهُ عُرْيَانَةً، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِمَّا تَسْتُرُهُ غَالِبًا كَالْعَوْرَةِ الْمُخَفَّفَةِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ فِي تَفْسِيرِ قَوْله تَعَالَى {وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ} [النور: 31] الْآيَةَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيدُ الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتُرَ مِنْهَا فِي الصَّلَاةِ كُلَّ مَوْضِعٍ لَا يَجُوزُ أَنْ يَرَاهُ الْقُرَبَاءُ، وَلَيْسَ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُظْهِرَ فِي الصَّلَاةِ إلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا، وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْقُرْبَى أَنْ يَرَوْا مِنْهَا ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ

(183/6)

. . . .

[المنتقى]

مِنْ ذَلِكَ فَاقْتَضَى قَوْلُ الْقَاضِي أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّهُ مَنَعَ رُؤْيَةَ ذَوِي الْمَحَارِمِ لِشَعْرِ الْمَرْأَةِ وَأَبَاحَ لَهُ رُؤْيَةَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أُمُّ الزَّوْجَةِ فَجَوَّزَ مَالِكٌ النَّظَرَ إلَى شَعْرِهَا وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى التَّأْبِيدِ كَالْأُمِّ وَالْأُخْتِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ لَيْسَ بِذِي مَحْرَمٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْوَطْءُ مُبَاحًا لَهُ، أَوْ غَيْرَ مُبَاحٍ فَإِنْ كَانَ مُبَاحًا وَهُوَ الزَّوْجُ وَالسَّيِّدُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إلَى الْعَوْرَةِ وَغَيْرِهَا وَتَنْظُرُ هِيَ مِنْهُ إلَى مِثْلِ ذَلِكَ.

وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ مَنْ لَا يَحِلُّ لَك فَرْجُهَا فَلَا تَطَّلِعْ عَلَى عَوْرَتِك فِي صِحَّةٍ وَلَا مَرَضٍ وَحَالِ ضَرُورَةٍ، وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا مُحَرَّمَةُ الْوَطْءِ كَالْأَجْنَبِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ لَا يُبَاحُ لَهُ الْوَطْءُ فَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ صَغِيرٌ وَكَبِيرٌ فَأَمَّا الصَّغِيرُ فَيَجُوزُ نَظَرُهُ لَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْكَبِيرُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ خَصِيٌّ وَفَحْلٌ فَأَمَّا الْخَصِيُّ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ عَبْدًا، أَوْ حُرًّا فَإِنْ كَانَ عَبْدًا لَهَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى الْمَرْأَةِ خَصِيُّهَا؛ لِأَنَّ فِي نَظَرِهِ إلَى وَجْهِهَا أَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ كَوْنُهُ مِلْكًا لَهَا وَكَوْنُهُ خَصِيًّا؛ لِأَنَّ فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّأْنِيثِ فَأَمَّا رُؤْيَةُ شَعْرِهَا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ يَرَى شَعْرَ سَيِّدَتِهِ إنْ كَانَ وَغْدًا وَكُرِهَ ذَلِكَ لِذِي الْمَنْظَرِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّ مَا تَمْلِكُهُ مِنْ الْخُصْيَانِ بِخِلَافِ مَنْ لَا تَمْلِكُهُ وَلَا يَرَى شَعْرَهَا وَزِينَتَهَا مَنْ لَا تَمْلِكُهُ، وَإِنْ كَانَ لِزَوْجِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْخَصِيُّ الْعَبْدُ لِزَوْجِهَا وَلِغَيْرِ زَوْجِهَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا إذَا بَلَغَ الْحُلُمَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا بَأْسَ أَنْ يَرَى وَجْهَهَا، وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَيْضًا لَا بَأْسَ أَنْ يَرَى شَعْرَهَا إنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْظَرٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحُرُّ مِنْ الْخُصْيَانِ فَكَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى النِّسَاءِ قَالَ عَنْهُ ابْنُ الْمَوَّازِ كَانَ وَغْدًا، أَوْ غَيْرَ وَغْدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْفَحْلُ فَإِنَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ عَبْدٌ وَحُرٌّ فَأَمَّا الْعَبْدُ لَهَا فَلَا بَأْسَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى سَيِّدَتِهِ وَيَرَى شَعْرَهَا إنْ كَانَ لَا مَنْظَرَ لَهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ مُكَاتَبُهَا وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ وَقَالَ لَا تَغُرَّنَّكُمْ هَذِهِ الْآيَةُ {أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ} [النساء: 3] إنَّمَا عَنَى بِهَا الْإِمَاءَ وَلَمْ يَعْنِ بِهَا الْعَبِيدَ وَقَالَ طَاوُسٌ وَمُجَاهِدٌ لَا يَرَى شَعْرَهَا وَمَعْنَى، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِمَّنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ فِي حَدِيثٍ رَوَاهُ نَبْهَانُ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَهِدَ إلَيْنَا إذَا كَانَ عِنْدَ مُكَاتَبِ إحْدَاكُنَّ وَفَاءٌ بِمَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ فَاضْرِبْنَ دُونَهُ الْحِجَابَ» قَالَ فَفِي هَذَا الْحَدِيثِ بَيَانُ أَنَّ الْعَبْدَ يَجُوزُ أَنْ يَرَى مِنْ سَيِّدَتِهِ مَا يَرَاهُ ذَوُو الْمَحَارِمِ كَالْأَبِ وَالْأَخِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَلَيْسَ مِنْ ذَوِي الْمَحَارِمِ الَّذِي يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ مِنْهَا لَا تَدُومُ إذْ يُمْكِنُ أَنْ تُعْتِقَهُ فِي سَفَرِهَا فَيَحِلُّ لَهُ تَزْوِيجُهَا وَالْحَدِيثُ الَّذِي ذَكَرَهُ لَيْسَ بِثَابِتٍ عِنْدِي غَيْرَ أَنَّهُ يُسْتَفَادُ مِنْ ذَلِكَ مَذْهَبُ الْقَاضِي أَبِي إِسْحَاقَ فِي الْمَسْأَلَةِ وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ} [النور: 58] فَأُجْرُوا مَجْرَى مَنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ وَأُمِرُوا بِالِاسْتِئْذَانِ فِي الْعَوْرَاتِ الثَّلَاثِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ النَّاسَ لَا يَسْتُرُونَ فِيهَا كَمَا يَسْتُرُونَ فِي سَائِرِ الْأَوْقَاتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا عَبْدُ غَيْرِهَا فَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ عَلَيْهِ نِكَاحُهَا كَالْحُرِّ الْأَجْنَبِيِّ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَا يَدْخُلُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَا يَنْظُرُ إلَيْهَا لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ أَجْنَبِيٌّ وَأَمَّا الضَّرُورَةُ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَرْأَةِ الْكَبِيرَةِ الْغَرِيبَةِ تَلْجَأُ إلَى الرَّجُلِ يَقُومُ بِحَوَائِجِهَا وَيُنَاوِلُهَا الْحَاجَةَ لَا بَأْسَ بِهِ وَلْيُدْخِلْ مَعَهُ غَيْرَهُ أَحَبُّ إلَيَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّهَا حَالُ ضَرُورَةٍ كَحَالَةِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَا بَأْسَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى الْمَرْأَةِ يُرِيدُ نِكَاحَهَا يَنْظُرُ إلَيْهَا قِيلَ: فَيَغْتَفِلُهَا مِنْ كُوَّةٍ وَنَحْوِهَا فَكَرِهَ ذَلِكَ، وَوَجْهُ إبَاحَةِ الدُّخُولِ عَلَيْهَا وَالنَّظَرِ إلَيْهَا الضَّرُورَةُ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى النَّظَرِ إلَيْهَا لِيَعْلَمَ هَلْ تُوَافِقُهُ صُورَتُهَا وَمَحَاسِنُهَا، وَإِنَّمَا كُرِهَ اغْتِفَالُهَا لِئَلَّا يَنْظُرَ مِنْهَا إلَى عَوْرَةٍ وَإِنَّمَا أُبِيحَ لَهُ النَّظَرُ إلَى وَجْهِهَا؛ لِأَنَّهُ

(184/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ سَمِعْت الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ كَانَتْ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ امْرَأَةٌ مِنْ الْأَنْصَارِ فَوَلَدَتْ لَهُ عَاصِمَ بْنَ عُمَرَ، ثُمَّ إنَّهُ فَارَقَهَا فَجَاءَ عُمَرُ قُبَاءَ فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا يَلْعَبُ بِفِنَاءِ الْمَسْجِدِ فَأَخَذَ بِعَضُدِهِ فَوَضَعَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الدَّابَّةِ فَأَدْرَكَتْهُ جَدَّةُ الْغُلَامِ فَنَازَعَتْهُ إيَّاهُ حَتَّى أَتَيَا أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ فَقَالَ عُمَرُ: ابْنِي، وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ: ابْنِي، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: خَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَمَا رَاجَعَهُ عُمَرُ الْكَلَامَ قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي آخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ)

[المنتقى]
مَجْمَعُ الْمَحَاسِنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا الرَّجُلُ يُرِيدُ شِرَاءَ الْأَمَةِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إلَى وَجْهِهَا وَيَدَيْهَا وَهَلْ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إلَى بَدَنِهَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إلَى سَاقَيْهَا وَعَجُزِهَا وَبَطْنِهَا وَقَالَ لَا حُرْمَةَ لَهَا وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَضَعُ يَدَهُ بَيْنَ ثَدْيَيْهَا وَرُوِيَ عَنْ الشَّعْبِيِّ يَنْظُرُ إلَى جَمِيعِهَا إلَّا الْفَرْجَ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ الْأَنْصَارِ هِيَ جَمِيلَةُ بِنْتُ ثَابِتِ بْنِ أَبِي الْأَفْلَحِ أُخْتُ عَاصِمٍ كَانَ اسْمُهَا عَاصِيَةٌ فَسَمَّاهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَمِيلَةً وَقَدْ قِيلَ: إنَّهَا بِنْتُ عَاصِمِ بْنِ ثَابِتٍ وَالْأَوَّلُ أَكْثَرُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَوَلَدَتْ لَهُ عَاصِمًا بْنَ عُمَرَ قِيلَ إنَّهَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ وَفَاةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِسَنَتَيْنِ، ثُمَّ إنَّ عُمَرَ فَارَقَهَا فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حَضَانَةِ أُمِّهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ فَإِنْ تَزَوَّجَتْ فَالْجَدَّةُ أُمُّ الْأُمِّ أَحَقُّ بِحَضَانَتِهِ مِنْ أَبِيهِ وَتَزَوَّجَ جَمِيلَةَ بَعْدَ عُمَرَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ فَوَلَدَتْ لَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَجَاءَ عُمَرُ قُبَاءَ فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا يَلْعَبُ بِفِنَاءِ الْمَسْجِدِ يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ هُنَاكَ عِنْدَ أُمِّهِ، أَوْ جَدَّتِهِ وَلَعَلَّهُ كَانَ عِنْدَ جَدَّتِهِ زَائِرًا لَهَا، أَوْ لَعَلَّ أُمَّهُ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ فَانْتَقَلَتْ الْحَضَانَةُ إلَى الْجَدَّةِ أُمِّ الْأُمِّ وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الْفُقَهَاءَ مُتَّفِقُونَ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَبِيهِ وَغَيْرِهِ مِمَّنْ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّهُ ابْنِي كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْأُمَّ أَرْفَقُ بِالِابْنِ وَأَحْسَنُ تَنَاوُلًا لِغُسْلِهِ وَتَنْظِيفِهِ وَالْقِيَامِ بِشَأْنِهِ كُلِّهِ مَعَ مُلَازَمَتِهَا ذَلِكَ وَاشْتِغَالِ الْأَبِ عَنْهُ فِي تَصَرُّفِهِ فَكَانَ ذَلِكَ أَرْفَقَ بِالِابْنِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْأُمِّ، أَوْ الْوَلَدِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْمَرْأَةِ فَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْهُ، وَإِنْ شَاءَتْ تَرَكَتْهُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: فَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْأُمِّ «فَلِقَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ يَلْحَقُهَا الضَّرَرُ بِالتَّفْرِقَةِ مِنْهَا مَعَ مَا جُبِلَ عَلَيْهِ النِّسَاءُ مِنْ الْإِشْفَاقِ مِنْ ذَلِكَ وَالتَّوَجُّعِ لَهُ قَالَ: وَإِذَا قُلْنَا: إنَّهُ حَقٌّ لِلْوَلَدِ؛ فَلِأَنَّ الْغَرَضَ حِفْظُهُ وَمَصَالِحُهُ؛ وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ مِنْهَا إذَا تَزَوَّجَتْ، وَإِنْ لَحِقَهَا الضَّرَرُ بِأَخْذِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّ فِيهِ حَقًّا لِكُلٍّ مِنْهُمَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ سَحْنُونٍ إنْ رَضِيَ الْأَبُ وَالْأُمُّ وَالْوَلَدُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ عِنْدَ أَبِيهِ وَلَمْ تَتَزَوَّجْ أُمُّهُ

فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ فَاعْتَبَرَ رِضَا الْأُمِّ وَالْوَلَدِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَنِهَايَةُ هَذِهِ الْحَضَانَةِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ الْبُلُوغُ فِي الذُّكُورِ وَرَأَيْت فِي بَعْضِ الْكُتُبِ لِابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ حَدَّهَا فِي الذُّكُورِ الِاثِّغَارُ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ حَدَّ الْحَضَانَةِ الِاحْتِلَامُ وَقِيلَ حَتَّى يُثْغِرَ وَأَمَّا فِي الْإِنَاثِ فَلَا نَعْلَمُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ بِأَنَّ لَهَا الْحَضَانَةَ إلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ وَيَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ مَوْضِعُ أَبِيهَا أَصْوَنَ لَهَا وَأَمْنَعَ إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَيُخْتَارُ لَهَا الْمَوْضِعُ الْأَصْوَنُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إنْ كَانَ الْوَلَدُ أُنْثَى فَحَتَّى يَبْلُغَ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَحَتَّى يَسْتَغْنِيَ عَمَّنْ يَحْضُنُهُ وَيَقُومَ بِنَفْسِهِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ إذَا بَلَغَ الْوَلَدُ سَبْعَ سِنِينَ، أَوْ ثَمَانِيًا خُيِّرَ بَيْنَ أَبَوَيْهِ فَمَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا كَانَتْ

(185/6)

. . . .

[المنتقى]

الْحَضَانَةُ لَهُ وَقَدْ تَعَلَّقَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» وَهَذَا الْحَدِيثُ لَيْسَ إسْنَادُهُ مِمَّا يُحْتَجُّ بِهِ وَلَا فِي هَذَا الْبَابِ شَيْءٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ابْنَ سَبْعِ سِنِينَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الِانْفِرَادِ بِنَفْسِهِ وَالْأُمُّ أَشْفَقُ عَلَيْهِ وَأَصْبَرُ عَلَى خِدْمَتِهِ وَمُرَاعَاةِ حَالِهِ وَالْأَبُ لَا يَسْتَطِيعُ تَعَاهُدَ ذَلِكَ فَكَانَتْ الْأُمُّ أَحَقَّ بِذَلِكَ إلَى أَنْ يَبْلُغَ بِذَلِكَ وَهُوَ الْحَدُّ الَّذِي يَقْوَى فِيهِ وَيُمْكِنُهُ الِاسْتِغْنَاءُ عَنْ مَنْ يَخْدُمُهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الِابْنَ إذَا قَارَبَ الِاحْتِلَامَ وَأَنْبَتَ وَاسْوَدَّ نَبَاتُهُ فَالْأَبُ يَضُمُّهُ إلَى نَفْسِهِ وَكَانَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُؤَقِّتُ فِي ذَلِكَ الِاحْتِلَامَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ: حَدُّهُ أَنْ يَحْتَلِمَ الذَّكَرُ صَحِيحَ الْعَقْلِ وَالْبَدَنِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْإِنْبَاتَ هُوَ الَّذِي يَظْهَرُ وَيُمْكِنُ أَنْ تَثْبُتَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ وَأَمَّا الِاحْتِلَامُ فَلَا يُعْلَمُ ذَلِكَ إلَّا بِقَوْلِ الصَّبِيِّ وَيُمْكِنُ أَنْ يَكْتُمَهُ وَيَدَّعِيَهُ فَكَانَ الْإِنْبَاتُ أَوْلَى وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كُلَّ أَمْرٍ رُوعِيَ فِيهِ بِنَاءُ الزَّوْجِ فِي حَقِّ الْإِنَاثِ فَإِنَّهُ يُرَاعَى فِيهِ الِاحْتِلَامُ فِي حَقِّ الذُّكُورِ كَوُجُوبِ الْفَرَائِضِ وَهَذَا إنْ كَانَتْ الْأُمُّ مُسْلِمَةً حُرَّةً فَإِنْ كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ لَا حَقَّ لِلنَّصْرَانِيَّةِ فِي الْحَضَانَةِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَةَ لَوْ أُثْنِيَ عَلَيْهَا ثَنَاءُ سُوءٍ لَنُزِعَ مِنْهَا؛ فَهَذِهِ أَوْلَى قَالَ

ابْنُ الْمَوَّازِ: الْحَضَانَةُ لَهَا وَاجِبَةٌ، وَكَذَلِكَ الْحُرَّةُ النَّصْرَانِيَّةُ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ لَهُنَّ الْحَضَانَةُ سَوَاءٌ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ، أَوْ مُسْلِمَاتٍ أَوْ مَجُوسِيَّاتٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا أُمٌّ حُرَّةٌ خِلْوٌ مِنْ زَوْجٍ لِلِابْنِ فِي حَضَانَتِهَا مِرْفَقٌ فَكَانَتْ لَهَا الْحَضَانَةُ كَالْمُسْلِمَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا لَمْ تَكُنْ فِي حِرْزٍ، أَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْمُونَةٍ، أَوْ تَضْعُفُ عَنْهُ، أَوْ سَفِيهَةً، أَوْ سَقِيمَةً، أَوْ ضَعِيفَةً، أَوْ مُسِنَّةً فَلَا حَضَانَةَ لَهَا حُرَّةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَضَانَةَ إنَّمَا هِيَ لِلرِّفْقِ بِالصَّغِيرِ فَإِذَا عَجَزَتْ عَنْ الْقِيَامِ بِهِ، عَدِمَ الرِّفْقَ وَكَانَ فِي مَقَامِهِ عِنْدَهَا تَضْيِيعٌ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَإِذَا كَانَ الِابْنُ فِي حَضَانَةِ أُمِّهِ لَمْ يُمْنَعْ الِاخْتِلَافَ إلَى أَبِيهِ يُعَلِّمْهُ، وَيَأْوِي إلَى الْأُمِّ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الِابْنَ مُحْتَاجٌ إلَى أَنْ يُعَلِّمَهُ أَبُوهُ وَيُؤَدِّبَهُ وَيُسَلِّمَهُ إلَى مَنْ يُعَلِّمُهُ الْقُرْآنَ وَالْكِتَابَةَ وَالصَّنَائِعَ وَالتَّصَرُّفَ وَتِلْكَ مَعَانٍ إنَّمَا تُسْتَفَادُ مِنْ الْأَبِ فَكَانَ الْأَبُ أَوْلَى بِالِابْنِ فِي الْأَوْقَاتِ الَّتِي يَحْتَاجُ فِيهَا إلَى التَّعَلُّمِ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْحَضَانَةَ؛ لِأَنَّ الْحَضَانَةَ تَخْتَصُّ بِالْمَبِيتِ وَمُبَاشَرَةِ عَمَلِ الطَّعَامِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ وَتَهْيِئَةِ الْمَضْجَعِ وَالْمَلْبَسِ وَالْعَوْنِ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ وَالْمُطَالَعَةِ لِمَنْ يُبَاشِرُهُ وَتَنْظِيفِ الْجِسْمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْمَعَانِي الَّتِي تَخْتَصُّ مُبَاشَرَتُهَا بِالنِّسَاءِ وَلَا يَسْتَغْنِي الصَّغِيرُ عَنْ مَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ لَهُ؛ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْأَبَوَيْنِ أَحَقَّ مِمَّا إلَيْهِ مَنَافِعُ الصَّبِيِّ وَالْقِيَامُ بِأَمْرِهِ.

1 –

(فَرْعٌ) فَإِنْ شَكَا الْأَبُ ضَيَاعَ نَفَقَةِ ابْنِهِ فَأَرَادَ أَنْ يُطْعِمَهُ فَقَدْ كَتَبَ سَحْنُونٌ إلَى شَجَرَةٍ فِي الْخَالَةِ تَجِبُ لَهَا الْحَضَانَةُ فَيَقُولُ الْأَبُ يَكُونُ وَلَدِي عِنْدِي لِأُعَلِّمَهُ وَأُطْعِمَهُ فَإِنَّ الْخَالَةَ تَأْكُلُ مَا أَرْزُقُهُمْ وَهِيَ مُكَذِّبَةٌ أَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يُطْعِمَهُ وَيُعَلِّمَهُ وَتَكُونُ الْحَضَانَةُ لِلْخَالَةِ فَجَعَلَ الْحَضَانَةَ أَنْ يَأْوِيَ إلَيْهَا وَتُبَاشِرَ سَائِرَ أَحْوَالِهِ مِمَّا يَغِيبُ عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَتِهِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا كَانَتْ الصَّبِيَّةُ عِنْدَ جَدَّتِهَا لَمْ يُمْنَعْ رَسُولُ عَمَّتِهَا مِنْ زِيَارَتِهَا وَعِيَادَتِهَا وَلَا يَمْنَعُ عَمَّتَهَا أَنْ تَأْتِيهَا قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لِلْعَمَّةِ حَقًّا فِي مُطَالَعَةِ حَالِهَا وَمَعْرِفَةِ مَجَارِي أُمُورِهَا وَصِحَّتِهَا وَسَقَمِهَا وَمَا تُبَاشِرُ مِنْ عَمَلِهَا لِلرَّحِمِ الَّتِي بَيْنَهُمَا فَلَهَا مِنْ ذَلِكَ مَا لَا يَدْخُلُ بِهِ مَضَرَّةٌ مِنْ كَثْرَةِ مُلَازَمَتِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ الْأُمُّ قَبْلَ ذَلِكَ فَإِنْ تَزَوَّجَتْ فَالْحَضَانَةُ لَهَا مَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا زَوْجُهَا فَإِذَا دَخَلَ بِهَا بَطَلَتْ حَضَانَتُهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصَّبِيَّ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ بِتَكَرُّهِ الزَّوْجِ لَهُ وَضَجَرِهِ بِهِ وَالْأُمُّ تَدْعُوهَا الضَّرُورَةُ إلَى التَّقْصِيرِ فِي تَعَاهُدِهِ طَلَبًا لِمَرْضَاةِ الزَّوْجِ وَاشْتِغَالًا بِهِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مُضِرٌّ بِالصَّبِيِّ فَبَطَلَ حَقُّهَا مِنْ الْحَضَانَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ فَرَضِيَ الزَّوْجُ أَنْ يَتْرُكَ عِنْدَهَا الْوَلَدَ حَوْلَيْنِ

(186/6)

. . . .

[المنتقى]

ثُمَّ يَأْخُذَهُ وَأَشْهَدَ بِذَلِكَ فَطَلُقَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَحَبَسَتْهُ وَقَامَ الْأَبُ بِالْكِتَابِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يَبْقَى عِنْدَهَا إلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ ثَانِيَةً زَادَ فِي الْعُتْبِيَّةِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ لَهُ أَخْذُ وَلَدِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَا يَخْلُوا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَزِعَ مِنْهَا الْوَلَدَ، أَوْ بَعْدَ أَنْ يَنْتَزِعَ مِنْهَا فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَزِعَ مِنْهَا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ أَوْ الْجَدَّةُ فَلَمْ يَأْخُذْ مِنْهَا الْوَلَدَ حَتَّى فَارَقَهَا الزَّوْجُ فَلَا يُنْزَعُ مِنْهَا بِخِلَافِ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِانْتِزَاعِهِ مِنْهَا حَتَّى يَزُولَ السَّبَبُ الْمُوجِبُ لِلِانْتِزَاعِ وَعِلَّتُهُ كَالْعَيْبِ يُوجَدُ بِالْمَبِيعِ فَلَا يُحْكَمُ بِالرَّدِّ حَتَّى يَزُولَ الْعَيْبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ انْتَزَعَ مِنْهَا الْوَلَدَ قَبْلَ الْفُرْقَةِ بِمَوْتٍ، أَوْ طَلَاقٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا يُرَدُّ إلَيْهَا وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ لَهَا أَخْذُهُ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَضَانَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ أَسْبَابَهَا إذَا زَالَتْ زَالَ حُكْمُهَا لِزَوَالِ سَبَبِهَا وَلَمْ يَعُدْ كَمَا لَوْ تَرَكَتْهُ ابْتِدَاءً ثُمَّ طَلَبَتْهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ سَبَبَ انْتِقَالِ الْحَضَانَةِ عَنْ الْأُمِّ دُخُولُ الزَّوْجِ بِهَا وَمَا يُحْذَرُ مِنْ اسْتِضْرَارِ الْوَلَدِ وَتَبَرُّمِهِ بِهِ وَشَغْلِ الْأُمِّ عَنْهُ وَإِذَا زَالَ الزَّوْجُ فَقَدْ أَمِنَ هَذَا فَعَادَتْ الْحَضَانَةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ مَعَ أَبِيهِ وَالْأُمُّ مُتَنَحِّيَةً عَنْهُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَيْسَ لَهَا أَخْذُهُ إنْ مَاتَ الْأَبُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ بِتَرْكِهَا قَدْ أَسْقَطَ حَقَّهَا مِنْ الْحَضَانَةِ وَالصَّبِيُّ قَدْ أَنِسَ بِغَيْرِهَا وَتَسَلَّى عَنْهَا وَصَلُحَتْ حَالُهُ دُونَهَا لَا سِيَّمَا مَعَ مَا ظَهَرَ مِنْ تَرْكِهَا لَهُ وَرِضَاهَا بِأَنْ يَلِيَ غَيْرُهَا أَمْرَهُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إذَا رَدَّتْهُ اسْتِثْقَالًا لَهُ، ثُمَّ طَلَبَتْهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهَا إلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِعُذْرٍ لَهُ وَجْهُهُ قَالَ أَشْهَبُ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَرِضَتْ، أَوْ انْقَطَعَ لَبَنُهَا وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْحَضَانَةَ حَقٌّ لِلْأُمِّ خَاصَّةً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَ لِلصَّبِيِّ وَلِيَّانِ وَتَزَوَّجَتْ الْأُمُّ أَحَدَهُمَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لَا يُنْزَعُ مِنْهَا إذَا كَانَ ذَلِكَ أَرْفَقَ بِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ إلَّا أَنْ يُخَافَ عَلَيْهِ عِنْدَهَا جَفْوَةً أَوْ ضَيْعَةً، أَوْ تَخْلُوَ دُونَهُ وَتَدَعَهُ فَيَكُونُ الْوَلِيُّ الْآخَرُ أَحَقَّ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْجَدَّةِ الْمُتَزَوِّجَةِ لَا حَضَانَةَ لَهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ زَوْجُهَا جَدَّ الصَّبِيِّ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ لَا حَضَانَةَ لَهَا وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا جَدَّ الصَّبِيِّ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْجَدَّ وَلِيٌّ يَسْتَحِقُّ الْحَضَانَةَ فَلَا يَمْنَعُ الْحَضَانَةَ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ الزَّوْجَ عَلَى كُلِّ حَالٍ يُشْغَلُ عَنْ الصَّبِيِّ وَهَذَا عِنْدِي غَيْرُ مُؤَثِّرٍ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يُشْغِلُ الْأُمَّ فِي بَعْضِ الْأَحَايِينِ وَلَا يَنْقُلُ ذَلِكَ الْحَضَانَةَ عَنْهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ حَضَانَةَ الْأُمِّ تَبْطُلُ بِدُخُولِ زَوْجِهَا بِهَا فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ بَعْدَهَا إلَى أَقْرَبِ النِّسَاءِ بِالصَّبِيِّ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ وَيَنْتَقِلُ ذَلِكَ بِتَزَوُّجِ الْأُمِّ وَعَدَمِ مَنْ هُوَ أَحَقُّ مِنْ الْأَبِ بِالْحَضَانَةِ مِنْ النِّسَاءِ إلَى الْأَبِ وَلَا يَخْلُوَا أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَإِنَّهُ يَنْتَقِلُ إلَى مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ مِنْ أُنْثَى، أَوْ ذَكَرٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْوَصِيُّ وَمَوْلَى النِّعْمَةِ أَحَقُّ مِنْ الْأُمِّ وَإِذَا تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ فَالْأَوْلِيَاءُ أَحَقُّ بِالصِّبْيَانِ وَالْأَوْلِيَاءُ هُمْ الْعَصَبَةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كُنَّ إنَاثًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لِلْعَمِّ وَالْجَدِّ أَخْذُ الصَّبِيَّةِ إذَا نَكَحَتْ أُمُّهَا وَأَمَّا الْوَصِيُّ إذَا كَانَ ذَا مَحْرَمٍ فَهُوَ أَحَقُّ مِنْ الْجَدِّ وَالْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا مَحْرَمٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ كَوْنُهَا مَعَ زَوْجِ أُمِّهَا أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ ذُو مَحْرَمٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ فَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِالصِّبْيَانِ غِلْمَانًا كَانُوا، أَوْ جِوَارِي، وَإِنْ حَصُنَ الْأَبْكَارُ وَهُوَ أَحَقُّ مِنْ الْأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ، وَإِنْ كَانَ رِضًى قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ فَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا أَقْرَبُ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِالْأُمُومَةِ.

1 –

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْجَدَّةَ لِلْأُمِّ أَحَقُّ بِالْحَضَانَةِ بَعْدَ الْأُمِّ فَإِنْ كَانَ لَهَا مَنْزِلٌ تَنْفَرِدُ بِهِ فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ تَسْكُنُ مَعَ الْأُمِّ الْمُتَزَوِّجَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ لِلْجَدَّةِ أَنْ تَسْكُنَ بِهِمْ مَعَ أُمِّهِمْ الْمُتَزَوِّجَةِ فِي حُجْرَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ

(187/6)

. . . .

[المنتقى]

الْأَبُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ كَوْنَ الْوَلَدِ مَعَ أُمِّهِمْ الْمُتَزَوِّجَةِ فِي مَكَان وَاحِدٍ بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِمْ فِي حَضَانَتِهَا وَهُوَ مِمَّا أُعْتِيدَ مِنْ الْأَزْوَاجِ فِيهِ الِاسْتِثْقَالُ وَالتَّكَرُّهُ وَالتَّبَرُّمُ، وَذَلِكَ مُضِرٌّ بِالْوَلَدِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحَضَانَةَ مُخْتَصَّةٌ بِالْجَدَّةِ وَهِيَ الْمُنْفَرِدَةُ بِهِمْ فِي الْمَبِيتِ وَالْأَكْلِ وَلَا يَضُرُّ الْوَلَدُ كَوْنُهُمْ مَعَ أُمِّهِمْ فِي مَسْكَنٍ بَلْ رُبَّمَا نَالَهُمْ رِفْقُهَا بِهِمْ مَعَ اسْتِغْنَائِهِمْ بِالْجَدَّةِ عَنْهَا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ أُمَّ الْأُمِّ كَالْأُمِّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ جَدَّةٌ وَزَالَتْ الْحَضَانَةُ عَنْهَا بِنِكَاحٍ فَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّهَا تَنْتَقِلُ عَنْهَا إلَى الْخَالَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْلَى مِنْ الْخَالَةِ قَالَ أَصْبَغُ، وَلَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ الْمَعْرُوفُ أَنَّ الْخَالَةَ أَحَقُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَضَى بِالْحَضَانَةِ فِي ابْنَةِ حَمْزَةَ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ لِخَالَتِهَا وَهِيَ زَوْجُ جَعْفَرَ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – وَقَالَ الْخَالَةُ أُمٌّ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْخَالَةَ مَعَ لُطْفِ مَحَلِّهَا وَقُرْبِهَا مِنْ الصَّبِيِّ وَمَا عُهِدَ مِنْ حُنُوِّهَا أَقْدَرُ عَلَى مُبَاشَرَةِ حَضَانَتِهِ وَتَنَاوُلِ أَمْرِهِ مِنْ الْأَبِ لِتَعَذُّرِ هَذِهِ الْمَعَانِي عَلَى الرِّجَالِ فِي الْغَالِبِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَخَالَةُ الْأُمِّ كَالْخَالَةِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ الْخَالَةَ أَحَقُّ مِنْ الْجَدَّةِ لِلْأَبِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ جَنَبَةَ الْأُمِّ مُغَلَّبَةٌ فِي الْحَضَانَةِ عَلَى جَنَبَةِ الْأَبِ كَمَا غُلِّبَتْ الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ وَمِنْهَا تُسْتَفَادُ الْحَضَانَةُ فَلَا تَنْتَقِلُ إلَى جَنَبَةِ الْأَبِ حَتَّى يُعْدَمَ مُسْتَحِقُّهَا مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَيْسَ لِبَنَاتِ الْخَالَةِ مِنْ الْحَضَانَةِ شَيْءٌ وَقَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَعَمَّاتُهُ أَوْلَى مِنْ بَنَاتِ خَالَاتِهِ بِالْحَضَانَةِ فَأَوْهَمَ أَنَّ لِبَنَاتِ الْخَالَةِ حَقًّا مِنْ الْحَضَانَةِ وَقَدَّمَ الْعَمَّاتِ عَلَيْهِنَّ فَعَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ إنَّمَا قُدِّمَتْ عَلَيْهَا الْعَمَّةُ لِكَوْنِهَا أَقْرَبَ مِنْهَا وَإِنَّمَا تُؤَثِّرُ جَنْبَةُ الْأُمِّ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْعَدَدِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَعَلَيْهِ اطَّرَدَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ.

1 –

(فَرْعٌ) وَالْجَدَّةُ لِلْأَبِ أَحَقُّ مِنْ الْأَبِ قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَفِيهَا الْأَبُ أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ مِنْ الْأُخْتِ وَالْعَمَّةِ فَقَدَّمَ الْأَبَ عَلَى نِسَاءِ جَنَبَتِهِ إلَّا الْجَدَّةَ خَاصَّةً.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا عُدِمَ الْجَدَّاتُ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ وَالْحَارِثُ تَنْتَقِلُ الْحَضَانَةُ إلَى الْأَبِ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ الْجَدَّةُ وَالْخَالَةُ أَوْلَى مِنْ الْأَبِ وَالْأَبُ أَوْلَى مِنْ الْأُخْتِ وَالْعَمَّةِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالنِّسَاءُ مِنْ قَرَابَةِ الْأَبِ أَوْلَى أُخْتُ الصَّبِيِّ، ثُمَّ عَمَّتُهُ، ثُمَّ بِنْتُ الْأَخِ قَالَ وَهَذَا مَطْرُوحٌ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ الْجَدَّةُ لِلْأَبِ، ثُمَّ الْأُخْتُ، ثُمَّ الْعَمَّةُ، ثُمَّ ابْنَةُ أَخِي الصَّبِيِّ، ثُمَّ الْأَبُ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَاخْتُلِفَ إذَا انْتَقَلَتْ الْحَضَانَةُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ أَيُّهُمَا أَوْلَى الْأَبُ أَوْ قَرَابَاتُهُ فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ الْأَبَ أَوْلَى فَلِأَنَّهُ بِهِ يَدُلُّونَ وَالْأَصْلُ أَوْلَى وَإِذَا قُلْنَا قَرَابَاتُهُ أَوْلَى؛ فَلِأَنَّهُنَّ أَرْفَقُ وَالْأَبُ لَا يُمْكِنُهُ تَنَاوُلُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ أَصْلَ الْحَضَانَةِ لِلنِّسَاءِ؛ لِأَنَّهُنَّ يُبَاشِرْنَ ذَلِكَ؛ وَلِذَلِكَ قَدَّمْت الْأُمَّ عَلَى الْأَبِ فَلَا تَنْتَقِلُ عَنْهُنَّ إلَّا بِعَدَمِ جَمِيعِهِنَّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَأُمُّ أَبِي الْأَبِ كَأُمِّ الْأَبِ وَظَاهِرُ لَفْظِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ يَقْتَضِي أَنَّ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ يُقَدَّمُ الْأَبُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ الْمُدْلِينَ بِهِ وَالْقَوْلُ الْآخَرُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ يُقَدَّمُ جَمِيعُهُنَّ عَلَيْهِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ الْمَذْهَبُ فِي أَنَّ الْعَمَّةَ وَبِنْتَ الْأَخِ وَمَنْ كَانَ مِثْلَهُمَا مُقَدَّمٌ عَلَى مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ غَيْرَ الْأَبِ؛ وَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ فَلَا يُنْقَلُ عَنْهُنَّ إلَّا بِعَدَمِ جَمِيعِهِنَّ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يُقَدَّمُ الْأَبُ عَلَيْهِنَّ فَعُدِمَ الْأَبُ فَالْحَضَانَةُ بَعْدَهُ لِلْأُخْتِ، ثُمَّ الْعَمَّةُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ، ثُمَّ ابْنَةُ أَخِي الصَّبِيِّ، وَلَيْسَ لِبِنْتِ الْخَالَةِ وَلَا لِبِنْتِ الْعَمَّةِ وَلَا لِبِنْتِ الْأُخْتِ مِنْ الْحَضَانَةِ شَيْءٌ وَقَدْ

تَقَدَّمَ قَوْلُ أَشْهَبَ فِي ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِذَا عُدِمَ النِّسَاءُ وَالْأَبُ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَالْأَخُ، ثُمَّ الْجَدُّ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ، ثُمَّ الْعَمُّ قَالَ مُحَمَّدٌ وَالْوَصِيُّ وَوَلِيُّ النِّعْمَةِ أَوْلَى مِنْ الْأُمِّ إذَا تَزَوَّجَتْ.
وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ مَوْلَى النِّعْمَةِ مِنْ الْأَوْلِيَاءِ وَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَابْنُ الْعَمِّ مِنْ الْأَوْلِيَاءِ، وَكَذَلِكَ الْعَصَبَةُ وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ ذَلِكَ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ قَرَابَةٌ وَتَعْصِيبٌ.

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بِافْتِرَاقِ الدَّارَيْنِ] 1

(188/6)

. . . .

[المنتقى]
(فَصْلٌ) وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْحَاضِنَةُ مَعَ الْأَبِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ، أَوْ فِيمَا حُكْمُهُ حُكْمُ الْبَلَدِ الْوَاحِدِ وَأَمَّا مَعَ اخْتِلَافِ الْمَوَاضِعِ فَالْأَبُ وَمَنْ لَهُ حَقٌّ مِنْ الْعَصَبَةِ أَوْلَى بِذَلِكَ، وَفِي هَذَا بَابَانِ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بِافْتِرَاقِ الدَّارَيْنِ وَالْبَابُ الثَّانِي فِي الْمَسَافَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا حُكْمُ التَّفَرُّقِ.
(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بِافْتِرَاقِ الدَّارَيْنِ) فَإِذَا أَرَادَ الْأَبُ أَنْ يَرْتَحِلَ إلَى بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِ سُكْنَى الْأُمِّ يُرِيدُ السُّكْنَى فَلَهُ أَنْ يَرْتَحِلَ بِوَلَدِهِ مَعَهُ تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ، أَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ، وَإِنْ كَانَ إنَّمَا هُوَ مُسَافِرٌ يَجِيءُ وَيَذْهَبُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُمْ عَنْ الْأُمِّ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ.
وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ كَانَ الْوَلَدُ يَرْضَعُ ذَكَرًا كَانَ، أَوْ أُنْثَى، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْوَلَدُ كِبَارًا مَا دَامَ يُقِيمُ قَالَ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَ فَوُلِدَ لَهُ فَفَارَقَ الزَّوْجَةَ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَنْتَقِلَ بِهِ إلَى حَيْثُ شَاءَ مَا لَمْ يَكُنْ مَوْضِعُهَا قَرِيبًا بِحَيْثُ لَا يَنْقَطِعُ عَنْهُ خَبَرُهُمْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كَوْنَهُ مَعَ أَبِيهِ أَحْوَطُ لَهُ وَأَثْبَتُ لِنَسَبِهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَالْوَصِيُّ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ قَالَ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا انْتَقَلَ فَهُوَ أَحَقُّ بِالصِّبْيَانِ غِلْمَانًا كَانُوا، أَوْ جَوَارِي، وَلَيْسَ لِإِخْوَتِهِمْ وَلَا لِأَعْمَامِهِمْ وَجُدُودِهِمْ مَنْعُهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ النَّاظِرُ لَهُمْ دُونَهُمْ وَدُونَ

الْحَاضِنَةِ وَمَا لَهُمْ عِنْدَهُ فَكَانَ كَالْأَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْأَوْلِيَاءُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي انْتِقَالِهِمْ مَعَهُ عَنْ مَكَانِ الْأُمِّ تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ، أَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ قَالَهُ مَالِكٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ عَصَبَةٌ كَالْأَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَرَادَتْ الْأُمُّ الِانْتِقَالَ عَنْ الْمَوْضِعِ الَّذِي فِيهِ أَبُوهُمْ أَوْ أَوْلِيَاؤُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مُفَارَقَةَ الطِّفْلِ عَصَبْته فِي الدَّارِ كَانْتِقَالِ الْعَصَبَةِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي الْمَسَافَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا حُكْمُ التَّفَرُّقِ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي الْمَسَافَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا حُكْمُ التَّفَرُّقِ وَكَمْ قَدْرُ الْمَسَافَةِ الَّتِي لَا تَأْثِيرَ لَهَا وَتَمْيِيزُهَا مِنْ الْمَسَافَةِ الْمُؤَثِّرَةِ) قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَيْسَ لِلْأُمِّ أَنْ تَرْتَحِلَ بِهِمْ إلَّا الْبَرِيدَ وَنَحْوَهُ حَيْثُ يَبْلُغُ الْأَبُ وَالْأَوْلِيَاءُ خَبَرَهُمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَرْحَلَ بِهِمْ إلَّا مِثْلَ الْمَرْحَلَةِ، أَوْ الْمَرْحَلَتَيْنِ وَقَالَهُ مَالِكٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ تُوُفِّيَ عَنْ بِنْتٍ سِنُّهَا ثَمَانِ سِنِينَ وَأَرَادَتْ أُمُّهَا أَنْ تَرْتَحِلَ بِهَا إلَى خُؤُولَتِهَا عَلَى مَسِيرَةِ مَرْحَلَتَيْنِ وَأَبَى ذَلِكَ أَعْمَامُهَا أَنَّ ذَلِكَ لَهُمْ دُونَهَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ أَقْرَبُ مَا لِلْأَبِ أَنْ يَرْتَحِلَ فِيهِ بِالْوَلَدِ سِتَّةُ بُرُدٍ وَلَمْ يَرَ أَشْهَبُ أَنْ تَنْتَقِلَ بِهِ الْأُمُّ إلَّا إلَى ثَلَاثَةِ بُرُدٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْبَرِيدَ وَنَحْوَهُ لَا يَشُقُّ عَلَى الْأَبِ مُطَالَعَةُ ابْنِهِ فِيهِ غَالِبًا وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَشُقُّ تَكَرُّرُهُ لِمُطَالَعَتِهِ فَلَمْ يَكُنْ لِلْأُمِّ إحْدَاثُ هَذِهِ الْمَضَرَّةِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ مَا دُونَ سِتَّةِ بُرُدٍ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ السَّفَرِ وَإِنَّمَا لَهُ حُكْمُ الْحَضَرِ كَالْبَرِيدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ الْأَبُ حُرًّا فَإِنْ كَانَ عَبْدًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَظْعَنَ بِهِ سَوَاءٌ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً، أَوْ أَمَةً قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَقَالَ فِي غَيْرِ الْمُدَوَّنَةِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْعَبْدِ وَلِيٌّ فَتَظْعَنُ الْأُمُّ بِهِمْ حَيْثُ شَاءَتْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْمُقَامُ عَلَيْهِ وَالِاسْتِيطَانُ مَعَهُ وَقَدْ يُخْرِجُهُ سَيِّدُهُ إلَى بَلَدٍ بَعِيدٍ وَيَتَكَرَّرُ ذَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ فَيَنْفَرِدُ الْوَلَدُ وَلَا تَحْصُلُ لَهُ مُرَاعَاتُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْأَبُ حُرًّا وَالْأُمُّ أَمَةً فَعَتَقَ الْوَلَدُ فَإِنَّ الْحَضَانَةَ لِلْأُمِّ إلَّا أَنْ يُبَاعَ، أَوْ يَنْكِحَ، أَوْ يَظْعَنَ الْأَبُ قَالَهُ

مَالِكٌ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ يَلْزَمُ السَّيِّدَ إبَاحَةُ مُرَاعَاةِ وَلَدِهَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَبْدَهُ فَإِذَا أَعْتَقَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ نَفَقَتَهُ وَسَائِرَ حُقُوقِهِ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا لِحَقِّ الرِّقِّ فَإِنْ كَانَ لِحَقِّ الزَّوْجِيَّةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ أَمَدِ الرِّقِّ فَإِنَّ النِّكَاحَ يُبْطِلُهَا، وَكَذَلِكَ إذَا بِيعَتْ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ أَنْ يُؤْوِيَهُ مَعَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ فَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ الْمَوْطُوءَةِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَهَلْ لَهَا حَضَانَةٌ إذَا أَعْتَقَتْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ لَا حَضَانَةَ لَهَا وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْحُرَّةِ يُطَلِّقُهَا الزَّوْجُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَأُمُّ الْوَلَدِ أَحَقُّ بِالْحَضَانَةِ

(189/6)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَبْتَاعُ السِّلْعَةَ مِنْ الْحَيَوَانِ، أَوْ الثِّيَابِ، أَوْ الْعُرُوضِ فَيُوجَدُ ذَلِكَ الْبَيْعُ غَيْرُ جَائِزٍ فَيُرَدُّ وَيُؤْمَرُ الَّذِي قَبَضَ السِّلْعَةَ أَنْ يَرُدَّ إلَى صَاحِبِهِ سِلْعَتَهُ قَالَ مَالِكٌ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ إلَّا قِيمَتَهَا يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَلَيْسَ يَوْمَ يَرُدُّ ذَلِكَ إلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ ضَمِنَهَا مِنْ يَوْمِ قَبَضَهَا فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ نُقْصَانٍ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ فَبِذَلِكَ كَانَ نَمَاؤُهَا وَزِيَادَتُهَا لَهُ وَإِنَّ الرَّجُلَ يَقْبِضُ السِّلْعَةَ فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ نَافِقَةٌ مَرْغُوبٌ فِيهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ سَاقِطَةٌ لَا يُرِيدُهَا أَحَدٌ فَيَقْبِضُ الرَّجُلُ السِّلْعَةَ مِنْ الرَّجُلِ فَيَبِيعُهَا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَيُمْسِكُهَا وَثَمَنُهَا ذَلِكَ، ثُمَّ يَرُدُّهَا وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ مِنْ مَالِ الرَّجُلِ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ وَيَقْبِضُهَا مِنْهُ الرَّجُلُ فَيَبِيعُهَا بِدِينَارٍ، أَوْ يُمْسِكُهَا وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ، ثُمَّ يَرُدُّهَا وَقِيمَتُهَا يَوْمَ يَرُدُّهَا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَلَيْسَ عَلَى الَّذِي قَبَضَهَا أَنْ يَغْرَمَ لِصَاحِبِهَا مِنْ مَالِهِ تِسْعَةَ دَنَانِيرَ إنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا قَبَضَ يَوْمَ قَبْضِهِ.

قَالَ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ السَّارِقَ إذَا سَرَقَ السِّلْعَةَ فَإِنَّمَا يَنْظُرُ إلَى ثَمَنِهَا يَوْمَ يَسْرِقُهَا فَإِنْ كَانَ يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَأْخَرَ قَطْعَهُ إمَّا فِي سِجْنٍ يُحْبَسُ فِيهِ حَتَّى يَنْظُرَ فِي شَأْنِهِ وَإِمَّا أَنْ يَهْرُبَ السَّارِقُ، ثُمَّ يُؤْخَذُ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَيْسَ

[المنتقى]

كَالْحُرَّةِ وَقَوْلُ ابْنِ وَهْبٍ عِنْدِي مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الرِّقَّ يَمْنَعُ وِلَايَةَ الْحَضَانَةِ؛ وَلِذَلِكَ لَيْسَ لِلْعَبْدِ حَضَانَةُ ابْنِهِ فِي الظَّعْنِ فَإِذَا كَانَ مَعَ الرِّقِّ يَمْنَعُ ذَلِكَ فَمَعَ الظَّعْنِ أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ عَتَقَتْ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَى أَنْ تَرَكَتْ حَضَانَةَ وَلَدِهَا فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُرَدُّ إلَيْهَا بِخِلَافِ الْحُرَّةِ تُصَالِحُ الزَّوْجَ عَلَى تَسْلِيمِ الْوَلَدِ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ وَرَوَى عَنْهُ أَبُو زَيْدٍ أَنَّ الشَّرْطَ لَازِمٌ كَالْحُرَّةِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَخَذَ بِعَضُدِهِ فَوَضَعَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الدَّابَّةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى وَجْهِ الزِّيَارَةِ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ لِقُرْبِ الْمَوْضِعِ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّهُ ضُيِّعَ تَضْيِيعًا يَخَافُ أَنْ يَضُرَّ بِهِ وَيَرَى أَنَّ ذَلِكَ يُبِيحُ لَهُ أَخْذَهُ وَيَجْعَلُهُ أَحَقَّ بِحَضَانَتِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أُمُّهُ قَدْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ فَصَارَ الصَّبِيُّ إلَى جَدَّتِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ عُمَرُ أَنَّ الْجَدَّةَ تَبْتَغِي حَضَانَتَهُ، أَوْ لَعَلَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ أَحَقُّ بِالْحَضَانَةِ مِنْ الْجَدَّةِ فَأَدْرَكَتْهُ جَدَّةُ الْغُلَامِ وَهِيَ السَّمْرَاءُ بِنْتُ أَبِي عَامِرٍ وَنَازَعَتْهُ إيَّاهُ فَقَدْ رَوَى سُفْيَانُ عَنْ عَاصِمِ بْنِ عَاصِمِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَاصِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ جَدَّتَهُ خَاصَمَتْ فِيهِ جَدَّهُ وَهُوَ ابْنُ ثَمَانِ سِنِينَ، وَفِي هَذَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ وُلِدَ قَبْلَ وَفَاةِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِسَنَتَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكْمُلَ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ ثَمَانِ سِنِينَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَتَيَا أَبَا بَكْرٍ يُرِيدُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ الْإِمَامَ الَّذِي يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ فَقَالَ عُمَرُ ابْنِي وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ ابْنِي فَأَظْهَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّتَهُ وَسَبَبَهُ الَّذِي يَرَى أَنَّهُ يَقْتَضِي لَهُ أَخْذَهُ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ خَلِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ يُرِيدُ أَنَّهَا لَمَّا اسْتَوْعَبَتْ حُجَّتَهَا وَرَأَى أَنَّ الْمَرْأَةَ أَحَقُّ بِهِ قَضَى عَلَى عُمَرَ أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ وَتَذْهَبَ بِهِ وَتَأْخُذَ بِحَقِّهَا مِنْ حَضَانَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَمَا رَاجَعَهُ عُمَرُ الْكَلَامُ يُرِيدُ أَنَّهُ سَلَّمَ حُكْمَهُ وَالْتَزَمَ مَا يَلْتَزِمُ مِنْ طَاعَتِهِ وَالرِّضَا بِمَا قَضَى بِهِ وَإِنْ كَانَ يَرَى هُوَ غَيْرَهُ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي آخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ يُرِيدُ مَا أَوْرَدَهُ مِنْ حُكْمِ أَبِي بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْعَيْبُ فِي السِّلْعَةِ وَضَمَانُهَا]

مَعْنَى هَذِهِ التَّرْجَمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْعَيْبَ يَحْدُثُ بِالسِّلْعَةِ بَعْدَ ابْتِيَاعِ الْمُبْتَاعِ لَهَا بَيْعًا فَاسِدًا يَجِبُ رَدُّهُ فَإِنَّ ضَمَانَ ذَلِكَ الْعَيْبِ وَمَا يَحْدُثُ فِيهَا مِنْ نَقْصٍ وَهَلَاكٍ مِنْ الْمُشْتَرِي الَّذِي قَبَضَهَا، وَكَذَلِكَ مَا يَحْدُثُ فِيهَا مِنْ زِيَادَةٍ وَنَمَاءٍ فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ لِلْمُشْتَرِي.

اسْتِئْخَارُ قَطْعِهِ بِالَّذِي يَضَعُ عَنْهُ حَدًّا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ سَرَقَ، وَإِنْ رَخُصَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَا بِالَّذِي يُوجِبُ عَلَيْهِ قَطْعًا لَمْ يَكُنْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ أَخَذَهَا إنْ غَلَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ ابْتَاعَ شَيْئًا مِنْ الْحَيَوَانِ أَوْ الْعُرُوضِ ابْتِيَاعًا غَيْرَ جَائِزٍ يُرِيدُ فَاسِدًا فَيُرَدُّ لِأَجْلِ فَسَادِهِ فَإِنَّ الْمُبْتَاعَ يُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ وَهَذَا يَقْتَضِي رَدَّ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْمَبِيعَ كُلَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ لَهُ مِثْلٌ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَضَرْبٌ لَا مِثْلَ لَهُ كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالْعُرُوضِ وَأَمَّا مَا لَهُ مِثْلٌ فَإِنْ هَذَا رَدَّهُ بِأَنْ يَرُدَّ الْمُبْتَاعُ إلَى الْبَائِعِ مَا أَخَذَ مِنْهُ إنْ كَانَ بَاقِيًا فَإِنْ عُدِمَتْ تِلْكَ الْعَيْنُ فَمِثْلُهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَفُوتُ بِفَوَاتِ عَيْنِهِ؛ لِأَنَّ وُجُودَ مِثْلِهَا يَقُومُ مَقَامَ وُجُودِهَا وَلَا تَفُوتُ بِتَغَيُّرِ أَسْوَاقِهَا؛ لِأَنَّ تَغَيُّرَ عَيْنِهَا لَا يُفِيتُ رَدَّهَا فَبِأَنْ لَا يُفْتَهَا تَغَيُّرُ قِيمَتِهَا مَعَ سَلَامَةِ الْعَيْنِ مِنْ ذَلِكَ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا لَا مِثْلَ لَهُ كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَصَبْرِ الطَّعَامِ وَالْأَرَضِينَ وَالْأَشْجَارِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ، أَوْ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالدُّورِ وَالْأَشْجَارِ وَالْأَرَضِينَ فَأَمَّا مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فَإِذَا فَاتَ عِنْدَ الْمُبْتَاعِ كَانَتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ وَفَوَاتُهُ يَكُونُ بِالزِّيَادَةِ فِي عَيْنِهِ أَوْ النُّقْصَانِ مِنْهَا أَوْ بِتَغَيُّرِ سُوقِهِ عَلَى وَجْهِ تَصْحِيحِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ يُرَدُّ مَا كَانَتْ عَيْنُهُ مَوْجُودَةً فَإِنْ فَاتَتْ رَدَّ قِيمَتَهَا عَلَى مَعْنَى تَصْحِيحِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا عَقْدُ بَيْعٍ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَرْجِعَ الْمُبْتَاعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَبِيعِ وَلَا يَرُدُّ الْغَلَّةَ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ نَمَاؤُهُ وَعَلَيْهِ نَقْصُهُ كَالْبَيْعِ الصَّحِيحِ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ إلَّا قِيمَةَ سِلْعَتِهِ يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَلَيْسَ يَوْمَ يَرُدُّ ذَلِكَ إلَيْهِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا

قَبَضَهَا عَلَى الضَّمَانِ كَانَ لَهُ نَمَاؤُهَا وَعَلَيْهِ نَقْصُهَا، وَذَلِكَ يَشْتَمِلُ عَلَى تَغْيِيرِ الْبَدَنِ وَالْقِيمَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا يَوْمَ التَّلَفِ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ ضَمِنَهَا يَوْمَ قَبَضَهَا وَذَلِكَ يُصَحِّحُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهَا لَوْ تَلِفَتْ عَيْنُهَا لَكَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانُهَا قَالَ مَالِكٌ فَلِذَلِكَ كَانَ عَلَى الْمُبْتَاعِ نَمَاؤُهَا وَزِيَادَتُهَا؛ لِأَنَّ مَنْ ضَمِنَ الْجُمْلَةَ ضَمِنَ الْأَبْعَاضَ وَمَنْ ضَمِنَ الْجُمْلَةَ وَالْأَبْعَاضَ كَانَ لَهُ النَّمَاءُ بِالضَّمَانِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَدْ يَقْبِضُ السِّلْعَةَ فِي زَمَانِ نَفَاقِهَا وَقِيمَتُهَا عَشَرَةٌ، ثُمَّ يَرُدُّهَا فِي زَمَانِ كَسَادِهَا وَقِيمَتُهَا دِينَارٌ فَذَهَبَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ تِسْعَةُ دَنَانِيرَ، أَوْ يَقْبِضُهَا فِي زَمَانِ الْكَسَادِ وَقِيمَتُهَا دِينَارٌ وَيَرُدُّهَا فِي زَمَانِ نَفَاقٍ وَقِيمَتُهَا عَشَرَةٌ فَلَيْسَ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَنْ يَذْهَبَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ يُرِيدُ أَنَّ تَغْيِيرَ الْقِيمَةِ كَتَغْيِيرِ الْبَدَنِ فَكَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا سَلِيمَةً قِيمَتُهَا عَشَرَةً، ثُمَّ يَرُدَّهَا مَعِيبَةً فَكَذَلِكَ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَهَا نَاقِصَةً فِي بَدَنِهَا وَقِيمَتُهَا دِينَارٌ وَيَرُدَّهَا بَعْدَ تَمَامِهَا وَنَمَائِهَا وَقِيمَتُهَا عَشَرَةٌ، وَكَذَلِكَ الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ فِي الْقِيمَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهَا مَا قَبَضَ يَوْمَ قَبْضِهِ يُرِيدُ أَنَّ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ بِعَقْدٍ تَرَاضَيَا بِهِ فَلَهُ مَا زَادَ وَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ وَأَمَّا يَوْمُ الرَّدِّ فَلَا يُعْتَبَرُ بِقِيمَتِهِ فِي ضَمَانِ الْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لِرَدِّهَا فِي الضَّمَانِ وَإِنَّمَا يُؤْثِرُ فِيهِ الْقَبْضَ وَهُوَ سَبَبُهُ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِهِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ السَّارِقَ يَسْرِقُ السِّلْعَةَ فَإِنَّمَا يَنْظُرُ إلَى قِيمَتِهَا فِي وُجُوبِ الْقَطْعِ يَوْمَ قَبَضَهَا بِالسَّرِقَةِ دُونَ يَوْمِ الْقَطْعِ يُرِيدُ أَنَّ الْقَبْضَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ قَبْضٌ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقِيمَةُ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ دُونَ يَوْمِ الْحُكْمِ كَقِيمَةِ مَا سُرِقَ وَتَأْثِيرُهُ فِي وُجُوبِ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَرَقَ مَا

جَامِعُ الْقَضَاءِ وَكَرَاهِيَتِهِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ كَتَبَ إلَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ أَنْ هَلُمَّ إلَى الْأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ فَكَتَبَ إلَيْهِ سَلْمَانُ أَنَّ الْأَرْضَ لَا تُقَدِّسُ أَحَدًا وَإِنَّمَا يُقَدِّسُ الْإِنْسَانُ عَمَلُهُ وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّك جُعِلْت طَبِيبًا تُدَاوِي فَإِنْ كُنْت تُبْرِئُ فَنِعِمَّا لَك، وَإِنْ كُنْت مُتَطَبِّبًا فَاحْذَرْ أَنْ تَقْتُلَ إنْسَانًا فَتَدْخُلَ النَّارَ فَكَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ إذَا قَضَى بَيْنَ اثْنَيْنِ، ثُمَّ أَدْبَرَا عَنْهُ نَظَرَ إلَيْهِمَا وَقَالَ ارْجِعَا إلَيَّ أَعِيدَا عَلَيَّ قِصَّتَكُمَا مُتَطَبِّبٌ وَاَللَّهِ) .

[المنتقى]

قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ النِّصَابِ، ثُمَّ زَادَ عِنْدَهُ عَلَى قِيمَةِ النِّصَابِ لَمْ يَجِبْ بِهِ الْقَطْعُ وَلَوْ سَرَقَ مَا قِيمَتُهُ النِّصَابَ، ثُمَّ نَقَصَ عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الْقَطْعُ، وَكَذَلِكَ إنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، ثُمَّ نَقَصَتْ قِيمَتُهُ عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ غُرْمُ عَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَلَوْ قَبَضَ مَا قِيمَتُهُ دِينَارٌ، ثُمَّ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ غُرْمُ مَا زَادَ عَلَى الدِّينَارِ لِزِيَادَةِ قِيمَةِ الْمَقْبُوضِ بَعْدَ الْقَبْضِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فَأَمَّا مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ كَالدُّورِ وَالْأَرَضِينَ وَالْأَشْجَارِ فَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا تَفُوتُ بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ وَتُغَيِّرُ الْقِيمَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَفُوتُ الْبَيْعُ الْفَاسِدُ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ فَمَنْ اشْتَرَى سِلْعَةَ شِرَاءً فَاسِدًا، ثُمَّ بَاعَهَا بَيْعًا صَحِيحًا لَمْ يُرَدَّ بَيْعُهُ وَصُحِّحَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ.

[جَامِعُ الْقَضَاءِ وَكَرَاهِيَتِهِ]

(ش) : قَوْلُ أَبِي الدَّرْدَاءِ هَلُمَّ إلَى الْأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ يُرِيدُ الْمُطَهَّرَةَ وَالْمُقَدَّسُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ الْمُطَهَّرُ وَإِنَّمَا أَرَادَ مَوْضِعًا مِنْ الشَّامِّ يُسَمَّى الْمُقَدَّسَ وَمَنْ سَمَّى مَسْجِدَ إيلِيَاءَ الْبَيْتَ الْمُقَدَّسَ يُرِيدُ الْمُطَهَّرَ وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ مُطَهَّرٌ مِمَّا كَانَ فِي غَيْرِهِ مِنْ الْمَوَاضِعِ مِنْ الْكُفْرِ وَكَانَ ذَلِكَ فِي وَقْتٍ مِنْ الْأَوْقَاتِ فَلَزِمَهُ الِاسْمُ وَالْوَصْفُ بِذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى تَقْدِيسِهَا تَطْهِيرُهَا أَنَّ فِيهَا يَطْهُرُ مِنْ الذُّنُوبِ وَالْخَطَايَا فَيَكُونُ مَعْنَى الْمُقَدَّسِ الْمُقَدَّسِ أَهْلُهَا وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا التَّأْوِيلِ قَوْلُ سَلْمَانَ أَنَّ الْأَرْضَ لَا تُقَدِّسُ أَحَدًا وَلَا تُطَهِّرُهُ مِنْ ذُنُوبِهِ وَإِنَّمَا يُقَدِّسُهُ عَمَلُهُ فَيَكُونُ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ إنَّمَا وَصَفَ أَهْلَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ بِذَلِكَ فِي

وَقْتٍ عَمِلُوا فِيهِ بِطَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَكَانَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ أَنْبِيَاءَ وَسَائِرُهُمْ أَتْبَاعًا لِلْأَنْبِيَاءِ وَلَعَلَّهُ كَانَ ذَلِكَ فِي وَقْتٍ أُمِرُوا بِمُلَازَمَتِهِ كَمَا أُمِرَ الْمُسْلِمُونَ بِالْهِجْرَةِ إلَى الْمَدِينَةِ فَكَانَ سُكْنَاهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ تُقَدِّسُ أَهْلَهَا وَتُطَهِّرُهُمْ مِنْ الذُّنُوبِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَبَلَغَنِي أَنَّك جُعِلْتَ طَبِيبًا يُرِيدُ أَنَّهُ يُسْتَفْتَى فِي الدِّينِ فَيُفْتِي وَيُعْمَلُ بِقَوْلِهِ كَمَا يُعْمَلُ بِقَوْلِ الطَّبِيبِ فِي أَمْرِ الْأَدْوَاءِ فَإِنْ كُنْت تُبْرِئُ فَنِعِمَّا لَك يُرِيدُ بِالْإِبْرَاءِ هَاهُنَا إصَابَةَ الْحَقِّ وَدَفْعِ الْبَاطِلِ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ وَمَا يُضَادُّ بِهِ الشَّرْعُ هُوَ الدَّاءُ الَّذِي يَسْأَلُ عَنْهُ الْمُسْتَفْتِي لِإِزَالَتِهِ وَالْإِبْرَاءُ مِنْهُ بِالْحَقِّ الَّذِي أَمَرَ اللَّهُ بِهِ فَإِنْ كَانَ الْمُفْتِي يُبْرِئُ قَوْلُهُ مِنْ ذَلِكَ وَيُزِيلُ الْبَاطِلَ وَيُثْبِتُ الْحَقَّ فَنِعِمَّا أَيْ أَنَّهُ نِعْمَ الْعَمَلُ عَمَلُهُ ذَلِكَ وَنِعْمَ مَا لَهُ فِيهِ مِنْ الْأَجْرِ الْجَزِيلِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنْ كُنْت مُتَطَبِّبًا يُرِيدُ مُتَخَرِّصًا فِيمَا تُفْتِيهِمْ بِهِ غَيْرَ عَالِمٍ بِوَجْهِ صَوَابِهِ تَخَافُ الْخَطَأَ وَمُخَالَفَةَ الْحَقِّ فَاحْذَرْ أَنْ تَقْتُلَ إنْسَانًا فَتَدْخُلَ النَّارَ يُرِيدُ أَنْ يَحْكُمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ فَيَزِيدُ الْبَاطِلُ بِك وَيَزِيدُ إلَى حَدٍّ لَا يُمْكِنُ اسْتِرْجَاعُهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ الطَّبِيبِ لِمَنْ رَامَ بُرْأَهُ فَعَانَاهُ بِمَا يَضُرُّهُ حَتَّى قَتَلَهُ وَفَاتَ تَلَافِي أَمْرِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ حَقِيقَةً بِأَنْ يُفْتِيَ عَلَى إنْسَانٍ بِقَتْلٍ وَهُوَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ فَيَدْخُلَ النَّارَ بِذَلِكَ وَهَذَا فِيمَنْ يَتَسَوَّرُ فِي الْفَتْوَى بِغَيْرِ عِلْمٍ فَيُخْطِئُ فِيمَا يُفْتِي بِهِ وَأَمَّا مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فَأَخْطَأَ فَأَرْجُو أَنْ لَا يَأْثَمَ بِذَلِكَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «إذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ، وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ» وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمْ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلُّهُ إمَامٌ عَادِلٌ» الْحَدِيثَ

(192/6)

(ص) : (قَالَ سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ مَنْ اسْتَعَانَ عَبْدًا بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ لَهُ بَالٌ وَلِمِثْلِهِ إجَارَةٌ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ الْعَبْدَ إنْ أُصِيبَ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ، وَإِنْ سَلِمَ الْعَبْدُ فَطَلَبَ سَيِّدُهُ إجَارَتَهُ لِمَا عَمِلَ فَذَلِكَ لِسَيِّدِهِ وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا) .

[المنتقى]

إِلَّا أَنَّ الْعَالِمَ قَدْ يَأْثَمُ فِي الْخَطَأِ إذَا لَمْ يَجْتَهِدْ وَيَحْذَرْ مُوَاقَعَةَ النَّارِ بِإِغْفَالِ الِاجْتِهَادِ وَالتَّقْصِيرِ فِيهِ لَكِنَّ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ إنَّمَا يَقْتَضِي الْإِخْبَارَ عَنْ فَتْوَى الْجَاهِلِ؛ وَلِذَلِكَ أَخْبَرَ بِهَذَا عَنْ الْمُتَطَبِّبِ وَهُوَ الْمُتَسَوِّرُ الْمُتَخَرِّصُ؛ وَلِذَلِكَ كَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ إذَا قَضَى بَيْنَ اثْنَيْنِ اسْتَرْجَعَهُمَا وَأَعَادَ النَّظَرَ فِي أَمْرِهِمَا مُبَالَغَةً فِي الِاجْتِهَادِ، ثُمَّ يَقُولُ مُتَطَبِّبٌ وَاَللَّهِ يَصِفُ نَفْسَهُ بِذَلِكَ عَلَى مَعْنَى الْإِشْفَاقِ وَالْخَوْفِ مِمَّنْ لَمْ يَبْلُغْ دَرَجَةَ الِاجْتِهَادِ مَا يُرْضِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ مَنْ اسْتَعَانَ عَبْدًا بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِيمَا لِمِثْلِهِ إجَارَةٌ فِي الْمُعْتَادِ وَالْأَغْلَبِ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ الْعَبْدَ مِنْ هَلَاكٍ، أَوْ نَقْصٍ فِي بَدَنٍ وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ لَيْسَ فِي الْعَبِيدِ يُسْتَأْجَرُونَ ضَمَانُ مَا أَصَابَهُمْ، وَإِنْ قَالَ سَادَاتُهُمْ لَمْ نَأْمُرْهُمْ بِالْإِجَارَةِ إلَّا أَنْ يُسْتَعْمَلُوا فِي أَمْرٍ مَخُوفٍ كَالْبِئْرِ الْحَمِئَةِ وَالْهَدْمِ تَحْتَ جِدَارٍ فَيُضْمَنُ إنْ لَمْ يَكُنْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَهُ مُتَعَدٍّ، أَوْ فِي حُكْمِ الْمُتَعَدِّي إنْ لَمْ يَثْبُتْ إذْنُ السَّيِّدِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا كَمَا لَوْ تَعَدَّى عَلَى دَابَّتِهِ فَرَكِبَهَا بِغَيْرِ إذْنِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْعَبْدَ يَتَصَرَّفُ وَيَعْقِدُ وَلَا يَعْرِفُ حَجْرَ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ وَهَلْ هُوَ مَمْلُوكٌ فَلَا يُضْمَنُ بِاسْتِعْمَالِهِ فِي الْأُمُورِ الْمُعْتَادَةِ وَإِنَّمَا يُضْمَنُ فِي الْأُمُورِ الْخَطِرَةِ الَّتِي فِيهَا الْهَلَاكُ غَالِبًا قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِ عَبْدُوسٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ السَّيِّدُ قَدْ حَجَرَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ وَأَبَانَ ذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ فَظَاهِرُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا الْمُخَالِفُ لِرِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ يَقْتَضِي تَضْمِينَ الْمُسْتَعْمِلِ لِعَدَمِ الْإِذْنِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ رِوَايَةُ ابْنِ وَهْبٍ مَبْنِيَّةً عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ الْأَصْلَ جَوَازُ تَصَرُّفِهِ حَتَّى يَعْلَمَ الْحَجْرَ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَقَطَ الضَّمَانُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْهُ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَقْتَضِي حَمْلَهُ عَلَى الْإِذْنِ مِنْ سَيِّدِهِ فِي الْعَمَلِ إنَّمَا هُوَ فِي عَمَلٍ بِعِوَضٍ وَأَمَّا الْعَمَلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَلَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ فَمَنْ اسْتَعْمَلَهُ بِعِوَضٍ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَعَدٍّ يَضْمَنُ بِهِ وَإِنَّمَا يَكُونُ التَّعَدِّي مِمَّنْ اسْتَعْمَلَهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي عَمَلٍ مُعَيَّنٍ فَاسْتُؤْجِرَ فِي غَيْرِهِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعَبْدِ الْخَيَّاطِ وَالنَّجَّارِ يَسْتَأْجِرُهُ رَجُلٌ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ يَحْمِلُ لَهُ شَيْئًا، أَوْ يَنْقُلُ لَهُ لَبَنًا، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ فَهَلَكَ الْعَبْدُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَقَدْ يُرْسِلُ إلَيْهِ سَيِّدُهُ لِيَبْنِيَ فَيَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الْبِنَاءُ فَيُؤَاجِرَ نَفْسَهُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يُدْخِلَهُ فِي عَمَلٍ لَهُ خَطَرٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، أَوْ يُرْسِلُهُ فِي سَفَرٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اسْتَعْمَلَهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ فِيمَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ مِنْ الْبِنَاءِ وَالْأَسْفَارِ فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ يَضْمَنُ إنْ هَلَكَ وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَذِنَ لَهُ فِي الْعَمَلِ بِأَجْرٍ فَمَنْ اسْتَعْمَلَهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ فَقَدْ تَعَدَّى عَلَيْهِ كَالْغَاصِبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي الْعَمَلِ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَاسْتَعْمَلَهُ الْمُسْتَأْجِرُ فَإِنَّ الْأَعْمَالَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ أَحَدُهَا أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ فِي مَخُوفٍ أَوْ سَفَرٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا أَصَابَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الْغَرَرِ وَإِنَّمَا أُذِنَ لَهُ فِي الْعَمَلِ الْمَأْمُونِ يُرِيدُ الْمُعْتَادَ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِيهِ بِعَيْنِهِ لَمْ يَضْمَنْ وَالضَّرْبُ الثَّانِي أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ فِي عَمَلٍ مُعْتَادٍ لَهُ إجَارَةٌ فَهَذَا فِي ضَمَانِ الْعَبْدِ فِيهِ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ مَعَ عَدَمِ الْإِذْنِ وَالضَّرْبُ الثَّالِثُ أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ فِي عَمَلٍ مُعْتَادٍ لَا أَجْرٌ لَهُ كَمُنَاوَلَتِهِ الْقَدَحَ وَالنَّعْلَ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ قَالَهُ رَبِيعَةُ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ الْمَذْهَبِ وَلَا أُجْرَةَ فِيهِ مَعَ السَّلَامَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ مَعَ التَّلَفِ.

(فَرْعٌ) وَمَا وَجَبَ فِيهِ الضَّمَانُ فَإِنَّ السَّيِّدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ الْعَبْدِ، أَوْ قِيمَةَ عَمَلِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ قَدْ تَعَدَّى عَلَى الرَّقَبَةِ وَاسْتَوْفَى الْعَمَلَ وَضَمَانُهُمَا مُتَنَافٍ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَعْضُهُ حُرًّا وَبَعْضُهُ مُسْتَرَقًّا أَنَّهُ يُوقِفُ مَالَهُ بِيَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئًا، وَلَكِنَّهُ يَأْكُلُ فِيهِ وَيَكْتَسِي بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا هَلَكَ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ)

[المنتقى]

الصَّبِيُّ الصَّغِيرُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ

الْغُلَامُ لَمْ يَبْلُغْ وَالْجَارِيَةُ لَمْ تَحِضْ أَنْفُسَهُمَا إذَا عَقَلَا وَمَعْنَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ عِنْدِي إذَا لَمْ يَكُونَا مُعَرَّضِينَ لِذَلِكَ وَأَمَّا إذَا كَانَا مُعَرَّضِينَ لِذَلِكَ وَمَأْمُورِينَ بِهِ فَقَوْلُ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ حَسَنٌ؛ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ مِنْ الْأَيْتَامِ كَانَ يَمْنَعُ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، أَوْ لَهُ وَلِيٌّ وَيَتَصَرَّفُ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ وَلِيُّهُ أَنْ يُبَاشِرَ اسْتِئْجَارَهُ فِيهِ لِتَكَرُّرِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَ الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ يَدْفَعُ إجَارَتَهُمَا إلَيْهِمَا وَيَبْرَأُ بِذَلِكَ الدَّافِعُ مَا لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ لَهُ بَالٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَقَدَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا أَخٌ، أَوْ عَمٌّ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَقْدِهِمَا وَيُبَرِّئُهُ الدَّفْعُ إلَيْهِمَا وَلَهُ الْمُسَمَّى إلَّا أَنْ تَكُونَ فِيهِ مُحَابَاةٌ فَيُتِمُّ إجَارَتَهُ وَإِذَا كَانَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي لَا يَجُوزُ فَعَمِلَ فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ الْمُسَمَّى وَإِجَارَةُ مِثْلِهِ فَإِنْ هَلَكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ مِمَّا سَمَّى، أَوْ قِيمَةُ عَمَلِهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَتُهُ؛ وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ تَخْيِيرٌ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ عَلَى غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ قَدْ يَكُونُ بَعْضُهُ حُرًّا، وَذَلِكَ يَكُونُ عَلَى وُجُوهٍ مِنْهَا أَنْ يَعْتِقَ الْمُعْسِرُ حَظَّهُ مِنْهُ فَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ حَظُّ شَرِيكِهِ لِعُسْرِهِ وَمِنْهَا أَنْ يُوصِيَ بِعِتْقِهِ وَلَا يَتْرُكُ مَالًا غَيْرُهُ فَيُعْتِقُ ثُلُثَهُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الْوُجُوهِ فَإِنَّ هَذَا يُوقِفُ مَالَهُ بِيَدِهِ مِمَّا كَانَ لَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ وَمَا اكْتَسَبَهُ بَعْدَهُ وَلَا لَهُ أَنْ يُفَوِّتَ شَيْئًا مِنْهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ إلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ إلَّا فِي كِسْوَتِهِ وَنَفَقَتِهِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئًا يُرِيدُ لَيْسَ لِمَنْ لَهُ بَعْضُهُ أَنْ يُزِيلَهُ مِنْ يَدِهِ وَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يُفَوِّتَهُ وَلَهُ أَنْ يَتَّجِرَ فِيهِ وَيُنَمِّيهِ فِي التِّجَارَةِ الْمَأْمُونَةِ فِي أَيَّامِهِ الَّتِي لَهُ رَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنْ يَصْرِفَهُ فِي تِلْكَ الْأَيَّامِ لَهُ وَلَهُ أَنْ يُنَمِّيَ مَالَهُ لِحَقِّهِ فِيهِ وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ إزَالَتَهُ مِنْ يَدِهِ وَيَعْمَلُ فِي يَوْمِهِ مَا شَاءَ يَطْحَنُ وَيَحْمِلُ قَالَهُ مَالِكٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا، وَإِنْ احْتَاجَ إلَيْهِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَالٌ لِلْجُزْءِ الْحُرِّ الَّذِي فِيهِ حَقٌّ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُفَوِّتَهُ عَلَيْهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ مِنْ أَجْلِ الْحُرِّيَّةِ أَثَّرَتْ فِي الْمَالِ وَالْمَنْعِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ مَالِ الْمُكَاتَبِ وَبِمَنْزِلَةِ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَكِنَّهُ يَأْكُلُ مِنْهُ وَيَكْتَسِي بِالْمَعْرُوفِ ظَاهِرُ اللَّفْظِ يَقْتَضِي أَنَّهُ يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى جُمْلَتِهِ دُونَ حِصَّةِ الْحُرِّيَّةِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَالَ مُشْتَرَكٌ؛ وَلِذَلِكَ مُنِعَ مِنْهُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُنْفِقَ مِنْهُ دُونَ سَيِّدِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا، وَإِنْ احْتَاجَ إلَيْهِ، وَإِنْ مَرِضَ الْعَبْدُ فَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا لَهُ فِيهِ فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ فِي سَائِرِ الْأَيَّامِ مِمَّا يَكْتَسِبُ فَإِنْ احْتَاجَ إلَى أَنْ يُنْفِقَ مِنْهُ لِمَرَضٍ فَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى حِصَّتِهِ وَيُنْفِقُ الْعَبْدُ مِنْ مَالِهِ عَلَى حِصَّتِهِ الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ إنَّمَا يَكْتَسِبُهُ وَيُنَمِّيهِ فِي زَمَنٍ يَعْمَلُ فِيهِ بِجُزْءِ الْحُرِّيَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْعَبْدَ الْمَرِيضَ الَّذِي يُنْفِقُ السَّيِّدُ عَلَى حِصَّتِهِ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَلِذَلِكَ لَزِمَ السَّيِّدَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى حِصَّتِهِ مِنْهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ مُقِيمًا مَعَهُ فَأَمَّا إنْ أَرَادَ السَّفَرَ بِهِ إلَى حَاجَتِهِ فَأُجْبِرَ الْعَبْدُ عَلَى الْخُرُوجِ مَعَهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ عَلَى السَّيِّدِ كِرَاؤُهُ وَنَفَقَتُهُ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ وَإِجَارَتُهُ فِي أَيَّامِهِ حَتَّى يَبْلُغَ، أَوْ يَسْتَقِرَّ قَرَارُهُ وَيُمْكِنُهُ الْعَمَلُ وَالْكَسْبُ وَإِلَّا فَالنَّفَقَةُ عَلَى السَّيِّدِ حَتَّى يُقْدِمَ بِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ سَفَرَ السَّيِّدِ أَبْطَلَ عَلَيْهِ عَمَلَهُ فِي أَيَّامِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ جَبْرُ مَا أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ بِسَفَرِهِ وَكَانَتْ تِلْكَ الْأَيَّامُ كُلُّهَا فِي خِدْمَةِ السَّيِّدِ فَكَانَ عَلَيْهِ حَقُّ مَا لِلْعَبْدِ مِنْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

، وَلَيْس لِلْعَبْدِ أَنْ يُسَافِرَ

(194/6)

. . . .

[المنتقى]

إلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَهَابٌ لِحَقِّ السَّيِّدِ فِيهِ وَحُكْمُ الرِّقِّ أَغْلَبُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَهُ ذَلِكَ فِي الْأَمْرِ الْقَرِيبِ وَأَمَّا مَا بَعُدَ فَقَالَ مَالِكٌ فِيهَا، وَفِي

الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ يَكْتُبُ لَهُ الْقَاضِي كِتَابًا إنْ خَافَ أَنْ يُبَاعَ، أَوْ يُظْلَمَ.

وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَهَذَا إذَا كَانَ السَّيِّدُ مَأْمُونًا قَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ وَكَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ مُسْتَعْرِبٍ وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْوَاضِحَةِ لَا يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَكُونَ السَّيِّدُ مَأْمُونًا وَالْعَبْدُ مُسْتَعْرَبًا وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْتَعْرَبًا فَذَلِكَ لَهُ وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ غَيْرَ مَأْمُونٍ كَتَبَ لَهُ الْقَاضِي كِتَابًا فِيمَا بَعُدَ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ أَشْهَبُ قَدْ يَنْبَغِي أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ لِلْمَأْمُونِ وَلَا لِغَيْرِهِ قَالَ عَنْهُ ابْنُ حَبِيبٍ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْتَعْرَبًا.

وَقَالَ عَنْهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ حَبِيبٍ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ مِنْ نَفْسِهِ مَا يَمْلِكُ الشَّرِيكُ فَلَا يُسَافِرُ بِهِ إلَّا بِرِضَاهُ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا قَالَهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَبَعٌ لِلرِّقِّ فِي هَذَا كَمَا تَبِعَهُ فِي الْحُدُودِ وَالشَّهَادَةِ وَغَيْرِهِمَا وَوَجْهُ مُرَاعَاةِ أَمَانِ السَّيِّدِ أَنَّهُ الْمَالِكُ لَهُ وَالَّذِي يَخَافُ مِنْ جِهَتِهِ وَوَجْهُ مُرَاعَاةِ اسْتِعْرَابِ الْعَبْدِ أَنَّهُ إذَا كَانَ مُسْتَعْرَبًا لَمْ يَتِمَّ عَلَيْهِ ذَلِكَ إلَّا بِمَا يَتِمُّ عَلَى سَائِرِ الْأَحْرَارِ؛ لِأَنَّهُ يُبِينُ عَنْ نَفْسِهِ وَيَقُومُ بِحُجَّتِهِ فَإِذَا كَانَ أَعْجَمِيًّا وَغْدًا جَرَى مِنْ ذَلِكَ عَلَيْهِ مَا لَا يَعْرِفُهُ وَلَا يَفْهَمُهُ حَتَّى يَقَعَ فِيهِ، ثُمَّ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُعْرِبَ عَنْ نَفْسِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي سَفَرِ التَّجَوُّلِ فَأَمَّا سَفَرُ التَّنَقُّلِ مِنْ بَلَدٍ إلَى بَلَدٍ فَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ إلَى حَاضِرَةٍ قَضَى عَلَى الْعَبْدِ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَرِهَ، وَإِنْ أَرَادَ الِانْتِقَالَ إلَى قَرْيَةٍ لَيْسَ لِلْعَبْدِ فِيهَا عَمَلٌ وَلَا مَكْسَبٌ فَهُوَ مِثْلُ السَّفَرِ وَلَهَا عِنْدِي وَجْهٌ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يَغْلِبُ الرِّقُّ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَذَلِكَ أَنَّ السَّيِّدَ لَهُ غَايَةٌ يَرْجِعُ مِنْهَا وَيَعْتَدُّ مُدَّةً لِلسَّفَرِ عَلَى السَّيِّدِ وَأَمَّا الِانْتِقَالُ فَإِنْ كَانَ بِمَوْضِعٍ لَهُ فِيهِ مَكْسَبٌ وَتَصَرُّفٌ فَلَا مَضَرَّةَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بِمَوْضِعٍ لَا مَكْسَبَ لِلْعَبْدِ فِيهِ فَذَلِكَ مُبْطِلٌ لِحَظِّ الْحُرِّيَّةِ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَغْلِبُ الرِّقُّ فَلَا يُرَاعِي ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لِلسَّيِّدِ مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا لَهُ فِيهِ وَلِلْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنْ الْحُرِّيَّةِ وَاقْتِسَامُ ذَلِكَ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا يَرَاهُ النَّاظِرُ مِنْ الرِّفْقِ وَإِزَالَةِ الضَّرَرِ يَوْمًا بِيَوْمٍ، أَوْ جُمُعَةً بِجُمُعَةٍ، أَوْ شَهْرًا بِشَهْرٍ جَائِزٌ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَالشَّهْرَانِ كَثِيرٌ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَقَدْ قِيلَ لَهُ لِلْمُعْتَقِ ثُلُثُهُ حَظٌّ فِي كُلِّ يَوْمٍ، أَوْ جُمُعَةٍ فَقَالَ لَا، وَلَكِنْ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ثُلُثُهُ، أَوْ كُلِّ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ شَهْرٌ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي اقْتِسَامِ الْعَبْدِ الدَّانِئِ، أَوْ الْأَمَةِ لِلْخِدْمَةِ، أَوْ الْغَزْلِ يَكُونُ يَوْمًا بِيَوْمٍ وَأَمَّا الْعَبْدُ النَّبِيلُ التَّاجِرُ، أَوْ ذُو الصَّنْعَةِ، أَوْ الْأَمَةُ شَأْنُهَا الرَّقْمُ وَشِبْهُهُ مِنْ الْعَمَلِ الْمُرْتَفِعِ فَلَا تُقْسَمُ الْخِدْمَةُ فِيهِمَا يَوْمًا بِيَوْمٍ لِمَا فِيهِ مِنْ الضَّرَرِ، وَلَكِنْ شَهْرًا بِشَهْرٍ وَجُمُعَةً بِجُمُعَةٍ وَأَمَّا عَبْدُ

الْخَرَاجِ فَلَا خَيْرَ فِي قِسْمَةِ خَرَاجِهِ مُشَاهَرَةً وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقْتَسِمَاهُ يَوْمًا بِيَوْمٍ إذْ لَا خَطَرَ لَهُ وَقَالَهُ مَالِكٌ. وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَجُوزُ فِي يَوْمٍ بِيَوْمٍ وَلَا غَيْرِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ عَبْدِ الْخَرَاجِ مَبْلَغُ الْخَرَاجِ، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِطُولِ الْمُدَّةِ وَيَقْرُبُ فِي قَصِيرِهَا وَوَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى التَّفَاضُلِ فِي الْعَيْنِ وَسَوَاءٌ مَا يُؤَدِّي مِنْ الْخَرَاجِ مَعَ مَا يَعْلَمُ مِنْ اخْتِلَافِ قِيمَةِ كِرَائِهِ فِي الْأَيَّامِ لِنَشَاطٍ وَكَسَلٍ وَضَعْفٍ وَقُوَّةٍ وَمَرَضٍ وَصِحَّةٍ وَنِفَاقٍ وَكَسَادٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيمَنْ يَبْدَأُ بِالْخِدْمَةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يَسْتَهِمَانِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقًّا فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَمْرٍ يَتَرَاضَيَانِ بِهِ وَإِلَّا اسْتَهَمَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِهَامَ طَرِيقٌ إلَى تَعْيِينِ حَقِّ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ ذَلِكَ كَالْقِسْمَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ شُغِلَ الْعَبْدُ فِي خُصُومَةٍ، أَوْ مَرَضٍ، أَوْ أَبَقَ لَمْ يُحْتَسَبْ بِذَلِكَ عَلَيْهِ وَلْيَأْتَنِفَا الْقِسْمَةَ قَالَهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَدَأَ مِنْهُمَا، ثُمَّ مَرِضَ فِي أَيَّامِ الْآخَرِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ لَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ قَالَ أَشْهَبُ

(195/6)

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْوَالِدَ يُحَاسِبُ وَلَدَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ يَكُونُ لِلْوَلَدِ مَالٌ نَاضًّا كَانَ أَوْ عَرَضًا إنْ أَرَادَ الْوَالِدُ ذَلِكَ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دِلَافٍ الْمُزَنِيّ أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ فَيُغَلِّي بِهَا، ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ فَأَفْلَسَ فَرَفَعَ أَمْرَهُ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الْأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ أَلَا

[المنتقى]

كَمَا لَوْ اسْتَهَمَا قَالَ وَالْإِبَاقُ كَالْمَرَضِ فِي ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ هَلَكَ فَمَالُهُ لِلَّذِي فِيهِ الرِّقُّ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالزُّهْرِيُّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ مَالُهُ بَيْنَ الْمُعْتِقِ لِنِصْفِهِ وَبَيْنَ الْمُسْتَمْسِكِ بِرِقِّهِ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُتَمَسِّكِ بِالرِّقِّ وَلِوَلَدِهِ وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ وَطَاوُسٌ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ مَوْرُوثٌ بِالرِّقِّ فَلَمْ يُورِثْ بِالنَّسَبِ وَلَا بِالْوَلَاءِ كَالْمُسْتَرَقِّ جَمِيعِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ كَانَ يُنْفِقُ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ حَتَّى صَارَ لَهُ مَالٌ بِمِيرَاثٍ كَانَ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ كَانَ يَأْخُذُ لَهُ عَطَاءً فِي كُلِّ عَامٍ، ثُمَّ تَمَادَى الْأَبُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ فَإِنَّ لَهُ ذَلِكَ سَوَاءٌ كَانَ مَالُ الِابْنِ عَيْنًا، أَوْ عَرَضًا قَالَهُ مَالِكٌ هَكَذَا عَلَى الْإِطْلَاقِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَمَعْنَاهُ عِنْدِي أَنْ يَقُولَ الْأَبُ إنَّمَا أَنْفَقْت عَلَيْهِ مِنْ مَالِي لِأَرْجِعَ عَلَيْهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ أَفَادَ الْمَالَ دُونَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ فَإِنْ فَضَلَ لِلْأَبِ شَيْءٌ عَنْ مَالِ الْوَلَدِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ الَّذِي يَتَصَرَّفُ بَيْنَ يَدَيْهِ لِمَشَقَّةِ وُصُولِهِ إلَى مَالِ ابْنِهِ وَهُوَ مُخْتَزَنٌ عِنْدَهُ فَيَشُقُّ عَلَيْهِ تَنَاوُلُهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَيَرَى الْإِنْفَاقَ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ الْعَبْدُ أَيْسَرَ عَلَيْهِ وَأَرْفَقَ بِهِ.

(فَرْعٌ) وَصِفَةُ الرُّجُوعِ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي سَائِرِ السِّنِينَ بِقَدْرِ غَلَاءِ كُلِّ سَنَةٍ وَرُخْصِهَا قَالَهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ يَشْتَرِي بِهَا مَا احْتَاجَ إلَيْهِ مِنْ طَعَامٍ مَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ، أَوْ ثِيَابٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَلَوْ كَانَ عِنْدَهُ طَعَامٌ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ رَجَعَ عَلَيْهِ بِمِثْلِ كَيْله وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ عَنْ أُمٍّ، أَوْ جَدَّةٍ فَإِنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي مَالِ الْوَلَدِ، وَإِنْ أَبَتْهُ الْوَرَثَةُ مَعَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَهَلْ عَلَيْهِ يَمِينٌ أَمْ لَا قَالَ مَالِكٌ إنْ كَانَ مُقِلًّا فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَالْيَمِينُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ بِهِ وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَمِينَ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يَحْلِفُ وَجْهُ نَفْيِ الْيَمِينِ أَنَّهَا يَمِينُ تُهْمَةٍ وَظَنٍّ دُونَ دَعْوَى وَلَا تَحْقِيقَ وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِيهِ مِثْلِ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ وَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ الْأَبُ أَشْهَدَ بِذَلِكَ وَأَمَّا لَوْ أَشْهَدَ بِهِ لَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ فَأَرَادَ الْوَرَثَةُ أَخْذَ النَّفَقَةِ مِنْ مَالِ الِابْنِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ مَالُ الِابْنِ عَيْنًا وَهُوَ عِنْدَ الْأَبِ يُمْكِنُهُ الْإِنْفَاقُ مِنْهُ فَلَمْ يَفْعَلْ لَمْ تَرْجِعْ الْوَرَثَةُ فِيهِ بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ كَتَبَهُ الْأَبُ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يُوصِيَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ مِنْ عَادَةِ الْآبَاءِ أَنْ يُرْفِقُوا الْأَبْنَاءَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ، وَإِنْ كَانَ مَالُ الْوَلَدِ عَرْضًا، أَوْ حَيَوَانًا فَلِلْوَرَثَةِ مُحَاسَبَةُ الِابْنِ بِذَلِكَ إذَا كَتَبَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ هَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجَدْت لِمَالِكٍ يُحَاسِبُونَهُ إذَا كَانَ الْمَالُ عَرْضًا وَلَمْ يَقُلْ كَتَبَهُ، أَوْ لَمْ يَكْتُبْهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكْتُبَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ لِيَرْجِعَ بِهِ فَهَذَا لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ فِي أَنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ وَأَمَّا إذَا أَهْمَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يَكْتُبْهُ فَهَذَا الَّذِي اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَالَ الْأَبُ فِي مَرَضِهِ لَا تُحَاسِبُوهُ وَمَالُهُ عَرْضٌ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَلِكَ جَائِزٌ نَافِذٌ وَلَيْسَتْ بِوَصِيَّةٍ لِوَارِثٍ؛ لِأَنَّهُ شَيْءٌ فَعَلَهُ فِي صِحَّتِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَرَى أَنْ يُحَاسِبَ فِي الْعَيْنِ، وَإِنْ أَوْصَى الْأَبُ أَنْ لَا يُحَاسَبَ وَلَا يُصَدَّقَ فِي قَوْلِهِ كُنْت أُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِي وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(196/6)

وَأَنَّهُ قَدْ أَدَانَ مُعْرِضًا فَأَصْبَحَ قَدْرَيْنِ بِهِ فَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرْبٌ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ يُرِيدُ أَنَّهُ كَانَ يَقْصِدُ ذَلِكَ وَيُجْهِدُ نَفْسَهُ فِيهِ وَيَشْتَرِي لَهُ الرَّوَاحِلَ السَّابِقَةَ فَيَزِيدُ فِي ثَمَنِهَا إمَّا؛ لِأَنَّ قِيمَتَهَا أَعْلَى مِنْ قِيمَةِ غَيْرِهَا، أَوْ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَزِيدُ عَلَى قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ كَانَ لَا يَسْمَحُ بِهَا إلَّا بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا لِضَنَانَتِهِ بِهَا لَا سِيَّمَا مِمَّنْ يَشْتَرِيهَا بِالدَّيْنِ، ثُمَّ كَانَ يُسْرِعُ السَّيْرَ عَلَيْهَا لِيَسْبِقَ جَمِيعَ الْحَاجِّ فَكَانَ يُتْعِبُهَا وَيُجْهِدُهَا حَتَّى أَنَّهُ رُبَّمَا أَعْجَفَهَا وَأَهْلَكَهَا فَتَلِفَ بِذَلِكَ مَالُهُ وَقَامَ عَلَيْهِ غُرَمَاؤُهُ وَضَاقَ مَالُهُ عَنْ أَدَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ وَهُوَ مَعْنَى فَلَسِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَيُّهَا النَّاسُ أَلَا وَإِنَّ الْأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ قِيلَ إنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ كَانَ اسْمُهُ الْأُسَيْفِعُ.

وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ وَابْنِ نَافِعٍ هُوَ لَقَبٌ لَزِمَهُ وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ وَهُوَ تَصْغِيرُ أَسْفَعَ وَهُوَ الضَّارِبُ إلَى السَّوَادِ.

وَقَالَ إنَّهُ وَصَفَهُ بِذَلِكَ لِلَوْنِهِ قَالَ الْعُتْبِيُّ الْأَسْفَعُ الَّذِي أَصَابَ خَدَّهُ لَوْنٌ مُخَالِفٌ لِسَائِرِ لَوْنِهِ مِنْ سَوَادٍ وَقَوْلُهُ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ رَضِيَ بِذَلِكَ عِوَضًا مِمَّا أَتْلَفَهُ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِإِتْلَافِ أَمْوَالِ النَّاسِ فِيمَا لَمْ تَكُنْ لَهُ ثَمَرَةٌ إلَّا قَوْلَ النَّاسِ أَنَّهُ سَبَقَ الْحَاجَّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَدَانَ مُعْرِضًا يُقَالُ أَدَانَ الرَّجُلُ فَهُوَ مُدَانٌ إذَا اشْتَرَى بِالدَّيْنِ يُقَالُ تَدَايَنَ وَأَدَانَ وَاسْتَدَانَ وَإِذَا أَعْطَى بِالدَّيْنِ قِيلَ أَدَانَ وَأَمَّا الْمُعْرِضُ فَقَالَ أَبُو زَيْدٍ هُوَ الَّذِي يَعْتَرِضُ النَّاسَ فَيَشْتَرِي مِمَّنْ أَمْكَنَهُ سُمِّيَ الْمُعْرِضُ هَاهُنَا بِمَعْنَى الْمُعْتَرِضِ يَعْنِي أَنَّهُ اعْتَرَضَ لِكُلِّ مَنْ يُقْرِضُهُ قَالَ وَمَنْ جَعَلَهُ بِمَعْنَى الْمُتَمَكِّنِ عَلَى مَا فَسَّرَهُ أَبُو زَيْدٍ فَهُوَ بَعِيدٌ؛ لِأَنَّ مُعْرِضًا مَنْصُوبٌ عَلَى الْحَالِ فَإِذَا فَسَّرْته بِمَنْ يُمْكِنُهُ فَالْمُعْتَرِضُ هُوَ الَّذِي يُعْرِضُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَمَكِّنُ.

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ وَيُرْوَى مُعْرِضٌ بِالرَّفْعِ وَقَالَ ابْنُ شُمَيْلٍ فَأَدَانَ مُعْرِضًا مَعْنَاهُ يُعْرِضُ إذَا قِيلَ لَهُ لَا تَسْتَدِنْ وَرَوَى أَبُو حَاتِمٍ عَنْ الْأَصْمَعِيِّ أَنَّهُ قَالَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ أَخَذَ الدَّيْنَ وَلَمْ يُبَالِ أَنْ لَا يُؤَدِّيَهُ.

وَقَالَ الْعُتْبِيُّ لَا يَجُوزُ أَدَانَ مُعْرِضًا إلَّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ اسْتَدَانَ مُعْرِضًا عَنْ الْأَدَاءِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَاتِمٍ وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ مَعْنَى أَدَانَ مُعْرِضًا أَيْ اغْتَرَقَ الدَّيْنُ مَالَهُ فَأَعْرَضَ بِأَمْوَالِ النَّاسِ مُسْتَهْلِكًا لَهَا مُتَهَاوِنًا رَوَاهُ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْهُ وَعَنْ ابْنِ نَافِعٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ مَعْنَاهُ قَدْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ وَقَالَ شِمْرٌ رِينَ بِهِ وَرِينَ عَلَيْهِ وَرِيمٌ عَلَيْهِ وَاحِدٌ مَعْنَاهُ مَاتَ.

وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ رِينَ بِالرَّجُلِ إذَا أُوقِعَ فِي أَمْرٍ لَا يَسْتَطِيعُ الْخُرُوجَ مِنْهُ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَابْنُ وَهْبٍ قَدْ شُهِرَ بِهِ قَالَ يَحْيَى وَقَالَ غَيْرُهُ قَدْ أُحِيطَ بِهِ وَقَالَ فِي قَوْله تَعَالَى {بَلْ رَانَ عَلَى قُلُوبِهِمْ} [المطففين: 14] يَقُولُ طُبِعَ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَأَحَاطَ بِهَا سَوَاءٌ أَعْمَالُهُمْ.

وَقَالَ الْعَتَّابِيُّ الْأَعْرَابِيُّ رِينَ بِهِ انْقَطَعَ بِهِ وَقَالَ السِّلْمِيُّ رِينَ بِهِ تَحَيَّرَ وَقَالَ سَابِقُ الْبَرْبَرِيُّ

وَتَرْكُ الْهَوَى لِلْمَرْءِ فَاعْلَمْ سَعَادَةٌ ... وَطَاعَتُهُ رَيْنٌ عَلَى الْقَلْبِ رَائِنٌ

وَهَذِهِ الْمَعَانِي مُتَقَارِبَةٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ يُرِيدُ أَنَّهُ قَدْ ضَاقَ مَالُهُ عَنْ دُيُونِهِ فَحَجَرَ عَلَيْهِ عُمَرُ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَجَمَعَهُ لِيُوَزِّعَهُ عَلَى غُرَمَائِهِ بِقَدْرِ حِصَصِهِمْ مِمَّا لَهُمْ عِنْدَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ عَلَى مَعْنَى النَّهْيِ عَنْهُ وَالتَّحْذِيرِ مِنْ سُوءِ عَاقِبَتِهِ فِي الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَقَوْلُهُ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرَبٌ بِتَحْرِيكِ الرَّاءِ الْحَرَبُ السَّلْبُ وَرَجُلٌ مَحْرُوبٌ بِمَعْنَى مَسْلُوبٌ يُرِيدُ أَنَّ أَوَّلَ أَمْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ الْهَمُّ بِأَدَائِهِ مَعَ ضِيقِ يَدِهِ عَنْهُ وَالْمَخَافَةِ لِسُوءِ عَاقِبَتِهِ وَآخِرُ أَمْرِهِ أَنْ يُسْلَبَ مَا لَهُ وَمَا يَضِنُّ

(197/6)

مَا جَاءَ فِيمَا أَفْسَدَ الْعَبِيدُ أَوْ جَرَحُوا (ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ السُّنَّةُ عِنْدَنَا فِي جِنَايَةِ الْعَبِيدِ أَنَّ كُلَّ مَا أَصَابَ الْعَبْدَ مِنْ جُرْحٍ جَرَحَ بِهِ إنْسَانًا أَوْ شَيْءٍ اخْتَلَسَهُ، أَوْ حَرِيسَةٍ احْتَرَسَهَا، أَوْ ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ جَذَّهُ، أَوْ أَفْسَدَهُ، أَوْ سَرِقَةٍ سَرَقَهَا لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فِيهَا أَنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ لَا يَعْدُو ذَلِكَ الرَّقَبَةَ قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ فَإِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَتَهُ مَا أَخَذَ غُلَامُهُ، أَوْ أَفْسَدَ أَوْ عَقَلَ مَا جَرَحَ أَعْطَاهُ وَأَمْسَكَ غُلَامَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ أَسْلَمَهُ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ فَسَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ) .

مَا يَجُوزُ مِنْ النَّحْلِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ مَنْ نَحَلَ وَلَدًا صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نُحْلَهُ فَأَعْلَنَ ذَلِكَ لَهُ وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا فَهِيَ جَائِزَةٌ وَأَنَّ وَلِيَّهَا أَبُوهُ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ نَحَلَ ابْنًا صَغِيرًا لَهُ ذَهَبًا، أَوْ وَرِقًا، ثُمَّ هَلَكَ وَهُوَ يَلِيهِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لِلِابْنِ مِنْ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَزَلَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ دَفَعَهَا إلَى رَجُلٍ وَضَعَهَا لِابْنِهِ عِنْدَ ذَلِكَ الرَّجُلِ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ لِلِابْنِ) .

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الشُّفْعَةِ) (مَا تَقَعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ)

[المنتقى]

بِهِ مِنْ عَقَارٍ وَحَيَوَانٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَيُشْفِقُ مِنْ بُعْدِهِ فَيُبَاعُ عَلَيْهِ وَيَقْضِي مِنْهُ غُرَمَاؤُهُ.

[مَا جَاءَ فِيمَا أَفْسَدَ الْعَبِيدُ أَوْ جَرَحُوا]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ مَا أَصَابَ الْعَبْدُ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، أَوْ غَصَبَ امْرَأَةً فَوَطِئَهَا فَلَزِمَهُ مَا نَقَصَ فِي الْأَمَةِ، وَفِي الْحُرَّةِ صَدَاقُ مِثْلِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ فِي رَقَبَتِهِ لَا يَعْدُوهَا وَمَعْنَى تَعَلُّقِ ذَلِكَ بِرَقَبَتِهِ أَنَّ رَقَبَتَهُ تُسَلَّمُ فِي هَذِهِ الْجِنَايَاتِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهُ مِنْهَا بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ قَلَّتْ الْجِنَايَةُ أَوْ كَثُرَتْ وَهَذَا كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى فِيمَا لَمْ يُؤْتَمَنْ عَلَيْهِ وَلَمْ يُسَلَّمْ إلَيْهِ وَأَمَّا مَا أُؤْتُمِنَ عَلَيْهِ أَوْ أَسْلَمَ إلَيْهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ كُلُّ عَدْوَى كَانَ مِنْ الْعَبْدِ فِيمَا أُؤْتُمِنَ عَلَيْهِ مِنْ وَدِيعَةٍ، أَوْ بِضَاعَةٍ أَوْ اُسْتُؤْجِرَ عَلَى عَمَلٍ، أَوْ عَارِيَّةٍ أَوْ كِرَاءٍ، أَوْ مَا صَارَ بِيَدِهِ بِإِذْنِ أَهْلِهِ فَيَبِيعُ ذَلِكَ، أَوْ يَأْكُلُهُ إنْ كَانَ طَعَامًا فَذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ إلَّا فِي وَجْهٍ وَاحِدٍ أَنْ يَتَعَمَّدَ فَسَادَ ذَلِكَ الشَّيْءِ بِقَطْعِ الثَّوْبِ وَعَقْرِ الْبَعِيرِ وَشِبْهِهِ فَذَلِكَ فِي رَقَبَتِهِ وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَقَالَ وَلَمْ يَكُنْ ابْنُ الْقَاسِمِ يُمَيِّزُ بَيْنَ ذَلِكَ.

فَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ أَتْلَفَهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ فَلِذَلِكَ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ وَأَمَّا عَقْرُ الْبَعِيرِ وَقَطْعِ الثَّوْبِ فَإِنَّهُ قَصَدَ إتْلَافَهُ لِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ لَهُ فِي ذَلِكَ فَتَعَلَّقَ ذَلِكَ بِرَقَبَتِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَصَدَ إتْلَافَ مَا أُؤْتُمِنَ عَلَيْهِ فَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ كَمَا لَوْ أَكَلَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِيُوَصِّلَ لَهُ بَعِيرًا إلَى مَنْهَلٍ فَنَحَرَهُ وَقَالَ خِفْت عَلَيْهِ الْمَوْتَ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ وَمَنْ يَعْلَمُ مِثْلَ هَذَا أَرَاهُ فِي رَقَبَتِهِ وَقَالَ مِثْلُ ذَلِكَ إذَا آجَرَهُ عَلَى أَنْ يَعْلِفَ الْبَعِيرَ فَيَبِيعَهُ، أَوْ يَنْحَرُهُ فَيَأْكُلَ لَحْمَهُ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ آجَرَهُ عَلَى رِعَايَةِ غَنَمٍ فَذَبَحَهَا أَوْ حِرَاسَةِ حَائِطٍ فَيَجِدَهُ، أَوْ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ لَهُ شَيْئًا إلَى بَيْتِهِ فَيَسْرِقَ مِنْ الْبَيْتِ ثَوْبًا وَلَمْ أَرَهُ كَالصَّانِعِ يَقُولُ ذَهَبَ الْمَتَاعُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ سَيِّدِي يَسْأَلُك أَلْفَ دِينَارٍ سَلَفًا فَدَفَعَهَا إلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ فَأَتْلَفَهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي رَقَبَتِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ مَالٌ قَالَ أَصْبَغُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْخَدِيعَةِ وَالْخِيَانَةِ، وَذَلِكَ فِي رَقَبَتِهِ وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ أَشْهَبَ فِي الْعُتْبِيَّةِ هَذِهِ خِلَابَةٌ، وَذَلِكَ فِي رَقَبَتِهِ إنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَتْلَفَهُ، أَوْ دَفَعَهُ إلَى سَيِّدِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِي قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ وَقَوْلُهُ الْآخَرُ أَنَّهَا فِي ذِمَّتِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ يَدَهُ فِي قَبْضِهَا يَدُ سَيِّدِهِ وَلَمْ تُسَلَّمْ إلَى الْعَبْدِ لِيَكُونَ هُوَ الْمُؤْتَمَنُ عَلَيْهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا سُلِّمَتْ إلَيْهِ بِاخْتِيَارِ مَالِكِهَا فَلَمْ تَتَعَلَّقْ جِنَايَتُهُ عَلَيْهَا بِذِمَّتِهِ كَمَا لَوْ أَوْدَعَهَا.

[مَا يَجُوزُ مِنْ النَّحْلِ]

(ش) : قَوْلُهُ مَنْ نَحَلَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ وَأَعْلَنَ بِهِ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّ نَظَرَهُ فِيهِ إنَّمَا هُوَ لِابْنِهِ فَالْعَطِيَّةُ جَائِزَةٌ وَإِنْ وَلِيَهَا الْأَبُ

(198/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ» قَالَ مَالِكٌ وَعَلَى ذَلِكَ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا قَالَ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ سَأَلَ عَنْ الشُّفْعَةِ هَلْ فِيهَا مِنْ سُنَّةٍ فَقَالَ نَعَمْ الشُّفْعَةُ فِي الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ وَلَا تَكُونُ إلَّا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلَ ذَلِكَ)

[المنتقى]

لِأَنَّهُ هُوَ الْحَائِزُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ غَيْرِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَوْهُوبَ عَلَى ضَرْبَيْنِ عَيْنٌ وَغَيْرُ عَيْنٍ فَأَمَّا غَيْرُ الْعَيْنِ فَمَا كَانَ يُحَازُ وَلَا يَنْتَفِعُ الْأَبُ بِهِ حَالَ الْحِيَازَةِ وَبَعْدَهَا كَالْجَنَّةِ يَسْتَغِلُّهَا، أَوْ الرَّبْعِ يُكْرِيهِ، أَوْ السِّلْعَةِ يُمْسِكُهَا لَهُ أَوْ يَبِيعُهَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ حِيَازَةُ الْأَبِ إيَّاهَا لِابْنِهِ وَمَا كَانَ الْأَبُ يَنْتَفِعُ بِهِ كَالدَّارِ يَسْكُنُهَا أَوْ الثَّوْبُ يَلْبَسُهُ فَلَا تَصِحُّ حِيَازَةُ الْأَبِ لَهُ مَعَ اسْتِدَامَةِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ انْتِفَاعَهُ بِهِ كَسُكْنَى الدَّارِ وَلُبْسِ الثَّوْبِ يُنَافِي حِيَازَةَ الِابْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَنْ وَهَبَ مُعَيَّنًا فَأَمَّا إذَا وَهَبَ جُزْءًا مُشَاعًا فَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي جَوَازِ حِيَازَةِ الْأَبِ لِابْنِهِ فَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ جَائِزٌ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ وَقَالَ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إلَّا فِي الْعَيْنِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا صَحَّتْ هِبَتُهُ صَحَّتْ حِيَازَتُهُ كَالْعَيْنِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ رَهْنَ الْمُشَاعِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحِيَازَةَ لَا تَصِحُّ فِيهَا مَعَ بَقَاءِ سَائِرِهِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ فَكَذَلِكَ فِي الْهِبَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْعَيْنُ فَاخْتُلِفَ فِي صِحَّةِ احْتِيَازِ الْأَبِ إيَّاهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ وَهَذَا حُكْمُ الْأَبِ فِي الِاحْتِيَازِ وَأَمَّا

الْأُمُّ فَاخْتَلَفَ أَصْحَابِ مَالِكٍ فِيهَا فَالَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمَالِكٍ أَنَّهَا لَا تَحُوزُ لِابْنِهَا الصَّغِيرِ مَا وَهَبَتْهُ إلَّا أَنْ تَكُونَ وَصِيَّةً.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ تَحُوزُ الْأُمُّ وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّةُ إذَا كَانَ صَغِيرًا فِي حِجْرِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أَوْصِيَاءَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْيَتِيمِ وَلَا الْمُبَارَأَةُ عَنْهُ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحُوزَ مَا وَهَبَهُ لَهُ كَالْأَخِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كُلَّ مَنْ لَهُ وِلَادَةٌ عَلَيْهِ وَحَضَانَةٌ فَإِنَّهُ يَحُوزُ مَا وَهَبَهُ لَهُ كَالْأَبِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُثْمَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – مَنْ نَحَلَ ابْنًا لَهُ صَغِيرًا وَحَازَهُ لَهُ وَأَشْهَدَ بِهِ أَنَّهُ حَائِزٌ لِلِابْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِي جَمِيعِ مَا يَنْحَلُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ كُلَّ نَحْلٍ مِنْ عَرَضٍ، أَوْ عَيْنٍ قَدْ خَتَمَ عَلَيْهِ الْأَبُ وَأَشْهَدَ فَيَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى رِوَايَةٍ عَنْ مَالِكٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْعَرَضَ خَاصَّةً فَيَجُوزُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَيُحْتَمَلُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنْ يُرِيدَ الْعَرَضَ وَالْعَيْنَ مَخْتُومًا، أَوْ غَيْرَ مَخْتُومٍ فَلَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْمَخْتُومِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ مَنْ نَحَلَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ ذَهَبًا، أَوْ وَرِقًا أَنَّهُ لَا شَيْءَ لِلِابْنِ مِنْ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكُونَ عَزَلَهَا بِعَيْنِهَا، أَوْ دَفَعَهَا إلَى رَجُلٍ فَيَجُوزُ فَأَمَّا وَضْعُهَا عِنْدَ غَيْرِهِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي جَوَازِ ذَلِكَ وَأَمَّا عَزْلُهَا فَهُوَ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي شَيْءٍ وَيَخْتِمَ عَلَيْهَا وَيُشْهِدَ عَلَى ذَلِكَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ وَالْخِلَافُ فِيهِ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ هَاهُنَا.

[كِتَابُ الشُّفْعَةِ]

[مَا تَقَعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ]

أَصْلُ الشُّفْعَةِ أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ إذَا بَاعَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ مَنْزِلًا، أَوْ حَائِطًا أَتَاهُ الْجَارُ أَوْ الشَّرِيكُ فَيَشْفَعُ إلَيْهِ فِيمَا بَاعَ فَشَفَّعَهُ وَجَعَلَهُ أَوْلَى مِمَّنْ بَعُدَ سَبَبُهُ فَسُمِّيَتْ شُفْعَةٌ وَطَالِبُهَا شَفِيعًا.

(ش) : قَوْلُهُ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ يَقْتَضِي تَعَلُّقَ الشُّفْعَةِ بِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْ جِنْسِ مَا يُقْسَمُ وَأَمَّا مَا لَا يَصِحُّ فِيهِ الْقِسْمَةُ فَإِنَّهُ لَا يُقَالُ فِيهِ مَا لَمْ يُقْسَمْ كَمَا

. . . .

[المنتقى]

لَا يُقَالُ فِي الْإِنْسَانِ يَثْبُتُ فِيهِ حُكْمُ كَذَا مَا لَمْ يُقْسَمْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ لَهُ حَالَةً يُقْسَمُ فِيهَا.

وَمَا يَنْقَسِمُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يُقْسَمُ بِالْحُدُودِ كَالْأَرَضِينَ وَمَا فِيهَا مِنْ الْمَبَانِي وَالْأَشْجَارِ وَضَرْبٌ يَنْقَسِمُ بِغَيْرِ حُدُودٍ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَبَعْضِ الْمَذْرُوعِ فَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ فَلَا شُفْعَةَ» يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ تَعَلُّقَ هَذَا الْحُكْمِ بِمَا يُضْرَبُ فِيهِ الْحُدُودُ دُونَ غَيْرِهِ مِمَّا لَا تُضْرَبُ فِيهِ الْحُدُودُ وَيُنْظَرُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ بِضَرْبِ الْحُدُودِ فَإِنْ وَجَدْنَا عَلَيْهِ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ فِيهِ أَلْحَقْنَاهُ بِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ، وَإِنْ وَجَدْنَاهُ مُخْتَصًّا بِمَا تُضْرَبُ فِيهِ الْحُدُودُ قَصَرْنَا الشُّفْعَةَ عَلَيْهِ وَوَجَدْنَا مَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فِي جِنْسِهِ يُبْطِلُ حُكْمَ الشُّفْعَةِ فِيهِ بِالْقِسْمَةِ فَثَبَتَ أَنَّ لِكَوْنِ الْمَبِيعِ مِمَّا تَصِحُّ فِيهِ الْقِسْمَةُ بِالْحُدُودِ تَأْثِيرًا فِي إثْبَاتِ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَصَفَ بِذَلِكَ مَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحُكْمَ إذَا عُلِّقَ عَلَى صِفَةٍ فَإِنَّ تِلْكَ الصِّفَةَ عِلَّةٌ لِذَلِكَ الْحُكْمِ أَوْ وَصْفٌ مِنْ أَوْصَافِ عِلَّةِ ذَلِكَ الْحُكْمِ وَثَبَتَ بِقَوْلِهِ فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ أَنَّ لِلْقِسْمَةِ تَأْثِيرًا فِي إبْطَالِهَا وَثَبَتَ أَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا ثَبَتَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرٍ، وَلَا تَصِحُّ أَنْ تَكُونَ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْقِسْمَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَإِنَّ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ أَثْبَتُ فِيمَا لَا يُقْسَمُ كَالْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَالثَّوْبِ الْوَاحِدِ وَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ضَرَرُ الْقِسْمَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ كَقِسْمَةِ الْيَسِيرِ مِنْ الْمَوْزُونِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَعْدُودِ فَلَمْ يَبْقَ مَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يُشَارَ إلَيْهِ إلَّا بِالضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِنَوْعٍ مِنْ الْقِسْمَةِ وَهُوَ مَا يُلْحَقُ بِقِسْمَةِ الْأَرَضِينَ مِنْ الْأَجْرِ وَالْمُؤَنِ الَّتِي تَخْتَصُّ بِقِسْمَةِ الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ فَإِنَّهُ يَقْسِمُهَا غَالِبًا قَوْمٌ يَخْتَصُّونَ بِعِلْمِ ذَلِكَ وَيَتَمَوَّنُ لَهُمْ فِيهَا مُؤْنَةٌ وَأُجْرَةٌ غَالِبًا وَسَائِرُ الْأَشْيَاءِ قِسْمَتُهَا لَا تَخْتَصُّ بِقَسَّامٍ مُعَيَّنٍ وَلَا يَتَمَوَّنُ فِيهَا مُؤْنَةً وَلَا أُجْرَةً فَثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ مَقْصُورَةٌ عَلَى مَا يُقْسَمُ بِالْحُدُودِ وَهِيَ الْأُصُولُ الثَّابِتَةُ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِي الْأَرَضِينَ وَمَا يَتَّصِلُ بِهَا مِنْ ثَمَرَةٍ، أَوْ بِنَاءٍ فَأَمَّا الْأَرْضُ فَالشُّفْعَةُ فِيهَا عِنْدَنَا ثَابِتَةٌ، وَكَذَلِكَ الشَّجَرُ وَالْبِنَاءُ إلَّا أَنَّهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مَقْصُودَ الْمَنْفَعَةِ وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مُرْفَقًا لِلْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ قِسْمَتُهُ دُونَ تَعْيِينٍ فَأَمَّا الضَّرْبُ الْأَوَّلُ فَإِنَّهُ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا يَنْقَسِمُ مَعَ بَقَاءِ اسْمِهِ وَصِفَتِهِ كَالْحَقْلِ وَالدَّارِ الْكَبِيرَةِ الَّتِي يُصِيبُ بِهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُتَقَاسِمَيْنِ بِالْقِسْمَةِ مِنْهَا مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ حَقْلٍ وَدَارٍ وَالثَّانِي لَا يَنْقَسِمُ إلَّا بِأَنْ يَتَغَيَّرَ اسْمُهُ وَصِفَتُهُ كَالْحَمَّامِ الَّذِي إنْ قُسِمَ لَمْ يَكُنْ حَظُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُتَقَاسِمَيْنِ حَمَّامًا فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فَعَلَى نَوْعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا لَا مَضَرَّةَ فِي قِسْمَتِهِ وَالثَّانِي تَلْحَقُ الْمَضَرَّةُ فِي قِسْمَتِهِ فَأَمَّا مَا لَا تَلْحَقُ الْمَضَرَّةُ فِي قِسْمَتِهِ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِيهِ وَهُوَ أَنْ يَجْتَمِعَ فِيهِ هَذِهِ الصِّفَاتُ الثَّلَاثُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودَ الْمَنْفَعَةِ لِنَفْسِهَا كَالْحَقْلِ الَّذِي مَنْفَعَتُهُ بِالْمُزَارَعَةِ مَقْصُودَةٌ وَالدَّارِ الَّتِي مَنْفَعَتُهَا بِالسُّكْنَى مَقْصُودَةٌ وَالشَّجَرِ الَّتِي مَنْفَعَتُهَا بِالثَّمَرَةِ مَقْصُودَةٌ وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَنْقَسِمَ دُونَ تَغْيِيرٍ وَالثَّالِثَةُ أَنْ يَنْقَسِمَ دُونَ مَضَرَّةٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا مَا كَانَتْ مَنْفَعَتُهُ غَيْرَ مَقْصُودَةٍ لِنَفْسِهَا كَالطَّرِيقِ الَّتِي إنَّمَا تُتَّخَذُ لِلِانْتِفَاعِ بِمَمَرِّهِ، أَوْ سَاحَةِ الدَّارِ الَّتِي إنَّمَا تُتَّخَذُ لِيُرْتَفَقَ بِهَا فِي سُكْنَى الْبُيُوتِ فَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَمَّا مَا لَا يَنْقَسِمُ مَعَ بَقَاءِ مَنْفَعَتِهِ كَالْحَمَّامِ فَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ فِي الْحَمَّامِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي غَيْرِ الْمَوَّازِيَّةِ وَأَبَى مَالِكٌ الشُّفْعَةَ فِي الْحَمَّامِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لَا يُقْسَمُ إلَّا بِتَحْوِيلِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ حَمَّامًا وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَثَبَتَ أَنَّ هَذَا الْقِسْمَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا مِلْكٌ مِنْ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ مُلَّاكٍ كَامِلِي الْمِلْكِ فَتَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ أَصْلُ ذَلِكَ مَا لَا يَتَغَيَّرُ بِالْقِسْمَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ لَهُ فَوْقَ هَذَا وَمَعْنَاهُ أَنَّ مَا لَا يَثْبُتُ فِيهِ حُكْمُ الْقِسْمَةِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِيهِ حُكْمُ الشُّفْعَةِ كَالْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَأَمَّا مَا لَا يَنْقَسِمُ إلَّا بِضَرَرٍ فَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا

. . . .

[المنتقى]

الرَّحَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا شُفْعَةَ فِي رَحَا الْمَاءِ وَالدَّوَابِّ، وَإِنْ بِيعَ مَعَ الْبَيْتِ فَالشُّفْعَةُ فِي الْبَيْتِ دُونَ الرَّحَا وَهَذَا الْحُكْمُ إنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْجَارِ وَالْآلَاتِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِقَاعَةٍ وَلَا بِنَاءَ وَإِنَّمَا هِيَ آلَاتٌ مَوْضُوعَةٌ غَيْرُ مُتَّصِلَةٍ بِالْأَرْضِ اتِّصَالَ الْبِنَاءِ وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيمَا بُنِيَ مِنْهَا فِي

الدُّورِ وَهَلْ يَتْبَعُ الدَّارَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ وَعَلَى حَسَبِ ذَلِكَ تَتَخَرَّجُ مَذَاهِبُهُمْ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِيهَا وَأَمَّا رَحَا الْمَاءِ وَالدَّوَابِّ فَلَيْسَتْ بِمَبْنِيَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَإِنَّمَا هِيَ مَوْضُوعَةٌ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ إنْ نَصَبُوهَا فِي أَرْضِهِمْ فَفِيهَا الشُّفْعَةُ، وَإِنْ نَصَبُوهَا فِي غَيْرِ أَرْضِهِمْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا بَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّةً مِنْ الرَّحَا، أَوْ حِصَّتَهُ مِنْهَا وَمِنْ الْبَيْتِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ إنَّمَا الرَّحَا الَّتِي لَا شُفْعَةَ فِيهَا الَّتِي تُجْعَلُ وَسْطَ الْمَاءِ عَلَى غَيْرِ أَرْضٍ وَأَمَّا مَا رُدِمَ لَهَا مَوْضِعٌ فِي الْمَاءِ فَإِنْ اتَّصَلَ بِالْأَرْضِ فَلَهُ حُكْمُ الْأَرْضِ فَإِنْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهَا فَلَا شُفْعَةَ فَأَثْبَتَ فِيهَا أَشْهَبُ الشُّفْعَةَ إذَا كَانَ مَوْضِعُهَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ عَلَى سَبِيلِ التَّبَعِ لِلْمَوْضِعِ وَمَنْعُ الشُّفْعَةِ كَالْبِئْرِ وَالْعَيْنِ فَعَلَى هَذَا إنَّمَا الْخِلَافُ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِي أَحْجَارِ الرَّحَا دُونَ مَوْضِعِهَا فَأَمَّا مَوَاضِعُهَا فَيَجْرِي فِيهَا مِنْ اعْتِبَارِ الصِّفَاتِ مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأَنْدَرُ فَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ نَفَقَةَ الْأَنْدَرِ إنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا فَفِيهَا الشُّفْعَةُ كَسَائِرِ الْبِقَاعِ وَكَعَرْصَةِ الدَّارِ الْمَهْدُومَةِ وَقَالَهُ أَشْهَبُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا شُفْعَةَ فِيهِ كَالْأَفْنِيَةِ فَنَحَا بِهِ سَحْنُونٌ إلَى أَنَّهُ لَيْسَتْ مَنْفَعَتُهُ مَقْصُودَةً فِي نَفْسِهَا وَإِنَّمَا هُوَ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ لِلزَّرْعِ الَّذِي مَنْفَعَتُهُ مِنْ غَيْرِ الْأَنْدَرِ كَالْأَفْنِيَةِ وَإِنَّمَا هُوَ لِحَظِّ الْمَوْرِدَةِ وَالتَّوَسُّعِ فِيهَا لِلسُّكْنَى وَذَهَبَ ابْنُ وَهْبٍ إلَى أَنَّ مَنْفَعَتَهُ مُخْتَصَّةٌ بِهِ وَمُفْرَدَةٌ كَالْمَسَاكِنِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الثَّمَرَةُ فَعَنْ مَالِكٍ فِيهَا رِوَايَتَانِ رَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَمُعْظَمُ أَصْحَابِهِ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ فِيهَا قَالَ أَشْهَبُ، وَذَلِكَ أَنَّهَا تُقْسَمُ بِالْحُدُودِ كَمَا تُقْسَمُ الْأَرْضُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إذَا قُسِمَتْ فِي النَّخْلِ قَبْلَ الْجَدِّ لِاخْتِلَافِ أَغْرَاضِ أَهْلِهَا قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَذَلِكَ مَا لَمْ يُزَايِلْ الْأَصْلَ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا شُفْعَةَ فِي الثِّمَارِ وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا تَبَعٌ لِلْأَرْضِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ فَثَبَتَ فِيهَا الشُّفْعَةُ كَالشَّجَرِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا مِمَّنْ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فَإِذَا ظَهَرَتْ لَمْ تَتْبَعْ الْأَصْلَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ كَالثِّيَابِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا بِالشُّفْعَةِ فِيهَا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ الشُّفْعَةُ فِيهَا مَا لَمْ تُزَايِلْ الْأَصْلَ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ الشُّفْعَةُ فِيهَا مَا لَمْ تَيْبَسْ وَتُجَدُّ وَجْهَ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهَا مَا دَامَتْ فِي النَّخْلِ مُتَّصِلَةً بِالْأَصْلِ فَإِنَّ حُكْمَهَا حُكْمُهُ فِي الشُّفْعَةِ كَالرُّطَبِ وَالْجَرِيدِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا إذَا يَبِسَتْ لَمْ

تَتِمَّ بِالْأَصْلِ فَلَمْ يَثْبُت فِيهَا حُكْمُ الشُّفْعَةِ كَالْمَجْدُودَةِ وَهَذَا إذَا أُفْرِدَتْ بِالْبَيْعِ الثَّمَرَةُ فَإِنْ بِيعَتْ مَعَ الْأَصْلِ فَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهُ مَعَ الثَّمَرَةِ قَائِمَةً كَانَتْ، أَوْ مَجْدُودَةً وَلِلْمُشْتَرِي مَا سَقَى وَأَنْفَقَ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، وَإِنْ كَانَ أَبُو مُحَمَّدٍ أَوْرَدَهَا مُجْمَلَةً فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيمَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْهَا، وَذَلِكَ أَنَّ النَّخْلَ إذَا بِيعَتْ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ فِيهَا ثَمَرٌ، أَوْ لَا يَكُونَ فِيهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا ثَمَرٌ وَجَاءَ الشَّفِيعُ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ فِيهَا ثَمَرٌ، أَوْ قَبْلَ أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ مَأْبُورَةً فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ الثَّمَرَةَ مَعَ الْأَصْلِ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ جَاءَ وَقَدْ أُبِّرَتْ الثَّمَرَةُ، أَوْ أَزْهَتْ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَرَةَ مَعَ الْأَصْلِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ إنْ شَرَاهَا مَأْبُورَةً، أَوْ غَيْرَ مَأْبُورَةٍ، ثُمَّ أَبَّرَهَا الْمُبْتَاعُ فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الْأَصْلَ دُونَ الثَّمَرَةِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ وَمَأْبُورُ الثَّمَرَةِ لِلْبَائِعِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ قَوْلُ بَعْضِ الْمَدَنِيِّينَ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الثَّمَرَةَ لَمْ تُفَارِقْ الْأَصْلَ حُكْمًا بِالْيُبْسِ وَلَا فِعْلًا بِالْجَدِّ فَكَانَتْ تَبَعًا لِلْأَصْلِ فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِمَعْنًى مَاضٍ كَالِاسْتِحْقَاقِ وَأَيْضًا فَإِنَّ الثَّمَرَةَ فِيهَا الشُّفْعَةُ مَا دَامَتْ فِي حَالِ

(201/6)

. . . .

[المنتقى]

النَّمَاءِ فَثَبَتَ فِيهَا حُكْمُ الشُّفْعَةِ تَبَعًا وَأَصْلًا وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهَا تَبَعٌ لِلْأَصْلِ فِي الشُّفْعَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يَأْخُذُ الْأَصْلَ وَالثَّمَرَةَ بِالثَّمَنِ وَعَلَيْهِ غُرْمُ مَا أَنْفَقَ الْمُشْتَرِي وَسَقَى وَعَالَجَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِيهَا يَأْخُذُ الثَّمَرَةَ بِقِيمَتِهَا عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ لَهُ قِيمَةُ مَا أَنْفَقَ لَمْ أَرَ بِهِ بَأْسًا وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْكِتَابَيْنِ وَقَالَ سَحْنُونٌ لَيْسَ عَلَى الشَّفِيعِ شَيْءٌ إلَّا الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الْمُنْفِقَ أَنْفَقَ عَلَى مَالِ نَفْسِهِ فَلَا يَرْجِعُ إلَّا بِمَالِهِ عَيْنٌ قَائِمَةٍ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلشَّفِيعِ الْغَلَّةُ كَانَ لَهُ مَا يَخْتَصُّ بِهَا مِنْ النَّفَقَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الثَّمَرَةَ لَمَّا لَمْ يَتَنَاوَلْهَا الثَّمَنُ وَلَزِمَ إمْضَاؤُهَا لِلشَّفِيعِ كَانَ عِوَضُهَا قِيمَتَهَا؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَكُونُ أَمْثَالَ قِيمَةِ الثَّمَرَةِ وَقَدْ تَقِلُّ فَكَانَتْ الْقِيمَةُ أَعْدَلَ وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ مَا احْتَجَّ بِهِ وَبِمَاذَا يَأْخُذُ الشَّفِيعُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا فَاتَتْ بِالْجِدِّ، أَوْ الْيُبْسِ فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الْأَصْلَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يُوضَعُ عَنْهُ شَيْءٌ لِلثَّمَرَةِ وَلَا حِصَّةَ لِلثَّمَرَةِ مِنْ الثَّمَنِ يَوْمَ وَقَعَتْ

الصَّفْقَةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ مَأْبُورَةً يَوْمَ الشِّرَاءِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ الثَّمَرَةَ لِلشَّفِيعِ مَا لَمْ تَيْبَسْ فَإِنْ يَبِسَتْ، أَوْ جُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَيُقْسَمُ الثَّمَنُ عَلَى الْأَصْلِ وَالثَّمَرَةِ فَمَا كَانَ لِلْأَصْلِ فَهُوَ يَأْخُذُ بِهِ الشَّفِيعُ الْأَصْلَ وَمَا كَانَ لِلثَّمَرَةِ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَرَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُزْهِيَةً فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْأُصُولِ دُونَ الثَّمَرَةِ وَهَذَا الْقَوْلُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَا مَنْفَعَةَ فِيهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ لَوْ انْفَرَدَتْ لَثَبَتَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ فَكَذَلِكَ إذَا انْضَافَتْ فِي الْبَيْعِ إلَى مَا لَا يَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَيَجِيءُ قَوْلُ أَشْهَبَ عَلَى رِوَايَةِ نَفْيِ الشُّفْعَةِ فِي الثَّمَرَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَحَتَّى مَتَى يَتْبَعُ الْأَصْلَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ الثَّمَرَةُ لِلشَّفِيعِ مَا لَمْ تَيْبَسْ أَوْ تُجَدَّ فَإِنْ جُدَّتْ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ كَبِيرَةٌ حُطَّ عَنْ الشَّفِيعِ حِصَّتَهَا مِنْ الثَّمَنِ وَقَالَ مَرَّةً يَأْخُذُهَا بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ وُجِدَتْ، أَوْ يَبِسَتْ فَلَهُ مِثْلُهَا إنْ عَرَفَ كَيْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ كَيْلَهَا وَكَانَ جَذُّهَا صَغِيرَةً لَمْ تَطِبْ فَلَا يَأْخُذُ فِيهَا ثَمَنًا وَالثَّمَرُ عَلَيْهَا وَعَلَى الْأُصُولِ إذَا كَانَتْ يَوْمَ الشِّرَاءِ مُزْهِيَةً أَوْ مَأْبُورَةً وَاشْتَرَطَهَا الْمُبْتَاعُ وَرَوَاهُ أَيْضًا عَنْ مَالِكٍ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَدْ تَقَدَّمَ تَوْجِيهُ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ قُلْنَا أَنَّهَا قَدْ فَاتَتْ بِالْجَدِّ، أَوْ الْيُبْسِ وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي فَإِنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ رَوَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَحُطُّ عَنْ الشَّفِيعِ حِصَّتَهَا مِنْ الثَّمَنِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الثَّمَرَةِ الْمَأْبُورَةِ إذَا لَمْ يَقُمْ الشَّفِيعُ حَتَّى زَايَلَتْ الْأَرْضَ فَلَا تُحْسَبُ، وَكَذَلِكَ يَقُولُ أَنَّهَا تُبَاعُ مِنْ النَّخْلِ بِالطَّعَامِ إلَى أَجَلٍ إذْ لَا حِصَّةَ لَهَا مِنْ الثَّمَنِ وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ بَلْ لَهَا حِصَّةٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَلَكِنَّهَا تَبَعٌ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُ سَحْنُونٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ الْأَصْلُ بَيْنَهُمَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَصْلُ لَهُمَا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الشُّفْعَةُ فِي الثَّمَرَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَصْلُ لَهُمَا وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي قَوْمٍ بَيْنَهُمْ ثَمَرَةٌ، ثُمَّ كَانَ الْأَصْلُ لَهُمْ، أَوْ مُسَاقَاةٌ فِي

أَيْدِيهِمْ، أَوْ حَبْسًا عَلَيْهِمْ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَيْضًا إذَا قُسِمَتْ الْأَرْضُ دُونَ الثَّمَرَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ الشُّفْعَةُ فِيهَا إذَا كَانَ الْأَصْلُ بَيْنَهُمَا.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّ الرِّوَايَتَيْنِ فِي ثُبُوتِهَا وَنَفْيِهَا فِي الثَّمَرَةِ إذَا كَانَ الْأَصْلُ فِي أَيْدِيهِمْ بِمِلْكٍ، أَوْ حَبْسٍ أَوْ مُسَاقَاةٍ، أَوْ مُبْتَدَأَ الشِّرَاءِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الثَّمَرَةَ إنَّمَا يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ لِلْأَصْلِ فَإِذَا زَايَلَتْ الْأَصْلَ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا فَإِذَا زَايَلَتْهُ فِي الْمِلْكِ، أَوْ كَانَتْ مَقْسُومَةً فَبِأَنْ لَا يَجِبَ فِيهَا الشُّفْعَةُ أَوْلَى أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَيْنَ وَالْبِئْرَ لَمَّا وَجَبَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ لِلْأَرْضِ إذَا قُسِمَتْ الْأَرْضُ، أَوْ زَايَلَتْهُ فِي الْمِلْكِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الثَّمَرَةِ وَهِيَ مِمَّا يُقْسَمُ بِالْحُدُودِ مَا دَامَتْ فِي الْأَصْلِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الِاعْتِبَارُ بِهَا دُونَ الِاعْتِبَارِ بِأَصْلِهَا كَالْأَرَضِينَ وَالْأَشْجَارِ وَبِذَلِكَ خَالَفَتْ الْعَيْنَ فَإِنَّهَا لَا تَنْقَسِمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا

(202/6)

. . . .

[المنتقى]

بِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِي ثَمَرَةِ النَّخْلِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الشُّفْعَةُ فِي الْعِنَبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْمَقَاثِي عِنْدِي فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهَا ثَمَرَةٌ وَلَا شُفْعَةَ فِي الْبُقُولِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ تُجْنَى ثَمَرَتُهُ مَعَ بَقَائِهِ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ كَالشَّجَرِ وَمَا لَمْ يَكُنْ عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا هُوَ نَبْتٌ لَا تُجْنَى ثَمَرَتُهُ مَعَ بَقَائِهِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَصْلٍ ثَابِتٍ أَصْلُ ذَلِكَ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا لَا شُفْعَةَ فِي الزَّرْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ حَتَّى يَيْبَسَ.

(فَصْلٌ) :

وَمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَزَرَعَهَا فَإِنْ جَاءَ الشَّفِيعُ قَبْلَ أَنْ يَنْبُتَ الزَّرْعُ فِيهَا أَخَذَهَا فَزَرَعَهَا وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا شَيْءَ لِلشَّفِيعِ مِنْ الزَّرْعِ وَلَا كِرَاءَ لَهُ فِي الْأَرْضِ، وَإِنْ كَانَ فِي إبَّانِ الزِّرَاعَةِ وَلَمْ يُفَرِّقْ

بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ نَبَتَ أَوَّلًا أَخَذَ الْأَرْضَ دُونَ الزَّرْعِ فَإِنْ أَخَذَ الْأَرْضَ بِزَرْعِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْبُتْ فَلَهُ أَخْذُهَا بِالثَّمَنِ وَبَقِيَّةُ الزَّرْعِ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ يَأْخُذُهَا بِالثَّمَنِ بِمَا أَنْفَقَ لَمْ أَعِبْهُ بَلْ هُوَ أَقْيَسُ وَاسْتُحْسِنَ الْأَوَّلُ قَالَ مُحَمَّدٌ بَلْ يَأْخُذُهَا بِالثَّمَنِ وَبَقِيَّةِ مَا أَنْفَقَ مِنْ الْبَذْرِ وَالْعِلَاجِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَأْخُذُ الْأَرْضَ وَالزَّرْعَ بِالثَّمَنِ وَالنَّفَقَةِ كَمَنْ اشْتَرَى نَخْلًا لَمْ يُؤَبَّرْ فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بَعْدَ الْإِبَارِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَزَرَعَهَا فَجَاءَ الشَّفِيعُ قَبْلَ أَنْ يَنْبُتَ الزَّرْعُ فَعَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شُفْعَةَ فِي الزَّرْعِ جُمْلَةً وَعَلَى مَذْهَبِ أَشْهَبَ الشُّفْعَةُ فِي الْأَرْضِ وَالزَّرْعِ فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْبُتْ الزَّرْعُ، وَذَلِكَ إذَا أَجْرَى الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ مَجْرَى الِاسْتِحْقَاقِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْبُتَ الزَّرْعُ وَذَلِكَ إذَا أَجْرَى الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ مَجْرَى ذَلِكَ الْبَيْعِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا جَاءَ الشَّفِيعُ وَقَدْ نَبَتَ الزَّرْعُ فَلَا شُفْعَةَ فِي الزَّرْعِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لِلشَّفِيعِ إذَا قَامَ وَالزَّرْعُ أَخْضَرُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ الْأَرْضَ وَالزَّرْعَ بَلْ لَيْسَ لَهُ إلَّا ذَلِكَ وَقَالَ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ لَهُ الشُّفْعَةُ فِي الْأَرْضِ دُونَ الزَّرْعِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ أَنْكَرَ سَحْنُونٌ قَوْلَ أَشْهَبَ فِي الزَّرْعِ وَقَالَ بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شُفْعَةَ فِي الزَّرْعِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا ثَمَرَةٌ مُتَغَذِّيَةٌ بِالْأَصْلِ كَالثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ تَيْبَسْ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا لَيْسَ لَهَا أَصْلٌ ثَابِتٌ وَلَا هُوَ مِنْ آلَاتِ الْأَصْلِ فَلَمْ تَثْبُتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ كَالثِّيَابِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا يَكُونُ لِلْحَائِطِ مِنْ الْبِئْرِ، أَوْ الْعَيْنِ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ ثَابِتَةٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَصْلًا ثَابِتًا وَمَنْفَعَةً مَقْصُودَةً عَلَى الْأَرْضِ فَكَانَ لَهَا حُكْمُهَا فِي الشُّفْعَةِ إذَا كَانَ بَيْعًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا يُبَاعُ مِنْ الْأَرْضِ مِنْ آلَةِ الْحَائِطِ فَذَكَرَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ؛ لِأَنَّ فِيهِ صَلَاحَ الْحَائِطِ وَعِمَارَتَهُ كَالْبِئْرِ وَالْعَيْنِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَنَى جَمَاعَةٌ فِي الْأَرْضِ عَارِيَّةً فَبَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ مِنْ النَّقْضِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ رَبُّ الدَّارِ مَبْدَأٌ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ مَنْقُوضًا، أَوْ الثَّمَنِ فَإِنْ أَبَى فَلِشَرِيكِهِ أَخْذُ ذَلِكَ بِالثَّمَنِ قَالَ أَشْهَبُ لَا شُفْعَةَ فِي ذَلِكَ لِإِشْرَاكِهِ إذْ لَا مِلْكَ لَهُمْ فِي الْعَرْصَةِ وَهُوَ بَيْعٌ فَاسِدٌ بَاعَ جَمِيعُهُمْ، أَوْ أَحَدُهُمْ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْأَرْضِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ وَيُؤَدِّيَ قِيمَتَهُ، أَوْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَلَا يَدْرِي الْمُبْتَاعُ مَا اشْتَرَى وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَ مُحَمَّدٌ هُوَ الصَّوَابُ.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْحَبْسِ يَبْنِي فِيهِ جَمَاعَةٌ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فَأَرَادَ وَرَثَتُهُ بَيْعَ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْبِنَاءِ أُسْتُحْسِنَ أَنْ يَكُونَ لِإِخْوَتِهِ الشُّفْعَةُ.

[الشُّفْعَةُ فِي الْكِرَاءِ] 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الشُّفْعَةُ فِي الْكِرَاءِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الشُّفْعَةِ فِي الْكِرَاءِ فَأَخَذَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ بِقَوْلِهِ لَا شُفْعَةَ فِيهِ وَهُوَ الَّذِي رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَالْمُغِيرَةُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَأَخَذَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ بِقَوْلِهِ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَذَلِكَ فِي كِرَاءِ الدُّورِ وَالْمَزَارِعِ سَوَاءٌ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَصِحُّ فِيهَا الْقِسْمَةُ بِالْحُدُودِ فَلَمْ تَثْبُتْ

(203/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا مَعَ قَوْمٍ فِي أَرْضٍ بِحَيَوَانٍ عَبْدٍ، أَوْ وَلِيدَةٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ الْعُرُوضِ فَجَاءَ الشَّرِيكُ يَأْخُذُ بِشُفْعَتِهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَوَجَدَ الْعَبْدَ، أَوْ الْوَلِيدَةَ قَدْ هَلَكَا وَلَمْ يَعْلَمْ أَحَدٌ قَدْرَ قِيمَتِهِمَا فَيَقُولُ الْمُشْتَرِي قِيمَةُ الْعَبْدِ أَوْ الْوَلِيدَةِ مِائَةُ دِينَارٍ وَيَقُولُ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ الشَّرِيكُ بَلْ قِيمَتُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا قَالَ مَالِكٌ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي أَنَّ قِيمَةَ مَا اشْتَرَى بِهِ مِائَةُ دِينَارٍ، ثُمَّ إنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ أَخَذَ، أَوْ يَتْرُكَ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ الشَّفِيعُ بِبَيِّنَةٍ أَنَّ قِيمَةَ الْعَبْدِ، أَوْ الْوَلِيدَةِ دُونَ مَا قَالَ الْمُشْتَرِي)

[المنتقى]

فِيهَا الشُّفْعَةُ كَالثِّيَابِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْفَصِلُ وَلَا تَتِمُّ إلَّا بِالْأَصْلِ الَّذِي يُقْسَمُ بِالْحُدُودِ

فَتَثْبُتُ فِيهَا الشُّفْعَةُ كَالثَّمَرَةِ النَّامِيَةِ وَبِمِثْلِ هَذَا احْتَجَّ ابْنُ الْمَوَّازِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَارُ الشُّفْعَةَ فِيهَا.

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ نَصٌّ فِي أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِي مَالٍ بَعْدَ قِسْمَتِهِ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَسَائِرُ الْكُوفِيِّينَ بِإِثْبَاتِ الشُّفْعَةِ لِلْجَارِ الْمُلَاصِقِ دُونَ الْمُحَاذِي وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ أَهْلُ الْمَدِينَةِ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ وَالْحُدُودُ وَاقِعَةٌ بَيْنَ الْمُتَجَاوِرَيْنِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا مُتَمَيِّزَ الْحَقِّ عَنْ مِلْكِ الْمُجَاوِرِ فَلَمْ تَثْبُتْ لَهُ شُفْعَةٌ كَالْجَارِ الْمُحَاذِي وَهُوَ مَعْنَى مَا رَوَى ابْنُ الْمُسَيِّبِ أَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَكُونُ إلَّا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا بِعَرْضٍ، ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقِيمَةِ ذَلِكَ الْعَرْضِ إذَا كَانَ غَيْرَ مَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ وَلَا مَعْدُودٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ إنْ اشْتَرَاهُ عَلَى جُزَافٍ فَعَلَى الشَّرِيكِ قِيمَةُ ذَلِكَ الْحُلِيِّ يُقَوَّمُ ذَهَبُهُ بِالْفِضَّةِ وَيُقَوَّمُ فِضَّتُهُ بِالذَّهَبِ، وَكَذَلِكَ الْجُزَافُ مِنْ السَّبَائِكِ وَالرَّصَاصِ وَالنُّحَاسِ وَالطَّعَامِ الْمُصَبَّرِ وَأَمَّا إنْ اشْتَرَاهُ الْمُشْتَرِي بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ، أَوْ مَعْدُودٍ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مِثْلُهُ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مَغْلُوبٌ عَلَى التَّسْلِيمِ وَإِنَّمَا يُرَاعَى بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ فِي الْعَقْدِ الْمَوْقُوفِ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عَلَى أَنَّ فِيهِ اخْتِلَافًا بَيْنَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْعَرْضُ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ الْمُشْتَرِي مُؤَجَّلًا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيمَةِ الْعَرْضِ إلَى أَجَلِهِ عَلَى مِثْلِ مَا هُوَ عَلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ قَبْلَ مَعْرِفَتِهِمَا بِقِيمَةِ الْعَرْضِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا غَلَطٌ وَلَا يَأْخُذُهُ إلَّا بِقِيمَةِ الْعَرْضِ إلَى أَجَلِهِ وَقَدْ رَوَاهُ أَيْضًا عَنْ أَشْهَبَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَإِنَّمَا تُؤْخَذُ الْقِيمَةُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ بِعَرَضٍ مُعَجَّلٍ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَرَضَ الْمُعَيَّنَ يُبَاعُ إذَا اُسْتُحِقَّ انْتَقَضَ الْبَيْعُ وَالْمَبِيعُ الْمَوْصُوفُ فِي الذِّمَّةِ إذَا اُسْتُحِقَّ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبَضَهُ لَمْ يَنْقُضْ الْبَيْعَ وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُهُ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْعُرُوضَ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُ مِثْلِهَا؛ لِأَنَّهَا مِمَّا لَا مِثْلَ لَهَا وَإِنَّمَا يَجِبُ فِيهَا الْقِيمَةُ كَالْمُعَيَّنِ مِنْهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اشْتَرَى الشِّقْصَ بِدَيْنٍ عَلَى الْبَائِعِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ ذَلِكَ الدَّيْنِ عَرَضًا مِنْ الْعُرُوضِ كَالْحِنْطَةِ وَالزَّبِيبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَتَعَجَّلُ ثَمَنَهُ وَحَكَى ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّ الدَّيْنَ يَقُومُ بِعَرَضٍ، ثُمَّ يَقُومُ الْعَرَضُ بِعَيْنٍ، ثُمَّ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِذَلِكَ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الشَّفِيعَ لَا يَأْخُذُهُ إلَّا بِمِثْلِ ذَلِكَ الدَّيْنِ، أَوْ يَتْرُكُ وَلَوْ كَانَ الْبَائِعُ غَرِيمًا دَفَعَ الْعَرَضَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ وَقَالَهُ أَشْهَبُ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَإِنْ كَثُرَتْ الْقِيمَةُ فِيهِ وَقَالَ أَصْبَغُ لَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِ الدَّيْنِ إلَّا أَنْ يَهْضِمَ لَهُ هَضْمِيَّةً بَيِّنَةً فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ لَا بِقِيمَةِ الدَّيْنِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الدَّيْنَ كَالْعَرَضِ؛ وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ فِيهِ زَكَاةٌ إلَّا بِمِثْلِ مَا تَجِبُ بِعُرُوضِ التِّجَارَةِ فَوَجَبَ أَنْ يُقَوَّمَ لِلشَّفِيعِ وَإِنَّمَا دَفَعَ فِيهِ الْعَرَضَ؛ لِأَنَّ تَقْوِيمَ الْعَرَضِ يُؤَدِّي إلَى التَّفَاضُلِ فِي الْعَيْنِ فِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ التَّسَاوِي وَإِنَّمَا قُوِّمَ الْعَرَضُ مَرَّةً أُخْرَى بِالْعَيْنِ عَلَى

(204/6)

. . . .

[المنتقى]

قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ التَّقْوِيمَ إنَّمَا شُرِعَ فِي الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَخْتَلِفُ فِيهِ الْأَسْوَاقُ وَلَا الْبِلَادُ؛ وَلِذَلِكَ اُتُّفِقَ عَلَى أَنَّهُ أَصْلُ الْأَثْمَانِ وَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ وَإِنَّمَا دَخَلَ الْعَرَضُ فِيهِ لِلتَّحَايُلِ لِيَسْلَمَ مِنْ التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْ الْعَيْنِ وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ مِثْلُ هَذَا فِي الْمَبِيعِ لِمَنْعِ الذَّرَائِعِ، وَذَلِكَ حُكْمٌ يَخْتَصُّ بِالْبَيْعِ دُونَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ التَّقْوِيمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ اشْتَرَى بِالْعَيْنِ فَلَا يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ إلَّا بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى الْمُشْتَرِي وَالْبَيْعُ يَكُونُ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ، وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ إلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ، وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْقِيمَةِ، أَوْ نَقَصَ وَإِنَّمَا رَاعَى أَصْبَغُ الْهَضْمَ الْكَثِيرَ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْهِبَةِ مِنْ جُمْلَةِ الدَّيْنِ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ بَعْضَ الثَّمَنِ بَعْدَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ، وَإِنْ طَرَحَ الْكَثِيرَ لَا تَأْثِيرَ لَهُ وَالْيَسِيرُ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي الثَّمَنِ فَكَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَأْخُذُ بِمِثْلِ الدَّيْنِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ الدَّيْنُ يَوْمَ قِيَامِ الشَّفِيعِ حَالًّا أَخَذَهُ بِهِ حَالًّا وَإِنْ كَانَ بَقِيَ مِنْ الْأَجَلِ شَيْءٌ فَإِلَى مِثْلِ مَا بَقِيَ مِنْ الْأَجَلِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ إنَّمَا يَسْتَشْفِعُ بِمِثْلِ الدَّيْنِ حَالًّا وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ حُكْمَ الشُّفْعَةِ مُسَاوَاةُ الشَّفِيعِ الْمُشْتَرِي

فِيمَا يَدْفَعُهُ عِوَضًا عَنْ الْمَبِيعِ، وَلَيْسَ مِنْ الْمُسَاوَاةِ أَنْ يُعَجِّلَ لَهُ ثَمَنًا هُوَ مُؤَجَّلٌ عَلَيْهِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي كَانَ عَلَى الْبَائِعِ تَصَوَّرَ فِيهِ أَخْذَ عِوَضِهِ مِنْهُ، وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ فَيَأْخُذُ بِهِ شُفْعَتَهُ وَلَا يَكَادُ يَتَّفِقُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ شَفِيعٍ لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِثْلُ الدَّيْنِ الَّذِي كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ وَإِلَى مِثْلِ أَجَلِهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَزِيدَ فِي الْأَجَلِ وَلَا يَنْقُصَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدْخُلُهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ فَلِذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ مُرَاعَاةُ الْأَجَلِ فِي الشُّفْعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اكْتَرَى إبِلًا إلَى مَكَّةَ بِشِقْصٍ، أَوْ اسْتَأْجَرَ بِهِ أَجِيرًا، أَوْ اكْتَرَى دَارًا سَنَةً فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِمِثْلِ كِرَاءِ الْإِبِلِ وَبِقِيمَةِ الْإِجَارَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ بِمِثْلِ كِرَاءِ الْإِبِلِ إلَى مَكَّةَ مِنْ مِثْلِ صَاحِبِهَا إنْ كَانَ مَضْمُونًا فَعَلَى الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً فَعَلَى التَّعْيِينِ وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْإِجَارَةِ بِمِثْلِ أُجْرَةِ مَنْ اُسْتُؤْجِرَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا تَعَذَّرَتْ الدَّوَابُّ الْمُعَيَّنَةُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، أَوْ مَاتَ الْأَجِيرُ، أَوْ انْهَدَمَ الْمَسْكَنُ فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَلْيَرْجِعْ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ نِصْفِ شِقْصِهِ عَلَى الْمُبْتَاعِ وَلَا يَنْتَقِضُ عَلَى الشَّفِيعِ بِشَيْءٍ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْمُتَكَارِي بِنِصْفِ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ مِنْهُ مِنْ قِيمَةِ كِرَاءِ إبِلِهِ إلَّا أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ كِرَائِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الشِّقْصِ فَيَكُونُ الشَّفِيعُ هُوَ الرَّاجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ كِرَاءِ إبِلِهِ وَيَدْعُ لَهُ مِنْ ذَلِكَ نِصْفَ قِيمَةِ الشِّقْصِ وَنَحْوِهِ لِعَبْدِ الْمَلِكِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَيَقُولُ الْمُشْتَرِي قِيمَةُ الْوَلِيدَةِ مِائَةٌ وَيَقُولُ الشَّفِيعُ قِيمَتُهَا خَمْسُونَ يُرِيدُ أَنَّ مُشْتَرِيَ الشِّقْصَ بِالْوَلِيدَةِ وَالشَّفِيعِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْوَلِيدَةِ الَّتِي هِيَ ثَمَنُ الشِّقْصِ فَيَقُولُ الْمُشْتَرِي قِيمَةُ ذَلِكَ مِائَةٌ لِيَأْخُذَ مِنْ الشَّفِيعِ مِائَةً وَيَقُولُ الشَّفِيعُ خَمْسُونَ لِيَأْخُذَ الشِّقْصَ بِخَمْسِينَ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي يَحْلِفُ عَلَى الْمِائَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الشِّقْصَ فِي يَدِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ فَإِذَا حَلَفَ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الشِّقْصَ بِمِائَةٍ، أَوْ يَتْرُكَهُ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِي اخْتِلَافِ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ فِي الثَّمَنِ إذَا أَتَى الْمُشْتَرِي بِمَا لَا يُشْبِهُ الثَّمَنَ، أَوْ جَهِلُوا الثَّمَنَ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ ابْتَاعَهُ الْمُبْتَاعُ وَنَحْوُهُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ.

وَرُوِيَ عَنْ مُطَرِّفٍ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُبْتَاعِ، وَإِنْ جَاءَ بِسَرَفٍ وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إنْ أَتَى الْمُشْتَرِي بِمَا يُشْبِهُ فَهُوَ مُصَدَّقٌ بِغَيْرِ يَمِينٍ وَفِيمَا لَا يُشْبِهُ بِالْيَمِينِ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يُصَدَّقُ

الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ وَلَا يُصَدَّقُ فِيمَا لَا يُشْبِهُ إلَّا أَنْ يُجَاوِرَهُ مَالِكٌ فَيَصْدُقَ فِيمَا يَتَغَابَنُ بِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ لَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ فِي أَنَّ الشَّفِيعَ لَا يَأْخُذُهُ إلَّا بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي إذَا أَتَى الْمُشْتَرِي بِمَا يُشْبِهُ وَاخْتَلَفُوا إذَا أَتَى بِمَا لَا يُشْبِهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا

(205/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ وَهَبَ شِقْصًا فِي دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ فَأَثَابَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِهَا نَقْدًا، أَوْ عَرَضًا فَإِنَّ الشُّرَكَاءَ يَأْخُذُونَهَا بِالشُّفْعَةِ إنْ شَاءُوا وَيَدْفَعُونَ إلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قِيمَةَ مَثُوبَتِهِ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً فِي دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ فَلَمْ يَثِبْ مِنْهَا وَلَمْ يَطْلُبْهَا فَأَرَادَ شَرِيكُهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَثْبُتْ مِنْهَا فَإِنْ أُثِيبَ فَهُوَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوَابِ)

[المنتقى]

كُلُّهُ إذَا لَمْ يَدَّعِ الشَّفِيعُ مَعْرِفَةَ الثَّمَنِ فَإِنْ ادَّعَى مَعْرِفَتَهُ فَلَا بُدَّ مِنْ يَمِينِ الْمُبْتَاعِ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الشَّفِيعُ وَأَدَّى مَا قَالَ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ يُشِيرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إلَى قَوْلِهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فَوْقَ هَذَا مِنْ الْأَصْلِ وَيَحْلِفُ الْمُبْتَاعُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ صَدَقَ الْبَائِعُ أَحَدَهُمَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ لَا يَنْظُرُ إلَى قَوْلِهِ وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ وَلَا يَأْخُذُ أَحَدَهُمَا إلَّا بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي، وَذَلِكَ أَنَّهُ شَاهِدٌ لِعَقْدٍ عَقَدَهُ فَهُوَ يَشْهَدُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ وَإِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ يَشْهَدَ الشَّاهِدُ عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ، أَوْ قَوْلِ غَيْرِهِ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ مُزَيْنٍ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّهُ دَافِعٌ عَنْ نَفْسِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ يَخْشَى أَنْ يَسْتَحِقَّ الْأَرْضَ فَيَأْخُذَ مِنْهُ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ الَّذِي أَعْطَاهُ وَيَرْجِعَ هُوَ عَلَى الشَّفِيعِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِأَشْهَبَ يَتَحَالَفَانِ وَيُتَفَاسَخَانِ وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ حَلَفَا، أَوْ نَكَلَا فُسِخَ الْبَيْعُ وَبَطَلَتْ الشُّفْعَةُ فَلَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ مَا ادَّعَاهُ الْبَائِعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ مُرْتَقَبَةٌ عَلَى نُفُوذِ الْبَيْعِ فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَحْلِفُ الْمُبْتَاعُ عَلَى قِيمَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ اشْتَرَى بِهِ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ قِيمَتِهِ قَبْلَ

ذَلِكَ، أَوْ نُقْصَانِهِ لَا اعْتِبَارَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا زَادَ أَوْ نَقَصَ عَنْ مِلْكِ مَنْ صَارَ إلَيْهِ وَالْيَمِينُ فِي ذَلِكَ تَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَعَ عَيْنِ السِّلْعَةِ وَالثَّانِي مَعَ وُجُودِهَا فَأَمَّا مَعَ عَدَمِ عَيْنِ السِّلْعَةِ فَإِنَّهُمَا إنْ اتَّفَقَا عَلَى صِفَتِهَا دَعَا لَهَا الْمُقَوِّمُونَ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُبْتَاعِ فِي صِفَتِهَا عَلَى رِوَايَةِ الْمُوَطَّإِ يَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يُقَوِّمُ الْمُقَوِّمُونَ تِلْكَ الصِّفَةَ وَأَمَّا مَعَ وُجُودِ السِّلْعَةِ فَإِنَّهُ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ يَدَّعِيَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا كَانَتْ مِنْ الصِّفَةِ عَلَى غَيْرِ مَا هِيَ عَلَيْهِ الْآنَ وَالثَّانِي أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى ذَلِكَ وَيَخْتَلِفَا فِي صِفَتِهَا يَوْمَ التَّبَايُعِ فَإِمَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَحَدُهُمَا تَغْيِيرًا بِالزِّيَادَةِ وَالْآخَرُ تَغْيِيرًا بِالنُّقْصَانِ، أَوْ يَدَّعِيَ الْمُشْتَرِي مِنْ التَّغْيِيرِ أَقَلَّ مِمَّا يُقِرُّ لَهُ بِهِ الشَّفِيعُ.

(ش) : الْهِبَةُ تَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ وَلِلثَّوَابِ فَأَمَّا الْهِبَةُ لِغَيْرِ الثَّوَابِ فَهِيَ كَالصَّدَقَةِ وَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهَا.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي الْمُخْتَصَرِ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الشُّفْعَةِ فِي شِقْصٍ يُوهَبُ لِغَيْرِ الثَّوَابِ فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي الْهِبَةِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ وَالصَّدَقَةِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا وُجُوبُ الشُّفْعَةِ وَالثَّانِيَةُ إسْقَاطُهَا وَجْهُ الْقَوْلِ بِنَفْيِهَا أَنَّهُ انْتِقَالُ مِلْكٍ بِغَيْرِ عِوَضٍ عَنْهُ فَلَمْ تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ كَالتَّوَارُثِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ انْتِقَالُ مِلْكٍ حَالَ الْحَيَاةِ فَلَمْ يَمْنَعْ الشُّفْعَةَ فِيهِ كَالْهِبَةِ لِلثَّوَابِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا تَبْقَى الشُّفْعَةُ فِيهِ فَانْعَقَدَتْ الْهِبَةُ عَلَى غَيْرِ الثَّوَابِ فَأُثِيبَ فِيهِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ لَا شُفْعَةَ فِيهِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَا فِي عِوَضِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الثَّوَابَ عَنْهَا هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ فَكَانَ لَهَا حُكْمُ الْأَوْلَى.

[الشُّفْعَة فِي الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ] 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ فَالشُّفْعَةُ فِيهَا ثَابِتَةٌ قَوْلًا وَاحِدًا سَوَاءٌ كَانَ الثَّوَابُ نَقْدًا، أَوْ عَرَضًا عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْأَصْلِ وَهَذَا يَقْتَضِي الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بَعْدَ الْإِثَابَةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ حَتَّى يَدْفَعَ الثَّوَابَ، أَوْ يَقْضِيَ بِهِ وَيَعْرِفُ هَذَا قَبْلَ فَوَاتِ الْهِبَةِ قَوْلًا وَاحِدًا وَأَمَّا بَعْدَ فَوَاتِهَا فَفِي الْعُرُوضِ بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ، وَفِي الدُّورِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعِنْدَ أَشْهَبَ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ هُوَ فَوَاتٌ أَيْضًا فِي الرِّبَا فِي الْهِبَةِ لِلثَّوَابِ وَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ إذَا فَاتَتْ بِذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَتْ الْقِيمَةُ وَلَزِمَتْ الشُّفْعَةُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا تَجِبُ

. . . .

[المنتقى]

الشُّفْعَةُ حَتَّى يَدْفَعَ الثَّوَابَ، أَوْ يَقْضِيَ بِهِ وَيَعْرِفَ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ إذْ لَعَلَّهُ يَقُولُ لَمْ أُرِدْ ثَوَابًا فَإِنْ رَأَى النَّاسُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الثَّوَابَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَإِنْ تَرَكَ الثَّوَابَ لِمَوْضِعِ الشُّفْعَةِ فَلَا شُفْعَةَ إلَّا بَعْدَ دَفْعِ الثَّوَابِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الثَّوَابَ مَجْهُولٌ وَإِنَّمَا يَنْفُذُ بِإِنْفَاذِهِ أَوْ بِالْقَضَاءِ بِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ عِنْدِي أَنْ يَقْضِيَ لَهُ بِالشُّفْعَةِ بِالْقِيمَةِ الَّتِي قَدْ لَزِمَتْهُ، وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ شَهِدَ أَنَّهُ قَدْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ الثَّمَنَ فَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ كَوْنُ الثَّمَنِ مَعْلُومًا وَإِنَّمَا ذَلِكَ مِنْ شَرْطِ لُزُومِهَا لَهُ وَهَذَا الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ، وَفِي الْمُوَطَّإِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ مَا لَمْ يَثِبْ مِنْهَا وَمَعْنَى ذَلِكَ إذَا لَمْ يَثِبْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَثَابَ مِنْ الْهِبَةِ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لِأَشْهَبَ إنْ كَانَ قَبْلَ فَوَاتِهَا فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بِجَمِيعِ الْعِوَضِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ فَوَاتِهَا أَخَذَ بِالْأَقَلِّ مِنْ الثَّوَابِ، أَوْ قِيمَةِ الْهِبَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ لَا يَأْخُذُ إلَّا بِقِيمَةِ الْعِوَضِ مَا بَلَغَ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الثَّوَابَ قَبْلَ الْفَوَاتِ ثَوَابٌ لِجَمِيعِ الْهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ بَعْدَ شَيْءٍ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْثَرَ وَبَعْدَ الْفَوَاتِ قَدْ لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ مُبْتَدَأَةً فَمَا زَادَ بَعْدُ فَهُوَ هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ فَلَمْ يَلْزَمْ الشَّفِيعَ وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الثَّوَابَ مُتَنَاوِلٌ لِجَمِيعِ الْهِبَةِ وَمُقَابِلٌ لَهَا وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا قَبْلَ الثَّوَابِ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَفَعَ الْقِيمَةَ قَبْلَ الْفَوَاتِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ غَيْرُهَا، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْفَوَاتِ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ فَهُوَ زِيَادَةٌ فِي الثَّوَابِ لَا هِبَةٌ مُتَمَيِّزَةٌ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ فَإِنْ أُثِيبَ مِنْهَا فَهُوَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوَابِ وَمَسْأَلَةُ الْمُوَطَّإِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُسَاوَاةِ بَيْنَ الْحَالَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَظْهَرَ الْوَاهِبُ هِبَةً لِغَيْرِ ثَوَابٍ وَعَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ وَادَّعَى الشَّفِيعُ الثَّوَابَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يَمِينَ عَلَى الْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ إنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُتَّهَمُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُتَّهَمُ أُحْلِفَ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ رَأَى أَنَّهُ وَهَبَ لِلثَّوَابِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ وَهَبَ عَيْنًا فَالْيَمِينُ عَلَى

الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ عَلَى ابْنِهِ إنْ كَانَ صَغِيرًا، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا عَنْ الثَّوَابِ وَإِنَّمَا وَهَبَ لِصَدَاقَةٍ وَقَرَابَةٍ فَلَا يَمِينَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاجَةٌ وَلَا قَرَابَةٌ وَلَا إخَاءٌ فَالْيَمِينُ فِي ذَلِكَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ انْتِقَالَ الْمَمْلُوكِ يَكُونُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَيَكُونُ بِعِوَضٍ وَمُعْظَمُ أَبْوَابِهِ الْبَيْعُ وَيُلْحَقُ بِهِ الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا وَمِنْ ذَلِكَ الْإِجَارَةُ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ بِسُكْنَى دَارِهِ، أَوْ رُكُوبِ إبِلِهِ فَالشُّفْعَةُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى وَالرُّكُوبَ كَالْعَرَضِ فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ قِيمَةُ الشِّقْصِ يُؤْخَذُ فِي دَمِ الْخَطَأِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِالدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ مَالٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمَالُ مِنْ الْعَيْنِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، أَوْ يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الْإِبِلِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الْإِبِلِ فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ فِيمَنْ اشْتَرَى شِقْصًا بِعُرُوضٍ مُؤَجَّلَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْقِيمَةِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ إنَّمَا يَأْخُذُ بِمِثْلِهَا وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ إبِلَ الدِّيَةِ غَيْرُ مَوْصُوفَةٍ فَلِذَلِكَ عَدَلَ إلَى الْقِيمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ فِي شِقْصٍ فَصَالَحَهُ عَلَى الْإِنْكَارِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَلَوْ صَالَحَهُ بِشِقْصٍ آخَرَ فَلَا شُفْعَةَ فِي الثَّانِيَةِ بِقِيمَةِ مَا ادَّعَاهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى الْإِقْرَارِ فَالشُّفْعَةُ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ عِوَضًا لِغَيْرِ مَالٍ كَدَمِ الْعَمْدِ فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ عِوَضٌ مِنْ الْمَالِ وَإِنَّمَا عِوَضُهُ غَيْرُ مَالٍ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لِعِوَضِهِ قِيمَةٌ أَخَذَ بِقِيمَةِ نَفْسِهِ وَهَذَا إنْ صَالَحَهُ بِالشِّقْصِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَأَمَّا لَوْ صَالَحَهُ عَنْ الدَّمِ بِمَالٍ، ثُمَّ أَخَذَ بِهِ الشِّقْصَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بِمَا كَانَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ دِيَةٍ مُعَجَّلَةٍ أَوْ مُؤَجَّلَةٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الشِّقْصُ يَنْكِحُ بِهِ، أَوْ يُخَالِعُ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ شِقْصٌ مِلْكٍ بِنَوْعٍ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا فِي أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ بِثَمَنٍ إلَى أَجَلٍ فَأَرَادَ الشَّرِيكُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ قَالَ مَالِكٌ إنْ كَانَ مَلِيئًا فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ مَخُوفًا أَنْ لَا يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ فَإِذَا جَاءَهُمْ بِحَمِيلٍ مَلِيءٍ ثِقَةٍ مِثْلُ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشِّقْصَ فِي الْأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ فَذَلِكَ لَهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَا تُقْطَعُ شُفْعَةُ

[المنتقى]

مُعَاوَضَةٍ فَثَبَتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ كَمَا لَوْ مَلَكَ بِالْبَيْعِ وَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يَأْخُذُهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْبِضْعَ لَيْسَ بِمَالٍ فَيَتَقَدَّرُ بِهِ ثَمَنُ الْمَبِيعِ فِيهِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَهْرِ الْمِثْلِ هُوَ الثَّمَنُ فَيَلْزَمُ ذَلِكَ الشَّفِيعَ كَأَخْذِهِ مِنْ دَمٍ عَمْدٍ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَإِنَّ الشَّفِيعَ إنَّمَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ الدَّيْنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّ مِنْ حُكْمِ الشُّفْعَةِ إنْفَاذُهَا بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ فِي قَدْرِهِ وَصِفَتِهِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ بِثَمَنِهِ حَالًّا أَوْ الِانْتِظَارُ إلَى أَنْ يَحِلَّ الْأَجَلُ فَيَأْخُذَهُ بِالنَّقْدِ وَوَجْهُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَلِيًّا فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الْمُمَاثَلَةِ وَهَذَا إذَا تَسَاوَيَا فِي الْمُلَاءِ وَالثِّقَةِ وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَتَمَّ غِنًى مِنْ الشَّفِيعِ وَثِقَةً قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لَمْ يَكُنْ فِي مِثْلِ مُلَاءِ الْمُشْتَرِي فَلْيَأْتِ بِحَمِيلٍ فِي مِثْلِ ثِقَةِ الْمُشْتَرِي وَمُلَائِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَالَّذِي عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ حَمِيلٌ إذَا كَانَ مَلِيًّا ثِقَةً، وَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ أَمْلَأَ مِنْهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا يَلْزَمُ مِنْ التَّسَاوِي فِي الثَّمَنَيْنِ فَكَذَلِكَ فِي الذِّمَّتَيْنِ اللَّتَيْنِ هُمَا مَحِلَّانِ لَهُمَا لَا سِيَّمَا مَعَ التَّأْجِيلِ وَيُؤَيِّدُ هَذَا التَّأْوِيلَ قَوْلُهُ يَأْتِي بِحَمِيلٍ ثِقَةٍ مِثْلُهُ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشِّقْصَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَلَمْ يَشْتَرِطْ هَذَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعَبْدِ الْمَلِكِ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ التَّسَاوِيَ إنَّمَا يَجِبُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ وَهُوَ الْمُلَاءُ أَوْ الْعَدَمُ فَيُعْتَبَرُ بِذَلِكَ دُونَ التَّفَاضُلِ إذْ الذِّمَمُ لَا تَكَادُ تَتَسَاوَى وَلَا تَأْثِيرَ لَهَا فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ كَانَ الشَّفِيعُ أَتَمَّ مُلَاءَةً وَثِقَةً لَمْ يُؤَثِّرْ ذَلِكَ فِي أَخْذِهِ بِالشُّفْعَةِ نَقْصًا مِنْ الثَّمَنِ وَلَا الْأَجَلِ وَلَا إثْبَاتًا لِشُفْعَةٍ حَيْثُ لَا

تَثْبُتُ لِمَنْ كَانَ دُونَهُ فَإِنْ لَمْ تُؤَثِّرْ زِيَادَةُ حَالِ الشَّفِيعِ عَلَى حَالِ الْمُشْتَرِي فَكَذَلِكَ نَقْصُهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنْ كَانَ مَخُوفًا أَنْ لَا يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ فَجَاءَ بِحَمِيلٍ ثِقَةٍ مِثْلَ الْمُشْتَرِي فَذَلِكَ لَهُ فِيهِ مَسْأَلَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّهُ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ كَانَ عَدِيمًا لَمْ يُسْلِمْ إلَيْهِ الشُّفْعَةَ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ تَغْرِيرًا بِالشِّقْصِ لِئَلَّا يُتْلِفَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَلَا يُوجَدُ مَا يُؤْخَذُ مِنْهُ ثَمَنُهُ فَلَا يُسْلَمُ إلَيْهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِحَمِيلٍ ثِقَةٍ، أَوْ رَهْنٍ وَفِيٍّ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ أَمَانًا مِمَّا يَخَافُ مِنْهُ مَعَ الْعَدَمِ وَالْمَسْأَلَةُ الْأُخْرَى تَأْتِي بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ الْمُبْتَاعُ مَلِيًّا فَإِنْ كَانَ عَدِيمًا وَاتَّفَقَا فِي الْعَدَمِ فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ دُونَ حَمِيلٍ وَلَا رَهْنَ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ مُحَمَّدٌ لَا شُفْعَةَ لَهُ أَنْ يَأْتِيَ بِحَمِيلٍ ثِقَةٍ كَانَ الْمُبْتَاعُ، أَوْ عَدِيمًا، أَوْ لَمْ يَكُنْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ مُرَاعَاةِ التَّسَاوِي وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ عُهْدَةَ الْمُشْتَرِي بِالدَّيْنِ عَلَى الشَّفِيعِ وَقَدْ يَثِقُ الْبَائِعُ بِالْمُشْتَرِي بِمَا لَا يَثِقُ بِهِ الْمُشْتَرِي بِالشَّفِيعِ كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَهَبَهُ الثَّمَنَ وَيَتْرُكَهُ لَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ لَمْ يَلْزَمْ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ لَمْ يَقُمْ الشَّفِيعُ حَتَّى حَلَّ الدَّيْنُ وَأَدَّى الثَّمَنَ فَلَهُ الْأَجَلُ مُسْتَأْنِفًا مِثْلَ مَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْهُ وَعَنْ مُطَرِّفٍ وَمَالِكٍ وَزَادَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا وَلَمْ يَأْتِ بِحَمِيلٍ فَقَدْ قَطَعَ السُّلْطَانُ شُفْعَتَهُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَإِنْ وَجَدَ حَمِيلًا بَعْدَ ذَلِكَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ لَا يَأْخُذُهُ بَعْدَ الْأَجَلِ إلَّا بِالنَّقْدِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ التَّمَاثُلِ فِي الْعِوَضَيْنِ وَلِلْأَجَلِ فِي ذَلِكَ تَأْثِيرٌ فَقَدْ يَشْتَرِي الْأَصْلَ بِالتَّأْجِيلِ بِمِثْلَيْ مَا يُشْتَرَى بِالنَّقْدِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ الْأَجَلَ قَدْ كَانَ لَهُمَا جَمِيعًا لِلْمُشْتَرِي وَلِلشَّفِيعِ فَإِذَا انْقَضَى فِي حَقِّهِمَا انْقَضَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(208/6)

الْغَائِبِ غَيْبَتُهُ، وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ، وَلَيْسَ لِذَلِكَ عِنْدَنَا حَدٌّ تُقْطَعُ إلَيْهِ الشُّفْعَةُ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ ثَابِتٌ مَا لَمْ يَتْرُكْ أَوْ يَظْهَرْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّرْكِ أَوْ يَأْتِيَ مِنْ طُولِ الْمُدَّةِ مَا يَعْلَمُ مِنْهُ أَنَّهُ تَارِكٌ لِلشُّفْعَةِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا عَلَى الْفَوْرِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ لَا تُقْطَعُ شُفْعَةُ الْغَائِبِ غَيْبَتُهُ وَلَوْ طَالَتْ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ فِي غَيْبَتِهِ أَنَّهُ عَلَى شُفْعَتِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَغِيبَ عُذْرٌ فِي تَرْكِهِ الْقِيَامَ فِي الشُّفْعَةِ فَلَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ حَقُّهُ كَالْإِغْمَاءِ وَالْجُنُونِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ غَيْبَتُهُ بَعِيدَةً فَإِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً قَالَ أَشْهَبُ فِي الْكِتَابَيْنِ إنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ قَرِيبَةً لَا مُؤْنَةَ عَلَيْهِ فِي الشُّخُوصِ فَهُوَ كَالْحَاضِرِ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَهَذَا إذَا طَالَ زَمَانُهُ وَعَلِمَ بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا مَضَرَّةَ عَلَيْهِ فِي طَلَبِ الشُّفْعَةِ فَكَانَ طُولُ إمْسَاكِهِ عَنْ الْمُطَالَبَةِ بِهَا بِمَعْنَى تَرْكِهَا كَالْحَاضِرِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحَاضِرُ فَقَدْ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّهُ لَا حَدَّ لِذَلِكَ وَالثَّانِي أَنَّ لَهُ حَدًّا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَا يُقْسَمُ» وَهَذَا عَلَى عُمُومِهِ فِي الْأَوْقَاتِ وَالْأَحْوَالِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِ وَكَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِهِ وَقَادِرًا عَلَى إزَالَتِهِ عَنْ نَفْسِهِ بِتَوْقِيفِهِ فَإِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْمُشْتَرِي مِنْ التَّوْقِيفِ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الشَّفِيعِ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ فِي تَرْكِ الشَّفِيعِ عَلَى شُفْعَتِهِ إضْرَارًا بِالْمُشْتَرَى وَمَنْعًا لَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ بِالْعِمَارَةِ وَالْإِنْفَاقِ لَهُ فَكَانَ لَهُ حَدٌّ يَنْتَهِي إلَيْهِ يَأْمَنُ الْمُبْتَاعُ عِنْدَ انْقِضَائِهِ الشُّفْعَةَ وَلَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَرْكُهُ إيقَافَ الشَّفِيعِ كَمَا لَا يَقْطَعُ الشَّفِيعُ تَرْكَهُ الْإِشْهَادَ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِتَحْدِيدِ الْمُدَّةِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ السَّنَةَ وَالسَّنَتَانِ قَرِيبٌ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَقْطَعُ الشُّفْعَةَ مُضِيُّ السَّنَةِ إلَّا أَنْ يُوقَفَ وَقَالَ لَا أَرَى الْخَمْسَ سِنِينَ طُولًا.

وَرُوِيَ عَنْ أَصْبَغَ هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ السَّنَتَيْنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِذَا قُلْنَا بِالسَّنَةِ وَهُوَ الْأَكْثَرُ مِنْ قَوْلِ أَصْحَابِنَا

الْعِرَاقِيِّينَ فَإِنَّ وَجْهَ ذَلِكَ أَنَّ السَّنَةَ قَدْ جُعِلَتْ قَدْرًا لِقَطْعِ الْأَعْذَارِ فِي الْغَيْبَةِ وَغَيْرِهَا فَكَذَلِكَ فِي الْمُتَمَكِّنِ مِنْ الْقِيَامِ بِالشُّفْعَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالسَّنَةِ فَهَلْ يَكُونُ لِمَا قَرُبَ مِنْ السَّنَةِ حُكْمُهَا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ إذَا غَرُبَتْ الشَّمْسُ مِنْ آخِرِ يَوْمٍ مِنْ أَيَّامِ السَّنَةِ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ السَّنَةَ قَرِيبٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي نَفْيَ هَذَا التَّقْدِيرِ.

وَقَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ مَا قَارَبَ السَّنَةَ دَخَلَ فِي حُكْمِهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا حُدَّ بِالسَّنَةِ كَانَ حُكْمُهُ مَقْصُورًا عَلَيْهَا كَالسَّنَةِ الْمَضْرُوبَةِ لِلْعُنَّةِ وَالْجُنُونِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمُدَّةَ الْمَحْدُودَةَ بِالسِّنِينَ إذَا لَمْ تُفْضِ إلَى فُرْقَةٍ كَانَ حُكْمُ مَا قَارَبَ السَّنَةَ حُكْمَ السَّنَةِ أَصْلُ ذَلِكَ مُدَّةُ الرَّضَاعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذِهِ الْمُدَّةُ لِلشَّفِيعِ الْحَاضِرِ فِيمَا لَمْ يُوقَفْ قَبْلَ أَنْ تَنْقَطِعَ شُفْعَتُهُ عَلَى حَدِّ مَا نَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا، أَوْ يَكُونُ لَهُ عُذْرٌ فَلَا تَنْقَطِعُ شُفْعَتُهُ بِمُضِيِّ هَذِهِ الْمُدَّةِ.

وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَيْسَ الْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ وَالضَّعِيفُ وَمَنْ لَا يَسْتَطِيعُ النُّهُوضَ مِثْلَ غَيْرِهِ وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَكَذَلِكَ الْمَرِيضُ وَالصَّغِيرُ وَالْبِكْرُ كَالْغَائِبِ سَوَاءٌ كَانَ الْمَرِيضُ عَالِمًا بِشُفْعَتِهِ أَوْ جَاهِلًا بِهَا.

وَقَالَ أَصْبَغُ الْمَرِيضُ كَالصَّحِيحِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَشْهَدَ فِي مَرَضِهِ قَبْلَ مُضِيِّ وَقْتِ الشُّفْعَةِ أَنَّهُ عَلَى شُفْعَتِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْغَائِبَ إنَّمَا يَبْقَى حُكْمُ شُفْعَتِهِ إذَا لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ وَأَمَّا إذَا عَلِمَ فَإِنَّهُ أَيْضًا يَقْدِرُ عَلَى إشْهَادِهِ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحَاضِرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا زَالَتْ هَذِهِ الْأَعْذَارُ مِنْ الْغَيْبَةِ وَالْمَرَضِ وَالصِّغَرِ وَمَا ذُكِرَ قَبْلَ هَذَا فَإِنَّ لِمَنْ زَالَتْ عَنْهُ مِنْ الْمُدَّةِ بَعْدَ زَوَالِهَا بِمِثْلِ مَا لِلشَّفِيعِ مِنْ الْمُدَّةِ بَعْدَ الشِّرَاءِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مُدَّةَ الْعُذْرِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ بِهَا فَإِذَا زَالَ الْعُذْرُ اُعْتُبِرَ مِنْ وَقْتِ إمْكَانِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِقَدْرِ قِيمَةِ مَا يُعْتَبَرُ لِمُطْلَقِ الدَّوَاعِي مِنْ وَقْتِ

(209/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُوَرِّثُ الْأَرْضَ نَفَرًا مِنْ وَلَدِهِ، ثُمَّ يُولَدُ لِأَحَدِ النَّفَرِ، ثُمَّ يَهْلَكُ الْأَبُ فَيَبِيعُ أَحَدُ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّهُ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ فَإِنَّ أَخَا الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ شُرَكَاءِ أَبِيهِ قَالَ مَالِكٌ

وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا) .

[المنتقى]
الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَهَذَا إذَا كَانَ الصَّغِيرُ لَا وَلِيَّ لَهُ مِنْ أَبٍ، أَوْ وَصِيٍّ أَوْ مُقَدَّمٍ مِنْ حَاكِمٍ فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ مِنْهُمْ فَإِنَّ لَهُ مِنْ الْمُدَّةِ مِثْلَ مَا لِغَيْرِ الْمَحْجُورِ إلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْوَلِيُّ قَبْلَ ذَلِكَ فَإِنْ تَرَكَ الْوَلِيُّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ سَنَةً فَلَا شُفْعَةَ لَهُ قَالَهُ أَشْهَبُ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ عَلِمَ الْوَلِيُّ بِالشُّفْعَةِ وَعَلِمَ مِنْهُ فِي ذَلِكَ تَفْرِيطَ وَتَضْيِيعَ فَلَا شُفْعَةَ لِلصَّبِيِّ إذَا بَلَغَ بَعْدَ خَمْسِ سِنِينَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ؛ لِأَنَّ وَلِيَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ وَقَوْلُ مَالِكٍ هَذَا عَلَى أَنَّ مُدَّةَ الشُّفْعَةِ خَمْسُ سِنِينَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْغَيْبَةُ مُتَّصِلَةً مِنْ قَبْلِ وَقْتِ الِابْتِيَاعِ وَأَمَّا إنْ كَانَ حَاضِرًا عِنْدَ الِابْتِيَاعِ، ثُمَّ غَابَ فَطَالَتْ غَيْبَتُهُ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الشُّفْعَةِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الشَّفِيعِ يَكُونُ حَاضِرًا عِنْدَ الْبَيْعِ، ثُمَّ يَغِيبُ عَشْرَ سِنِينَ، أَوْ أَكْثَرَ إنْ كَانَ خُرُوجُهُ فِي مُدَّةٍ لَوْ قَامَ فِيهَا ثَبَتَتْ لَهُ الشُّفْعَةُ وَكَانَ سَفَرُهُ سَفَرًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْقَضِيَ أَمَدُ الشُّفْعَةِ فَقَدْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ يَرْجِعُ مِنْ مِثْلِهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ أَمَدِ الْغَيْبَةِ فَمَنَعَهُ مَانِعٌ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا كَانَ تَارِكًا لِلشُّفْعَةِ وَسَوَاءٌ أَشْهَدَ عِنْدَ خُرُوجِهِ، أَوْ لَمْ يَشْهَدْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ خَرَجَ فِي مُدَّةٍ كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ إلَى سَفَرٍ يَنْقَضِي قَبْلَ أَمَدِ الشُّفْعَةِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْحَاضِرِ يَتْرُكُ الشُّفْعَةَ إلَى آخِرِ أَمَدِهَا فَإِنَّهُ إذَا قَامَ فِي بَقِيَّةٍ مِنْ أَمَدِ الشُّفْعَةِ كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ عَاقَهُ مِنْ ذَلِكَ عَائِقٌ أَبْقَى لَهُ حَقَّ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهَا إنَّمَا تَنْقَطِعُ بِعَدَمِ الْعَوَائِقِ؛ وَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَجْ أَنْ يُشْهِدَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى شُفْعَتِهِ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْمُدَّةِ يَشْهَدُ لَهُ بِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الشَّفِيعُ حَاضِرًا وَالْمُشْتَرِي غَائِبًا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لِأَشْهَبَ سَوَاءٌ غَابَ بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ اشْتَرَاهَا فِي غَيْبَتِهِ، أَوْ اشْتَرَاهَا لَهُ وَكِيلٌ فَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ، وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَةُ الْمُشْتَرِي قَالَ وَلَوْ قَامَ بِشُفْعَتِهِ لَحَكَمَ لَهُ بِهَا فَإِنْ لَمْ يَقُمْ لَمْ يَضُرَّهُ تَأْخِيرُهُ لِعُذْرِهِ لِتَجَشُّمِ الْخُصُومَةِ فَإِنَّ كِتَابَةَ عُهْدَتِهِ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِهِ حَسَنٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْوَكِيلُ يَبْنِي وَيَهْدِمُ وَيُكْرِي بِحَضْرَةِ الشَّفِيعِ لَمْ يَقْطَعْ ذَلِكَ شُفْعَتَهُ مَا لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا عَلَى دَفْعِ الشُّفْعَةِ عَنْ الْمُشْتَرِي قَالَهُ أَشْهَبُ وَقَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ إذَا كَانَ الْوَكِيلُ يَبْنِي وَيَهْدِمُ بِحَضْرَةِ الشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَلِيَ ذَلِكَ مَعَهُ يُرِيدُ لِشَرِكَتِهِ فِي ذَلِكَ قَالَ وَهَذَا يَقْطَعُ شُفْعَتَهُ قَالَ وَلَوْ لَمْ يَلِ ذَلِكَ مَعَهُ وَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ عَلِمَ بِذَلِكَ وَهُوَ حَاضِرٌ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ إذَا مَضَى مِنْ الْمُدَّةِ مَا تَنْقَطِعُ إلَيْهِ الشُّفْعَةُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ السَّنَةَ قَرِيبٌ وَلَا تَقْطَعُ الشُّفْعَةَ فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ يَمِينٌ أَنَّهُ لَمْ يَسْكُتْ هَذِهِ الْمُدَّةَ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلشُّفْعَةِ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْلِفُ إنْ قَامَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ بَعْدَ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ خَمْسَةٍ وَلَا يَحْلِفُ بَعْدَ شَهْرَيْنِ فَعَلَى هَذَا الْمُدَّةِ عَلَى أَضْرُبٍ مِنْهَا مَا يَقْصُرُ كَالشَّهْرَيْنِ وَمَا كَانَ لَهُ حُكْمُهُمَا فَهَذَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ دُونَ يَمِينٍ وَمَا هُوَ أَطْوَلُ مِنْهَا كَالسَّبْعَةِ أَشْهُرٍ وَمَا كَانَ لَهُ حُكْمُهَا فَهَذَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ وَطَوِيلُ الْمُدَّةِ مَا زَادَ عَلَى السَّنَةِ فِي رِوَايَةِ أَشْهَبَ فَهَذَا تَنْقَطِعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إنْ عَلِمَ بِالشِّرَاءِ وَثَبَتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ إقْرَارِهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْعِلْمَ بِهِ وَهُوَ مُقِيمٌ بِالْبَلَدِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنَّهُ مُصَدَّقٌ وَلَوْ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَعْوَامٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَإِنَّ الْأَرْبَعَةَ لَكَثِيرٌ وَلَا يُصَدَّقُ فِي أَكْثَرَ مِنْهَا.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْإِخْوَةَ إذَا وَرِثُوا أَرْضًا فَيُتَوَفَّى أَحَدُهُمْ عَنْ وَلَدٍ وَرِثُوهُ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدُ الْوَلَدِ نَصِيبَهُ فَإِنَّ إخْوَةَ الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مَا بَاعَ مِنْ أَعْمَامِهِ؛ لِأَنَّ شَرِكَتَهُمْ أَخُصُّ فَتَخْتَصُّ بِمَضَرَّةِ الشَّرِكَةِ وَتَبْعِيضِ السِّهَامِ وَبِسَبَبِ إزَالَةِ الضَّرَرِ مِنْ الْقِسْمَةِ فَكَانَتْ الشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ أَوْلَى.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْمُشْتَرِي وَالْوَارِثُ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ لَيْسَ الْمُشْتَرِي كَالْوَرَثَةِ وَلَا الْعَصَبَةُ كَأَهْلِ السِّهَامِ الْمَفْرُوضَةِ فَيَحْتَمِلُ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ يَأْخُذُ كُلُّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ إنْ كَانَ قَلِيلًا فَقَلِيلًا، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَبِقَدْرِهِ، وَذَلِكَ إذَا تَشَاحُّوا فِيهَا قَالَ مَالِكٌ فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ حَقَّهُ فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ أَنَا آخُذُ مِنْ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي إنْ شِئْت أَنْ تَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَسْلَمْتهَا إلَيْك، وَإِنْ شِئْت أَنْ تَدَعَ فَدَعْ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا خَيَّرَهُ فِي هَذَا وَأَسْلَمَهُ إلَيْهِ فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا، أَوْ يُسَلِّمَهَا إلَيْهِ فَإِنْ أَخَذَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ) .

[المنتقى]

الْقَوْلُ الَّذِي فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ الْمُخَالَفَةَ لِرِوَايَةِ الْعُتْبِيَّةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَا الْوَارِثَ الْوَاحِدَ يُشَارِكُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ فِي الشُّفْعَةِ وَرِوَايَةُ الْعُتْبِيَّةِ فِي جَمَاعَةِ وَرَثَةٍ يَرِثُونَ أَبَاهُمْ أَنَّ بَعْضَهُمْ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ فِيمَا بَاعَهُ أَشْرَاكُهُمْ مِنْ الْوَرَثَةِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْوَرَثَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ أَهْلُ سَهْمٍ وَغَيْرُ أَهْلِ سَهْمٍ فَأَمَّا أَهْلُ السَّهْمِ كَالْجَدَّتَيْنِ تَشْتَرِكَانِ فِي السُّدُسِ وَالْأَخَوَاتُ الشَّقَائِقُ وَالْأَخَوَاتُ لِلْأَبِ يَشْتَرِكْنَ فِي الثُّلُثَيْنِ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ يَشْتَرِكُونَ فِي الثُّلُثِ وَالزَّوْجَاتُ يَشْتَرِكْنَ فِي الرُّبْعِ، أَوْ الثُّمُنِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَهْلُ السَّهْمِ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ مَا بَاعَ أَهْلُ سَهْمِهِ مِنْ سَائِرِ الْوَرَثَةِ فَإِنْ تَرَكُوا الشُّفْعَةَ فَأَهْلُ الْمِيرَاثِ أَحَقُّ مِنْ الشُّرَكَاءِ الَّذِينَ لَا يُشَارِكُونَ بِذَلِكَ الْمِيرَاثَ فَإِنْ سَلَّمَ أَهْلُ الْمِيرَاثِ فَسَائِرُ الشُّرَكَاءِ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ قَالَ وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ أَصْحَابُ مَالِكٍ الْمُغِيرَةُ وَغَيْرُهُ إلَّا ابْنَ دِينَارٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَعَ أَهْلِ السِّهَامِ عَصَبَةٌ فَبَاعَ أَحَدُ الْعَصَبَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الشُّفْعَةُ لِأَهْلِ السِّهَامِ وَالْعَصَبَةِ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ إلَّا أَشْهَبَ فَإِنَّهُ قَالَ الشُّفْعَةُ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ دُونَ أَهْلِ السِّهَامِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ آحَادَ الْعَصَبَةِ مُشَارِكُونَ لِجُمْلَةِ أَهْلِ السَّهْمِ فَلِذَلِكَ كَانَ أَهْلُ السَّهْمِ بِمَنْزِلَتِهِمْ فِي حُقُوقِهِمْ وَآحَادُ أَهْلِ السَّهْمِ لَا يُشَارِكُونَ الْعَصَبَةَ وَإِنَّمَا يُشَارِكُونَهُمْ بِالْجُمْلَةِ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ مُتَقَدِّمَةٌ وَقَدْ تَسَاوَوْا فِي ذَلِكَ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ مَعْنَى التَّعْصِيبِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْوِرَاثَةُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ؛ وَلِذَلِكَ لَا تَتَقَرَّرُ سِهَامُهُمْ وَلَا تَخْتَصُّ بِسَهْمٍ مَا وَحَقُّ أَهْلِ السَّهْمِ التَّقْدِيمُ عَلَى الْعَصَبَةِ بِذَلِكَ السَّهْمِ؛ وَلِذَلِكَ يَضْرِبُونَ بِهِ عِنْدَ الْعَوْلِ وَالْعَصَبَةُ يَسْقُطُونَ عِنْدَ الْعَوْلِ فَكُلُّ حَقٍّ لِلْعَصَبَةِ شَارَكَهُمْ فِيهِ أَهْلُ السَّهْمِ بِذَلِكَ وَحُقُوقُ أَهْلِ السَّهْمِ مَقْصُورَةٌ عَلَيْهِمْ لِاخْتِصَاصِهِمْ بِالسَّهْمِ وَحُقُوقِهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى لَهُمْ بِثُلُثٍ، أَوْ بِسَهْمٍ فَبَاعَ أَحَدُهُمْ فَإِنَّ شُرَكَاءَهُ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ مِنْ الْوَرَثَةِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَقَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لِلْوَرَثَةِ الدُّخُولُ مَعَهُمْ وَهَذَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ حُكْمِ الْوَصِيَّةِ مَعَ أَهْلِ السِّهَامِ.

[الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ إنَّ الشُّفْعَةَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ مَا لَهُمْ مِنْ الْأَنْصِبَاءِ فِي الْمَالِ الْمَبِيعِ بَعْضُهُ وَلَيْسَتْ الشُّفْعَةُ عَلَى عَدَدِ الشُّرَكَاءِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَالَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا وَجَبَتْ لِشَرِكَتِهِمْ لَا لِعَدَدِهِمْ فَوَجَبَ تَفَاضُلُهُمْ فِيهَا بِتَفَاضُلِ الشَّرِكَةِ قَالَ مُحَمَّدٌ كَعِتْقِ رَجُلَيْنِ نُصِيبَهُمَا فِي عَبْدٍ فَالتَّقْوِيمُ عَلَيْهِمَا بِقَدْرِ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَهَذَا عِنْدِي مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ لَهُ مِنْ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ، وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا فَقَلِيلًا وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَبِقَدْرِهِ، وَذَلِكَ إذَا تَشَاحُّوا فِيهِ يَقْتَضِي أَنَّهُمْ إنْ لَمْ يَتَشَاحُّوا جَازَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا الشُّفْعَةَ عَلَى غَيْرِ هَذَا، وَإِنْ لَمْ يُعْطِ الْقَلِيلُ النَّصِيبَ مِنْ ذَلِكَ مِثْلَ مَا يُعْطِي مَنْ كَثُرَ نَصِيبُهُ، أَوْ أَكْثَرَ.

وَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَا تَجُوزُ هِبَةُ الشُّفْعَةِ وَلَا بَيْعُهَا وَالْمُشْتَرِي لِلشِّقْصِ أَحَقُّ بِذَلِكَ مِمَّنْ وَهَبَهُ إيَّاهَا الشَّفِيعُ أَوْ بَاعَهَا مِنْهُ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْمَوْهُوبَ لَهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الشُّفْعَةِ وَالشَّفِيعُ الَّذِي أَعْطَى أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ مِنْهَا لَهُ حَقٌّ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنَّمَا صَارَ لَهُ نَصِيبُهُ بِالْمُشَاحَّةِ مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ اسْتِحْقَاقَهُ وَلَوْ تَرَكَ جَمِيعُهُمْ الشُّفْعَةَ لَكَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهَا فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَهَبَهُ شَرِيكَهُ بَعْضَ الشُّفْعَةِ أَوْ جَمِيعَهَا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى تَرْكِهِ الْأَخْذَ بِهَا.

– 1

(211/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْأَرْضَ فَيُعَمِّرُهَا بِالْأَصْلِ يَضَعُهُ فِيهَا، أَوْ الْبِئْرِ يَحْفِرُهَا، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا إلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا عَمَّرَ فَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا عَمَّرَ كَانَ أَحَقَّ بِالشُّفْعَةِ وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا) .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ فَإِمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ أَنَا آخُذُ مِنْ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي إمَّا أَنْ تَأْخُذَ الْكُلَّ، أَوْ تَدَعَ الشُّفْعَةَ فَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ إلَّا ذَلِكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ فَيَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ أَنَّ رَجُلًا أَجْنَبِيًّا اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَاءِ الْمَالِكِ فَنَسَبَهُ إلَيْهِ بِمَعْنَى الْمِلْكِ كَمَا يَقُولُ صَاحِبُهُ وَمَالِكُهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ الشُّرَكَاءِ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ فَيَكُونُ الضَّمِيرُ مِنْ شُرَكَائِهِ عَائِدًا إلَى الْمُشْتَرِي فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ الشُّرَكَاءِ فَأَرَادَ رَجُلٌ مِنْ جُمْلَةِ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ الشُّفْعَةِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي إمَّا أَنْ تَأْخُذَ الْجَمِيعَ، أَوْ تَدَعَ الْجَمِيعَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ سَائِرُ الشُّرَكَاءِ غَائِبًا، أَوْ حُضُورًا فَإِنْ كَانُوا حُضُورًا وَأَبَوْا الْأَخْذَ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ، أَوْ يَتْرُكَ فَإِنْ تَرَكَ فَلَا رُجُوعَ لَهُ فِي الشُّفْعَةِ فَإِنْ أَخَذَ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنْ الشُّرَكَاءِ بَعْدَ التَّرْكِ الدُّخُولُ مَعَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ وَالتَّرْكُ لَهَا مُسْقِطٌ لِخِيَارِ الشُّفْعَةِ عَلَى وَجْهِ اللُّزُومِ فَإِذَا انْعَقَدَ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَقَدْ لَزِمَ فِي الْجِهَتَيْنِ فَلَا رُجُوعَ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ أَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ الْجَمِيعَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي مَنْعُهُ مِنْ أَخْذِ الْجَمِيعِ قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ التَّبْعِيضِ فَكَمَا لَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يُبَعِّضَهَا عَلَى الْمُشْتَرِي كَذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي تَبْعِيضُهَا عَلَى الشَّفِيعِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ إنْ كَانَ الْمُسَلِّمُ لِلشُّفْعَةِ سَلَّمَهَا عَلَى وَجْهِ الْهِبَةِ لِلْمُبْتَاعِ فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إلَّا قَدْرُ سَهْمِهِ وَلِلْمُبْتَاعِ سَهْمُ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ كَانَ تَسْلِيمُهُ عَلَى وَجْهِ كَرَاهِيَةِ الْأَخْذِ فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْجَمِيعِ فَإِنْ أَبَى فَلَا شُفْعَةَ لَهُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ هِبَةُ الشُّفْعَةِ لَكِنَّهُ إنَّمَا جَوَّزَ هِبَتَهَا لِمَنْ لَهُ حَقٌّ فِي مِلْكِهَا كَالْمُشْتَرِي وَإِذَا تَرَكَهَا الشَّفِيعُ وَلَمْ يَهَبْهَا فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ فَقُدِّمَ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ إشْرَاكُهُ غَيْبًا لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ دُونَ حِصَّةِ أَشْرَاكِهِ الْغُيَّبِ حَتَّى يُقْدِمُوا وَلْيَأْخُذْ الْآنَ الْكُلَّ، أَوْ يَتْرُكَ فَإِنْ تَرَكَ فَلَا دُخُولَ لَهُ مَعَ أَصْحَابِهِ إذَا قَدِمُوا وَأَخَذُوا الشُّفْعَةَ فَإِنْ قَدِمَ وَاحِدٌ مِمَّنْ غَابَ قِيلَ لَهُ خُذْ الْجَمِيعَ أَوْ اُتْرُكْ الْجَمِيعَ وَلَوْ أَخَذَ الْحَاضِرُ الْجَمِيعَ فَمَنْ قَدِمَ دَخَلَ مَعَهُ فِي الشُّفْعَةِ إنْ أَرَادَ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ حِصَّتِهِمَا كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ شَرِيكٌ غَيْرُهُمَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَقَالَهُ أَشْهَبُ فِي غَيْرِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا إنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَحَدَ الشُّرَكَاءِ فَأَرَادَ أَحَدُ شُرَكَائِهِ أَنْ يَأْخُذَ الشُّفْعَةَ وَسَلَّمَهَا سَائِرُهُمْ وَقَالَ الشَّفِيعُ إنَّك شَفِيعٌ مَعِي فَأَنَا أَتْرُكُ لَك بِقَدْرِ حِصَّتِك مِنْ الشُّفْعَةِ فَلَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا إلَّا مَا تَحْتَمِلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ التَّأْوِيلِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُلْزِمَ الشَّفِيعَ بِأَخْذِ الْكُلِّ، أَوْ التَّرْكِ، وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إلَّا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَكْثَرُ مَا فِيهِ أَنَّهُ شَفِيعٌ تَارِكٌ فَإِنْ أَرَادَ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ أَخَذَ الْكُلَّ وَإِلَّا بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَهِيَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ لَا بِالشُّفْعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمُشْتَرِي إذَا اشْتَرَى الْأَرْضَ فَعَمَّرَهَا فَإِنَّ عِمَارَتَهُ لَهَا تَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: بِالْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ وَمَا لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ وَالثَّانِي مَا لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ مِنْ الزِّرَاعَةِ وَالْحَرْثِ وَالْإِصْلَاحِ فَأَمَّا مَا كَانَتْ عِمَارَتُهُ بِمَا لَهُ أَصْلٌ ثَابِتٌ فَإِنَّ الشَّفِيعَ لَا شُفْعَةَ لَهُ إلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا عَمَّرَ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَمَّرَ بِوَجْهِ حَقٍّ؛ لِأَنَّهُ عَمَّرَ فِي مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالْقَطْعِ وَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ بِالشُّفْعَةِ وَيُشَارِكَهُ الْمُشْتَرِي بِالْعِمَارَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ازْدِيَادٌ مِنْ ضَرُورَةِ الشَّرِكَةِ الَّتِي شُرِعَتْ الشُّفْعَةُ لِنَفْيِهَا وَتَصَوُّرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي

(212/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ أَرْضٍ، أَوْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ فَلَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ الشُّفْعَةِ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِي فَأَقَالَهُ قَالَ لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَالشَّفِيعُ

[المنتقى]
اشْتَرَى الْأَرْضَ كُلَّهَا فَعَمَّرَ فِيهَا وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لَهُ فَاسْتَحَقَّ رَجُلٌ مِنْهَا حِصَّةً وَأَرَادَ أَخْذَ الْبَاقِي بِالشُّفْعَةِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ اشْتَرَى الْأَرْضَ، ثُمَّ أَتَى رَجُلٌ بَعْدَ أَنْ عَمَّرَ فَأَدْرَكَ فِيهَا حَقًّا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ اسْتَحَقَّ مِنْهَا جُزْءًا، أَوْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَتَمَلَّكَ جَمِيعَهَا وَأَمَّا مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ فَبَنَى فِيهَا، ثُمَّ قَامَ الشَّفِيعُ فَإِنَّ الْعِمَارَةَ تَقُومُ مَطْرُوحَةً نَقْضًا فَإِنْ شَاءَ الشَّفِيعُ أَخَذَ ذَلِكَ بِقِيمَتِهِ مَنْقُوضًا وَإِلَّا أَمَرَهُ بِقَلْعِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالْبُنْيَانِ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا غَرَسَ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنَّمَا لَهُ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَهْدِمُ قَبْلَ ذَلِكَ وَيَبْنِي وَيَغْرِسُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ لِلْغَارِسِ مَا أَنْفَقَ، وَلَيْسَ بِصَوَابٍ وَقَدْ يُنْفِقُ فِي غِرَاسٍ وَحَفْرِ عُيُونِ الْمَاءِ الْكَثِيرِ وَلَا يَنْبُتُ مِنْهُ إلَّا الْيَسِيرُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَنَحْوُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا يُرِيدُ يَسْتَحِقُّ مِنْهَا جُزْءًا وَهَذَا الْجُزْءُ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ وَقَدْ بَنَى فِيهِ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ حَتَّى يَدْفَعَ إلَى الْمُشْتَرِي قَدْرَ حِصَّةِ ذَلِكَ الْجُزْءِ مِنْ الْبِنَاءِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ بَنَى بِوَجْهِ حَقٍّ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّهُ إتْلَافٌ لِمَا بَنَى وَغَرَسَ فَإِنْ أَبَى الْمُسْتَحِقُّ مِنْ أَنْ يَدْفَعَ إلَى الْمُشْتَرِي قِيمَةَ مَا بَنَى قِيلَ لِلْمُشْتَرِي ادْفَعْ إلَيْهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ دُونَ الْعِمَارَةِ الْمَذْكُورَةِ مِنْ الْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ الْمُسْتَحِقُّ بِقِيمَةِ أَرْضِهِ وَالْمُشْتَرِي بِقِيمَةِ بِنَائِهِ، أَوْ غَرْسِهِ وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ الْخِلَافِ فِي إحْيَاءِ الْمَوَاتِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَقِّ الْآخَرِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُمْكِنُ إزَالَتُهُ مِنْهُ إلَّا بِالضَّرَرِ وَقَدَّمَ مَالِكٌ الْأَرْضَ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ أَقْدَمُ؛ وَلِأَنَّ الْأَرْضَ أَثْبَتُ فِي الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ مِنْ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ فَإِذَا أَبَى لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الشِّرَاءِ مَا لَا يُرِيدُ شِرَاءَهُ وَعَرَضَ عَلَى الْآخَرِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ فَإِنْ أَجَابَ إلَى ذَلِكَ وَامْتَنَعَ مِنْهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ لِضَعْفِ جَنَبَتِهِ مِنْ الْإِبَايَةِ عَنْ تَخْلِيصِ الْمِلْكِ فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي أَيْضًا شَرِكَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ هَذَا الْحُكْمَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنْ يُجْبَرَ فِيهِ عَلَى الْبَيْعِ إذَا دَعَا إلَيْهِ الْآخَرُ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الشِّرَاءِ مَنْ أَبَاهُ فَلَمْ يَبْقَ إلَّا التَّشْرِيكُ بَيْنَهُمَا.

1 –

(فَرْعٌ) فَإِنْ دَفَعَ الْمُشْتَرِي إلَى الْمُسْتَحِقِّ قِيمَةَ أَرْضِهِ وَأَرَادَ الْمُسْتَحِقُّ أَخْذَ بَقِيَّةِ الْأَرْضِ بِالشُّفْعَةِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ قَالَ أَشْهَبُ وَلَسْت أَرَاهُ وَجْهَ نَفْيِ الشُّفْعَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ أَشْهَبُ مِنْ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى أَخَذَ قِيمَةَ شِقْصِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا ثَبَتَتْ لِنَفْيِ الضَّرَرِ وَقَدْ خَرَجَ عَنْ الشِّقْصِ الَّذِي كَانَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الشُّفْعَةَ قَدْ ثَبَتَتْ لَهُ بِشِرَاءِ الْمُشْتَرِي وَقَدْ تَقَدَّمَ مِلْكُهُ فَبَيْعُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنْ الشُّفْعَةِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بِوَقْتِ وُجُوبِهَا وَهُوَ وَقْتُ شِرَاءِ الْمُشْتَرِي وَيَجِيءُ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِوَقْتِ الْأَخْذِ دُونَ وَقْتِ الْوُجُوبِ فَإِنَّ بَيْعَهُ لِحِصَّتِهِ الَّتِي بِهَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ تَرْكٌ لِشُفْعَتِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إنَّمَا ثَبَتَتْ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ فَإِذَا بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ الْمِلْكِ لَمْ يَبْقَ مَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ لِنَفْيِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَكَانَ بَيْعُهُ لِحِصَّتِهِ يَقْتَضِي تَرْكَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَرْعٌ) فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي مِنْ دَفْعِ قِيمَةِ الْأَرْضِ وَرَجَعَا إلَى الشَّرِكَةِ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الْأَرْضِ مِثْلَ قِيمَةِ الْبِنَاءِ فَهُمَا شَرِيكَانِ بِنِصْفَيْنِ وَهَلْ تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا الشُّفْعَةُ قَالَ أَشْهَبُ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ لَا شُفْعَةَ لَهُ فِي النِّصْفِ

الْآخَرِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْغَصْبِ لِابْنِ الْمَوَّازِ تَكُونُ لَهُ الشُّفْعَةُ بِمَا أَحْدَثَ فِيهِ مِنْ الْبِنَاءِ فَيَكُونُ لَهُ نِصْفُهُ أَيْضًا بِرُبْعِ ثَمَنِ الدَّارِ وَرُبْعِ قِيمَةِ الْبِنَاءِ بَعْدَ أَنْ يُحْتَسَبَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِرُبْعِ قِيمَةِ النَّقْضِ الَّذِي هُدِمَ مَنْقُوضًا.

(213/6)

أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ بَاعَهَا بِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا فِي دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ وَحَيَوَانًا وَعُرُوضًا فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَطَلَبَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ، أَوْ الْأَرْضِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي خُذْ مَا اشْتَرَيْت جَمِيعًا فَإِنِّي إنَّمَا اشْتَرَيْته جَمِيعًا قَالَ مَالِكٌ بَلْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَوْ الْأَرْضِ بِحِصَّتِهَا مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ يُقَامُ كُلُّ شَيْءٍ اشْتَرَاهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حِدَتِهِ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، ثُمَّ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ بِالَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ الْقِيمَةِ مِنْ رَأْسِ الثَّمَنِ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ شَيْئًا إلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى حَسَبِ مَا قَالَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَمْنَعُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ قَدْ وَجَبَ فِي الشِّقْصِ الْمُشْتَرَى وَأَثْبَتَ لَهُ الْخِيَارَ فِي أَخْذِهِ أَوْ تَرْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ أَنْ يُسْقِطَا حَقَّهُ مِنْهُ بِالْإِقَالَةِ وَلَا بِغَيْرِهَا وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَهَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْإِقَالَةِ وَتَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَمْ لَا مَبْنِيٌّ عَلَى اخْتِلَافِ قَوْلِهِمْ فِي الْإِقَالَةِ هِيَ بَيْعٌ حَادِثٌ أَمْ نَقْضُ بَيْعٍ فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهَا نَقْضُ بَيْعٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْإِقَالَةِ وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَتَبْطُلُ الْإِقَالَةُ لَمَّا كَانَتْ مُبْطِلَةً لِحَقِّ الشَّفِيعِ بَعْدَ وُجُوبِهِ وَلُزُومِهِ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَلَوْ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ وَهُوَ الَّذِي قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ قَالَ أَشْهَبُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ إنْ رَأَى أَنَّ الْإِقَالَةَ كَانَتْ لِقَطْعِ الشُّفْعَةِ فَهِيَ بَاطِلٌ وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ، وَإِنْ رَأَى أَنَّهَا عَلَى الصِّحَّةِ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَإِذَا قُلْنَا أَنَّهَا بَيْعٌ حَادِثٌ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ، أَوْ بِالْإِقَالَةِ فَتَكُونُ عُهْدَتُهُ إنْ شَاءَ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ شَاءَ عَلَى الْمُشْتَرِي مَعَ التَّسَاوِي فِي الثَّمَنِ وَلَوْ كَانَتْ الْإِقَالَةُ بِأَقَلَّ مِنْ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، أَوْ أَكْثَرَ فَهُوَ بَيْعٌ حَادِثٌ وَلَا خِلَافَ فِيهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ، أَوْ الثَّانِي أَيِّهِمَا شَاءَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْإِقَالَةُ قَبْلَ تَسْلِيمِ الشُّفْعَةِ فَإِنْ كَانَتْ بَعْدَ تَسْلِيمِ الشُّفْعَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ لِأَشْهَبَ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِعُهْدَةِ الْإِقَالَةِ، وَكَذَلِكَ الشُّفْعَةُ فِي الشَّرِكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِقَالَةَ بَعْدَ تَسْلِيمِ الشُّفْعَةِ بَيْعٌ حَادِثٌ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ سَلَّمَهَا قَبْلَ الْإِقَالَةِ كَمَنْ بَاعَ شَرِيكَهُ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ بَاعَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ بِالْبَيْعِ الثَّانِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا مِنْ دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ مِمَّا فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَعَهُ فِي الصَّفْقَةِ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ مِنْ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ مِنْ الْعُرُوضِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ ذَلِكَ الْحَائِطِ كَعَبِيدِهِ الْعَامِلِينَ فِيهِ وَدَوَابِّهِ وَآلَتِهِ أَوْ يَكُونَ مِمَّا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِهِ فَإِنْ كَانَ مِنْ آلَتِهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّ مَا بِيعَ مَعَ الْحَائِطِ مِنْ آلَتِهِ وَرَقِيقِهِ أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ؛ لِأَنَّ صَلَاحَ الْحَائِطِ لَا يَتِمُّ إلَّا بِهِ كَالْعَيْنِ تُبَاعُ مَعَ الْأَرْضِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالدَّوَابُّ وَالرَّقِيقُ وَالْآلَةُ أَنَّهُ كَبَعْضِهِ يُرِيدُ أَنَّ الشُّفْعَةَ فِيهِ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ لِلْحَائِطِ قَالَ إلَّا أَنْ يَكُونَ إنَّمَا أُضِيفَ إلَيْهِ يَوْمُ الصَّفْقَةِ وَقَدْ كَانَ أُخْرِجَ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ فَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَإِنَّمَا يَكُونُ لَهُ حُكْمُ التَّبَعِ إذَا كَانَ قَدْ أَثَّرَ فِي الْحَائِطِ عَمَلُهُ، أَوْ الْعَمَلُ بِهِ فَأَمَّا مَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ بَعْدُ فِي الْحَائِطِ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ تَأْثِيرٌ فَلَا يَكُونُ صِفَةً مِنْ صِفَاتِ الْحَائِطِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْمُسَاقَاةِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ غَيْرَ مُتَعَلِّقٍ بِالْمَبِيعِ وَلَا تَبَعًا لَهُ مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ شِقْصًا وَثَوْبًا بِثَمَنٍ مَا أَنَّ الثَّمَنَ يَفِضْ عَلَى الشِّقْصِ وَالثَّوْبِ وَمَا أَصَابَ الشِّقْصَ فَهُوَ ثَمَنُهُ وَبِهِ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ إنْ شَاءَ وَمَا أَصَابَ الثَّوْبَ فَهُوَ ثَمَنُهُ وَيَبْقَى لِلْمُشْتَرِي قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَلَوْ اسْتَوْجَبَ الشِّقْصَ قَبْلَ الْمَعْرِفَةِ بِمَا يَقَعُ عَلَيْهِ مِنْ الثَّمَنِ لَمْ يَجُزْ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَسْتَوْجِبَهُ عَلَى أَنَّهُ عَلَيْهِ بِمَا يُصِيبُهُ مِنْ الْقِيمَةِ دُونَ خِيَارٍ لَهُ عِنْدَ مَعْرِفَةِ الْقِيمَةِ فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَأَمَّا أَنْ يَسْتَوْجِبَهُ عَلَى أَنِّي قَدْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الثَّمَنَ فَلِذَلِكَ تَأْثِيرٌ عِنْدِي فِي طُولِ أَمَدِ الشُّفْعَةِ وَلَا يُقَالُ فِيهِ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ بَاعَ شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ فَسَلَّمَ بَعْضُ مَنْ لَهُ فِيهَا الشُّفْعَةَ لِلْبَائِعِ وَأَبَى بَعْضُهُمْ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ بِشُفْعَتِهِ أَنَّ مَنْ أَبَى أَنْ يُسَلِّمَ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ وَيَتْرُكَ مَا بَقِيَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي نَفَرٍ شُرَكَاءَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ فَبَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ وَشُرَكَاؤُهُ غُيَّبٌ كُلُّهُمْ إلَّا رَجُلًا فَعَرَضَ عَلَى الْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكَ فَقَالَ أَنَا آخُذُ بِحِصَّتِي وَأَتْرُكُ حِصَصَ شُرَكَائِي حَتَّى يَقْدُمُوا فَإِنْ أَخَذُوا فَذَلِكَ، وَإِنْ تَرَكُوا أَخَذْت جَمِيعَ الشُّفْعَةِ قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ لَهُ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ كُلَّهُ، أَوْ يَتْرُكَ فَإِنْ جَاءَ شُرَكَاؤُهُ أَخَذُوا مِنْهُ، أَوْ تَرَكُوا إنْ شَاءُوا فَإِذَا عَرَضَ هَذَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ فَلَا أَرَى لَهُ شُفْعَةً) .

[المنتقى]
لِأَنَّهُ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الْخِيَارِ إذَا عَرَفَ الثَّمَنَ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ بَاعَ شِقْصًا وَقَمْحًا بِدَنَانِيرَ فَلَا بُدَّ مِنْ تَقْوِيمِ الشِّقْصِ وَالْقَمْحِ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا اشْتَمَلَتْ الصَّفْقَةُ عَلَيْهِمَا فَلَا سَبِيلَ إلَى مَعْرِفَةِ حِصَّةِ الشِّقْصِ إلَّا بِمَعْرِفَةِ قِيمَةِ الشِّقْصِ وَقِيمَةِ الْقَمْحِ فَيَفِضْ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا وَلَوْ بَاعَ مِنْهُ شِقْصًا أَوْ مِائَةَ دِرْهَمٍ بِدِينَارٍ فَلَا بُدَّ أَيْضًا مِنْ تَقْوِيمِ الدَّرَاهِمِ وَالشِّقْصِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ بِتَجْوِيزِ الصَّرْفِ وَالْبَيْعِ مَعًا.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي خُذْ مَا اشْتَرَيْت جَمِيعًا فَإِنِّي إنَّمَا اشْتَرَيْته جَمِيعًا فَإِنَّهُ إنَّمَا يَأْخُذُ مَا فِيهِ الشُّفْعَةُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الشَّفِيعَ وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ لَجَازَ وَكَانَ بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا؛ وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ شَيْئًا إلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ.

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ بَعْضَ الشُّفَعَاءِ إذَا سَلَّمَ الشُّفْعَةَ وَأَرَادَ بَعْضُهُمْ الْأَخْذَ بِهَا فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ شَفِيعٌ فَلَا تَتَبَعَّضُ عَلَيْهِ الشُّفْعَةُ لِلْمُشْتَرِي كَمَا لَوْ انْفَرَدَ.
1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يُسَوِّغَهُ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي، أَوْ يَمْنَعَهُ مِنْهُ فَإِنْ سَوَّغَهُ ذَلِكَ جَازَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي اسْتِيعَابِ الشُّفْعَةِ إنَّمَا هُوَ حَقٌّ لَهُمَا وَغَيْرُ خَارِجٍ عَنْهُمَا فَإِذَا رَضِيَا بِتَرْكِهِ ذَلِكَ جَازَ كَالْبَيْعِ وَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى مَا قَالَ فِي الْأَصْلِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ إلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ، أَوْ يَتْرُكَ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لِمَا عَلَى الْمُشْتَرِي فِي أَخْذِ الشَّفِيعِ بَعْضَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْ الشِّقْصِ مِنْ الضَّرَرِ بِتَبْعِيضِ صَفْقَتِهِ وَأَخْذِ بَعْضِهَا وَإِلْزَامِهِ سَائِرَهَا.

(ش) : قَوْلُهُ فِي نَفَرٍ شُرَكَاءَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ وَصَفَ الْبَيْعَ بِأَنَّهُ مِنْ دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى سَبِيلِ التَّمْثِيلِ وَالتَّقْرِيبِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الدَّارِ الْوَاحِدَةِ فِي ذَلِكَ وَالدُّورِ الْكَثِيرَةِ وَلَوْ بَا عَ رَجُلٌ حِصَّتَهُ مِنْ ثَلَاثَةِ دُورٍ لَكَانَ الشَّفِيعُ إنَّمَا يَأْخُذُ مَا اشْتَرَاهُ فِي الثَّلَاثِ الدُّورِ، أَوْ يَتْرُكُ الْكُلَّ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْ إحْدَى الدُّورِ وَيَتْرُكَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْ سَائِرِهَا إذَا كَانَ شَرِيكُهُ فِي جَمِيعِهَا وَكَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَى ذَلِكَ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ مَضَرَّةِ تَبْعِيضٍ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا، ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْكَثِيرَ مِنْهَا فَإِنَّ لَهُ رَدَّ سَائِرِهَا لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ الطَّارِئَةِ بِالِاسْتِحْقَاقِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلَيْنِ شِقْصًا مِنْ دَارَيْنِ وَشَفِيعُهُمَا وَاحِدٌ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ حَظَّ الْبَائِعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَقَالَهُ فِي غَيْرِهَا ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَغَيْرُهُ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ تَبْعِيضٌ بِصَفْقَةِ الْمُشْتَرِي فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لِلشَّفِيعِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مِنْ وَاحِدٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اشْتَرَى ثَلَاثَةُ رِجَالٍ مِنْ ثَلَاثَةِ رِجَالٍ دَارًا أَوْ أَرْضًا وَنَخْلًا وَشَفِيعُ ذَلِكَ كُلِّهِ رَجُلٌ وَاحِدٌ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ إنَّمَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ كُلَّهُ، أَوْ يَتْرُكَ سَوَاءٌ اشْتَرَى ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ، أَوْ ثَلَاثَةٌ مِنْ وَاحِدٍ، أَوْ وَاحِدٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ إذَا كَانَ فِي صَفْقَةٍ فَأَمَّا شِرَاءُ وَاحِدٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا الشُّفْعَةُ فِيمَا اشْتَرَى ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٌ مِنْ وَاحِدٍ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى الْإِشَاعَةِ بَيْنَهُمْ فَبَيِّنٌ أَيْضًا.

وَقَدْ أَشَارَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ إلَى أَنَّ هَذَا مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ وَقَالَ أَنَّ لَهُ أَخْذَ حِصَّةِ أَحَدِهِمْ دُونَ الْبَاقِينَ، وَإِنْ كَانَ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَظَّ رَجُلٍ انْفَرَدَ

(مَا لَا تَقَعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ) (ص) : (قَالَ مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ إذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فِي الْأَرْضِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَلَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلَا فِي فَحْلِ النَّخْلِ قَالَ مَالِكٌ وَعَلَى هَذَا الْأَمْرِ عِنْدَنَا قَالَ مَالِكٌ وَلَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا، أَوْ لَمْ يَصْلُحْ قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِي عَرْصَةِ دَارٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا، أَوْ لَمْ يَصْلُحْ) .

[المنتقى]

بِهِ فَمَا أَعْلَمُ وَجْهَ الصَّفْقَةِ لِذَلِكَ وَلَا يَظْهَرُ عِنْدِي فِيهِ وَجْهٌ لِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَبْعِيضٌ لِصَفْقَةِ أَحَدِهِمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَشْتَرِيَانِ حِصَّةَ رَجُلٍ مِنْ أَرْضٍ لَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ اشْتِرَاكِهِمَا فِي الْمَبِيعِ وَالصَّفْقَةِ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ هُوَ أَحَبُّ إلَيْنَا وَقَالَهُ سَحْنُونٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بِعْتَ حَظًّا مِنْ دَارَيْنِ مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ حَظٌّ شَفِيعٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخْذُ مَا هُوَ شَفِيعٌ فِيهِ دُونَ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ يَفِضْ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ مَا يُصِيبُ مَا يَأْخُذُهُ مِنْ الثَّمَنِ لَكَانَ أَخْذُهُ بَاطِلًا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنْفَاذُ الْبَيْعِ بِثَمَنٍ مَجْهُولٍ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى الشُّفْعَةَ بَيْعًا أَنْ يُنَفِّذَ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ فَيَلْزَمُ الشَّفِيعَ وَالْمُشْتَرِي وَأَمَّا قَوْلُ الشَّفِيعِ قَدْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ وَلَمْ يَعْرِفْ الثَّمَنَ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِأَخْذٍ لَازِمٍ لَهُ وَلَهُ الْخِيَارُ إذَا عَرَفَ الثَّمَنَ، وَلَكِنْ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي أَخْذِ الشُّفْعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا لَا تَقَعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ]

(ش) : قَوْلُهُ وَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فِي الْأَرْضِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لِلْجَارِ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ إذَا مَيَّزَتْ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْقِسْمَةِ فَقَدْ خَرَجُوا عَنْ حُكْمِ الشَّرِكَةِ إلَى حُكْمِ الْمُجَاوَرَةِ وَالْحَدِيثُ الَّذِي وَرَدَ أَنَّ الْجَارَ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الشَّرِيكِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» وَهَذَا وَاضِحٌ فِي ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِئْرَ لَا أَرْضَ لَهَا مُشَاعَةً وَلَا يُقْسَمُ مَاؤُهَا وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ آبَارِ الشَّفَةِ، أَوْ آبَارِ سَقْيِ الْأَرْضِ إلَّا أَنَّ الْأَرْضَ قَدْ بِيعَتْ دُونَهَا، أَوْ قُسِمَتْ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ قَاسَمَ شَرِيكَهُ الْأَرْضَ وَالنَّخْلَ، ثُمَّ بَاعَهُ نَصِيبَهُ مِنْ الْعَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَلَوْ لَمْ يُقَاسِمْهُ النَّخْلَ وَالْأَرْضَ حَتَّى بَا عَ نَصِيبَهُ مِنْ الْعَيْنِ لَكَانَ لَهُ الشُّفْعَةُ فِيهَا وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْبِئْرَ وَالْعَيْنَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا شُفْعَةٌ بِنَفْسِهِمَا فَإِذَا كَانَتْ تَبَعًا لِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ حَتَّى تَكُونَ مَنْفَعَتُهَا مَصْرُوفَةً إلَيْهَا وَتَكُونَ صِفَةً مِنْ صِفَاتِهَا ثَبَتَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ وَإِذَا لَمْ تَكُنْ تَبَعًا لَهَا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَآبَارُ النَّخْلِ وَعُيُونُهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا مَا يَكُونُ عَدَدًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمِنْهَا الْوَاحِدَةُ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَأَمَّا مَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي الْأَرْضِ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ لَهَا بِئْرَانِ، أَوْ عَيْنَانِ فَاقْتَسَمَا الْبِئْرَيْنِ، أَوْ الْعَيْنَيْنِ خَاصَّةً فَبَاعَ أَحَدُهُمَا عَيْنَهُ أَوْ بِئْرَهُ وَحِصَّةَ الْأَرْضِ فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةَ فِي الْأَرْضِ دُونَ الْبِئْرِ بِمَا يُصِيبُ الْأَرْضَ مِنْ الثَّمَنِ تُقَوَّمُ الْأَرْضُ بِلَا بِئْرٍ وَالْبِئْرُ بِلَا أَرْضٍ وَقَالَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَوْ بَا عَ الْبِئْرَ دُونَ أَرْضٍ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الْمَبِيعَ مَقْسُومٌ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَأَمَّا إنْ كَانَتْ بِئْرًا وَاحِدَةً فَلَا يَصِحُّ فِيهَا قِسْمَةٌ وَلَا شُفْعَةَ فِيهَا إلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الشُّفْعَةَ فِي النَّخْلَةِ الْوَاحِدَةِ وَالشَّجَرَةِ الْوَاحِدَةِ وَلَمْ أَرَ أَحَدًا مِنْ أَصْحَابِنَا صَرَّحَ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ قِيَاسُ مَا قَدَّمْنَاهُ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ إنْ كَانَتْ الْأَرْضُ بَاقِيَةً عَلَى الْإِشَاعَةِ فَالشُّفْعَةُ فِيهَا وَإِنْ أُفْرِدَتْ بِالْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَتْ أَرْضُهَا مَقْسُومَةً وَلَا أَرْضَ لَهَا فَلَمْ يَجْعَلُوا الشُّفْعَةَ فِيهَا لِنَفْسِهَا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ وَإِنَّمَا جَعَلُوا الشُّفْعَةَ فِيهَا بِسَبَبِ الْأَرْضِ وَصَرْفِ جَمِيعِ مَنَافِعِهَا إلَيْهَا وَعَلَى هَذَا كَانَ

(216/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ عَلَى أَنَّهُ فِيهَا بِالْخِيَارِ فَأَرَادَ شُرَكَاءُ الْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذُوا مَا بَا عَ شَرِيكُهُمْ بِالشُّفْعَةِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ الْمُشْتَرِي أَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ لَهُمْ حَتَّى يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي وَيَثْبُتَ لَهُ الْبَيْعُ فَإِذَا وَجَبَ لَهُ الْبَيْعُ فَلَهُمْ الشُّفْعَةُ)

[المنتقى]

يَجِبُ أَنْ لَا تَكُونَ الشُّفْعَةُ فِي الْعَدَدِ الْكَثِيرِ فِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَرْضٌ، وَإِنْ احْتَمَلَ الْقِسْمَةَ وَإِذَا ثَبَتَتْ

الشُّفْعَةُ فِي الْكَثِيرِ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا أَصْلٌ ثَابِتٌ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِي كَثِيرِهَا إذَا انْفَرَدَتْ عَنْ الْأَرْضِ، وَفِي الْوَاحِدَةِ مِنْهَا، وَإِنْ انْفَرَدَتْ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الشُّفْعَةَ فِي الشَّجَرَةِ الْوَاحِدَةِ وَلَا يَرَى الشُّفْعَةَ فِيهَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إلَّا إذَا اتَّصَلَ بِهَا مِنْ الْأَرْضِ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ تَكُونُ الْعَيْنُ الْوَاحِدَةُ لَا تَحْتَمِلُ رَقَبَتُهَا الْقِسْمَةَ وَيَكُونُ مَاؤُهَا يُقْسَمُ بِالْقَلْدِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الشُّفْعَةَ فِي مَائِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُلَّاكُهَا شُرَكَاءَ فِي الْأَرْضِ الَّتِي تُسْقَى بِتِلْكَ الْعَيْنِ وَأَهْلُ كُلِّ قَلْدٍ يَتَشَافَعُونَ بَيْنَهُمْ دُونَ إشْرَاكِهِمْ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا شُفْعَةَ فِيهَا إذَا قُسِمَتْ الْأَرْضُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا أَصْلٌ ثَابِتٌ يَخْرُجُ مِنْهُ عَيْنٌ مِنْ الْمَنْفَعَةِ مَقْصُودَةٌ يَتْبَعُ أَصْلَهُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ فَتَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ كَالثَّمَرَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى الشُّفْعَةَ فِي الثَّمَرَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجْعَلَ الْعُيُونَ وَالْآبَارَ مِمَّا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ آحَادَهُ لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالْأَرْضِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيهَا الشُّفْعَةُ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ إذَا كَانَتْ مِنْ صِفَاتِ الْأَرْضِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا شُفْعَةَ فِي فَحْلِ النَّخْلِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ تَكُونَ نَخْلَةً وَاحِدَةً يُحْتَاجُ إلَيْهَا لِتَلْقِيحِ الْحَائِطِ فَإِنْ كَانَ الْحَائِطُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ أَرْبَابِ الْفَحْلِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَيْنِ، أَوْ الْبِئْرِ لَهَا أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ النَّخْلَةِ مِنْ الْفَحْلِ حَائِطٌ يُلَقَّحُ بِهَا فَحُكْمُهُ حُكْمُ النَّخْلَةِ الْوَاحِدَةِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إذَا قُسِمَ الْحَائِطُ وَبَقِيَ الْفَحْلُ وَالْفَحْلَانِ وَلَا يَقْدِرُ أَنْ يَقْسِمَ فَلَيْسَ ذَلِكَ شُفْعَةً.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا شُفْعَةَ فِي النَّخْلَةِ الْوَاحِدَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْقَسِمُ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ فِي الشَّجَرَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَأَصْبَغُ، وَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى إثْبَاتِ الشُّفْعَةِ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ مِنْ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ كَالدَّارِ الصَّغِيرَةِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ لَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا، أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ وَلَا عَرْصَةٍ، وَإِنْ صَلُحَ فِيهَا الْقَسْمُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الطَّرِيقَ لَا شُفْعَةَ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الِاشْتِرَاكِ فِي الْمَنَافِعِ عَلَى صُورَتِهَا؛ وَلِذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ فِيهَا شُفْعَةٌ كَمَجْرَى

الْمَاءِ وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا أَرَى أَنْ يَقْسِمَ مَجْرَى الْمَاءِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَقْسِمُ الطَّرِيقَ إذَا أَبَى ذَلِكَ أَحَدُهُمْ وَهَذَا يَقْتَضِي مَعْنَى الشُّفْعَةِ فِيهِ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا عَرْصَةُ الدَّارِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إذَا قُسِمَتْ الْبُيُوتُ وَبَقِيَتْ الْعَرْصَةُ فَلِأَحَدِهِمْ بَيْعُ نَصِيبِهِ مِنْ الْبُيُوتِ وَالْعَرْصَةِ وَلَا شُفْعَةَ لِشَرِيكِهِ فِي الْعَرْصَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْإِشَاعَةِ وَقَدْ خَرَجَتْ عَنْ أَنْ تَكُونَ تَبَعًا لِلْبُيُوتِ الَّتِي فِيهَا الشُّفْعَةُ بِقِسْمَةِ الْبُيُوتِ.

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ اللُّزُومِ تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَمُلَ وَانْتَقَلَ بِهِ الْبَيْعُ إلَى مِلْكِ الْمُبْتَاعِ وَإِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْخِيَارِ فَالْمَبِيعُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَلَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ قَالَ مَالِكٌ وَسَوَاءٌ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لِلْمُشْتَرِي قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِأَجْنَبِيٍّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ صَارَ إلَيْهِ الشِّقْصُ بِبَيْعِ الْخِيَارِ لَهُ الشُّفْعَةُ

. . . .

[المنتقى]

فِي بَيْعِ الْبَتْلِ سَوَاءٌ صَارَ إلَى الْبَائِعِ، أَوْ الْمُشْتَرِي وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ ذَهَبَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ لِلْبَائِعِ بِالْخِيَارِ فِي بَيْعِ الْبَتْلِ نَفَذَ بَيْعُ الْخِيَارِ، أَوْ رُدَّ.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَقَالَ أَشْهَبُ الشُّفْعَةُ لِمُبْتَاعِ الْبَتْلِ فِيمَا بِيعَ بِالْخِيَارِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ مُرَاعًى فَإِنْ نَفَذَ الْبَيْعُ عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ انْتَقَلَ الْمَبِيعُ بَعْدَ الْبَيْعِ إلَى الْمُشْتَرِي، وَإِنْ رَدَّ عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَبَيَّنَ بِإِنْفَاذِ الْبَيْعِ، أَوْ رَدَّ مُسْتَحِقُّ الشُّفْعَةِ فِي بَيْعِ الْبَتْلِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْمَبِيعَ بَاقٍ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَهُوَ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ نَفَذَ الْبَيْعُ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّمَا هُوَ بَيْعٌ حَاضِرٌ بَعْدَ وُقُوعِ الْبَتْلِ فَالشُّفْعَةُ فِي بَيْعِ الْبَتْلِ لِلْبَائِعِ كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ فِيهِ

الْخِيَارُ وَبَاعَ حِصَّتَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ وَأَمَّا قَوْلُ أَشْهَبَ فَمَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ عَقْدَ الْخِيَارِ قَدْ مَنَعَ الْبَائِعَ الشُّفْعَةَ لِعَقْدِهِ فِي حِصَّتِهِ عَقْدَ بَيْعِ الْبَتْلِ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فَإِذَا نَفَذَ الْبَيْعُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ كَانَ لِمُشْتَرِي الْبَتْلِ الشُّفْعَةُ فِيمَا أَنْفَذَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ بَيْعِ الْخِيَارِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ سَلَّمَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ وَكَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِهَا إذَا تَمَّ الْبَيْعُ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إذَا تَرَكَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ فَالشُّفْعَةُ لِمُشْتَرِي الْبَتْلِ فِيمَا بِيعَ بِالْخِيَارِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْخِيَارِ إنَّمَا يَثْبُتُ يَوْمَ يَخْتَارُ وَقَالَهُ أَشْهَبُ فَتُحْمَلُ رِوَايَةُ ابْنِ الْمَوَّازِ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ لَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ وَلَا التَّسْلِيمُ قَبْلَ لُزُومِ الْعَقْدِ وَمَعْنَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ تَرَكَ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ الَّتِي وَجَبَتْ لَهُ بِالْبَيْعِ الْبَتْلُ مَعَ بَقَاءِ مَا بَاعَهُ بِالْخِيَارِ عَلَى مِلْكِهِ فَإِذَا سَلَّمَهُ قَبْلَ لُزُومِ بَيْعِ الْخِيَارِ أَوْ بَعْدَهُ فَعَقَدَ الْمُبْتَاعُ بِالْبَتْلِ قَبْلَ لُزُومِ بَيْعِ الْخِيَارِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ مَا لَزِمَ وَنَفَذَ فِيهِ الْبَيْعُ بَعْدَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ مَالِكٌ فِي أَصْلٍ بَنَى عَلَيْهِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَهُوَ فِيمَنْ وَجَبَتْ لَهُ شُفْعَةٌ فَبَاعَ نَصِيبَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمِلْكِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّهُ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ قَالَ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا شُفْعَةَ لَهُ بَعْدَ بَيْعِهِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ مُيَسَّرٍ لَا شُفْعَةَ لَهُ بَعْدَ أَنْ بَاعَ إلَّا أَنْ يَبْقَى لَهُ بَقِيَّةٌ أُخْرَى؛

لِأَنَّ أَصْلَ الشُّفْعَةِ لِمَا يَدْخُلُ مِنْ الضَّرَرِ مِنْ تَضْيِيقِ الْوَاسِعِ وَخَرَابِ الْعَامِرِ

وَهَذَا لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ يَلْحَقُهُ ذَلِكَ فِيهِ وَمَا أَظْهَرَهُ مِنْ عِلَّةِ الشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا يَلْحَقُ بِالشَّرِكَةِ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا بَاعَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِشُفْعَتِهِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ وَتَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْمُبْتَاعِ وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ سَوَاءٌ بَاعَ مِنْ شَرِيكِهِ، أَوْ غَيْرِهِ بِبَتٍّ إنْ وَجَبَتْ لَهُ الشُّفْعَةُ فَشُفْعَتُهُ قَائِمَةٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ ابْتَاعَ شِقْصًا فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا وَأَرَادَهُ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ وَقَالَ أَنَا أَرْضَى بِعَيْبِهِ فَلِلْمُبْتَاعِ رَدُّهُ وَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ ابْتَاعَ دَارًا فَرَدَّهَا بِعَيْبٍ دَلَّسَ فِيهِ بِهِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نِصْفَهَا بَعْدَ أَنْ رَدَّهَا فَالشُّفْعَةُ لَهُ إنْ شَاءَ مِنْ حِسَابِ جَمِيعِ الثَّمَنِ.

فَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ يَقُولُ لَا أَرْضَى بِأَنْ يَثْبُتَ عَلَى عُهْدَةِ مَعِيبٍ وَقَدْ ثَبَتَ لِي خِيَارُ الرَّدِّ فَلَا

تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لَهُ كَالْبَيْعِ بِالْخِيَارِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَيْعُ نَقْلِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ إلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَثَبَتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ كَمَا لَوْ لَمْ يَجِدْ بِهِ الْعَيْبَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إنْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ دُونَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ فَتَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ فَتَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْبَائِعِ فَأَمَّا مَنْ قَالَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ نَقْضٌ لِلْبَيْعِ مِنْ أَصْلِ الْبَيْعِ، أَوْ نَقْضٌ لَهُ مِنْ وَقْتِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَجْمَعَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ أَنَّ عُهْدَةَ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ سَوَاءٌ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي الشِّقْصَ، أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى الْعُهْدَةُ عَلَى الْبَائِعِ عَلَى كُلِّ وَجْهٍ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ هِيَ عَلَى مَنْ يُؤْخَذُ الشِّقْصُ مِنْهُ مِنْ بَائِعٍ، أَوْ مُشْتَرٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَبِيعَ يَحْصُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِ

(218/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي أَرْضًا فَتَمْكُثُ فِي يَدَيْهِ حِينًا، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا بِمِيرَاثٍ أَنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ إنْ ثَبَتَ حَقُّهُ، وَإِنْ مَا أَغَلَّتْ الْأَرْضُ مِنْ غَلَّةٍ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ إلَى يَوْمِ يَثْبُتُ حَقُّ الْآخَرِ قَدْ كَانَ ضَمِنَهَا لَوْ هَلَكَ مَا كَانَ فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ، أَوْ ذَهَبَ بِهِ سَيْلٌ قَالَ فَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، أَوْ هَلَكَ الشُّهُودُ، أَوْ مَاتَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي، أَوْ هُمَا حَيَّانِ فَنَسِيَ أَصْلَ الْبَيْعِ وَالِاشْتِرَاءِ لِطُولِ الزَّمَانِ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَنْقَطِعُ وَيَأْخُذُ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ فِي حَدَاثَةِ الْعَهْدِ وَقُرْبِهِ وَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْبَائِعَ غَيَّبَ الثَّمَنَ وَأَخْفَاهُ لِيَقْطَعَ بِذَلِكَ حَقَّ صَاحِبِ الشُّفْعَةِ قُوِّمَتْ الْأَرْضُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى أَنَّهُ ثَمَنُهَا فَيَصِيرُ ثَمَنًا إلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يَنْظُرُ إلَى مَا زَادَ فِي الْأَرْضِ مِنْ بِنَاءٍ، أَوْ غِرَاسٍ، أَوْ عِمَارَةٍ فَيَكُونُ عَلَى مَا يَكُونُ عَلَيْهِ مَنْ ابْتَاعَ الْأَرْضَ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ يَوْمَ بَنَى فِيهَا، أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ أَخَذَهَا صَاحِبُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ) .

[المنتقى]

الْعَقْدِ اللَّازِمِ وَمِنْهُ ضَمَانُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ إنَّمَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ إلَيْهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَفْلَسَ مُبْتَاعُ الشِّقْصِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الشَّفِيعُ أَحَقُّ بِهِ وَيَدْفَعُ الثَّمَنَ إلَى الْبَائِعِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَائِعَ لَا يَكُونُ أَحَقَّ بِعَيْنِ مَالِهِ إلَّا مَعَ عَدَمِ الثَّمَنِ الَّذِي لَهُ وَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الشَّفِيعِ بِهِ بِنَفْسِ ابْتِيَاعِ الْمُفْلِسِ لَهُ فَكَانَ الشَّفِيعُ أَحَقَّ بِهِ وَإِذَا رَجَعَ الشِّقْصُ إلَى بَائِعِهِ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ قَالَهُ سَحْنُونٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ارْتِجَاعَ الْبَائِعِ لِمَا بَاعَ عِنْدَ فَلَسِ الْمُفْلِسِ يَنْقُلُ الْمَبِيعَ مِنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيَرُدُّهُ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ ذَلِكَ تَبَعًا لَهُ حُكْمُ الْمَبِيعِ وَتَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَلَوْ سَلَّمَ الشِّقْصَ وَأَرَادَ مُحَاصَّةَ الْغُرَمَاءِ بِالثَّمَنِ فَبَاعَهُ الْإِمَامُ لِلْغُرَمَاءِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا، ثُمَّ اسْتَحَقَّ رَجُلٌ بَعْضَهَا بِمِيرَاثٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ ابْتِيَاعٍ أَقْدَمَ مِنْ ابْتِيَاعِ الْمُسْتَحِقِّ مِنْ يَدِهِ أَوْ غَيْرِهِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوهِ الِاسْتِحْقَاقِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَإِنَّ الْمُسْتَحِقَّ يَقْضِي لَهُ بِمَا اسْتَحَقَّ مِنْ الدَّارِ قَالَ وَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بَاقِيَهَا بِالشُّفْعَةِ قَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلَوْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدَّرَ مَا بَقِيَ بِيَدِهِ مِنْ الدَّارِ إلَى الْبَائِعِ لَمَّا اسْتَحَقَّ مِنْهُ نِصْفَهَا لَكَانَ لِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ لَا يَقْطَعُ شُفْعَتَهُ رَدُّ الْمُبْتَاعِ إلَى مَا بَقِيَ بِيَدِهِ إلَى الْبَائِعِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مِلْكَ الْمُسْتَحِقِّ أَقْدَمُ مِنْ أَمَدِ الْبَيْعِ وَقَدْ نُقِلَ الْبَيْعُ مَا بَقِيَ فِيهَا إلَى مِلْكِ الْمُبْتَاعِ فَثَبَتَ بِذَلِكَ حَقُّ الشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ فَلَا يُبْطِلُهُمَا رَدُّهَا إلَى الْبَائِعِ كَمَا لَوْ أَقَالَهُ مِنْ جَمِيعِ الشِّقْصِ الْمَبِيعِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَّ مَا أَغَلَّتْ الْأَرْضُ مِنْ غَلَّةٍ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي مِلْكِهِ وَمِنْ ضَمَانِهِ وَلَوْ تَلِفَ جَمِيعُهَا، أَوْ هَلَكَ مَا فِيهَا مِنْ غَرْسٍ، أَوْ ذَهَبَ بِهِ سَيْلٌ فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ الْغَلَّةُ لَهُ يُرِيدُ مَا كَانَ لَهُ حُكْمُ الْغَلَّةِ مِثْلُ الثَّمَرَةِ وَمَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الْأَصْلِ مِثْلُ الْوَدِيِّ فَإِنَّهُ مِثْلُ وَلَدِ الْحَيَوَانِ فَلَهُ حُكْمُهُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالِاسْتِحْقَاقِ وَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُ الثَّمَرَةِ لِمَا أُخِذَ بِالشُّفْعَةِ وَأَمَّا مَا أُخِذَ بِالِاسْتِحْقَاقِ فَإِنْ اشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي وَلَا ثَمَرَ فِيهَا لَمْ يُؤَبَّرْ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا وَفِيهَا ثَمَرَةٌ أُبِّرَتْ، أَوْ أَزْهَتْ فَهِيَ لَهُ وَعَلَيْهِ مَا أَنْفَقَ وَسَقَى الْمُشْتَرِي مَا لَمْ تَفُتْ بِجِدَادٍ، أَوْ يُبْسٍ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِيهَا وَهِيَ لِلْمُبْتَاعِ وَلَوْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ يَوْمَ اشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي مُزْهِيَةً أَوْ مَأْبُورَةً فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ هِيَ لِلْمُشْتَرِي كَيْفَ كَانَتْ وَلَوْ يَبِسَتْ أَوْ جَدَّهَا الْمُشْتَرِي، أَوْ بَاعَهَا، أَوْ أَكَلَهَا لِغُرْمِ الْمَكِيلَةِ إنْ عَرَفَهَا، أَوْ قِيمَتُهَا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا ضَمَانُ مَا تَلِفَ مِنْ النَّخْلِ فَإِنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ عَلَى الْبَائِعِ مِنْهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ الْمُسْتَحِقُّ أَنْ يُغَرِّمَهُ ثَمَنَ ذَلِكَ، أَوْ قِيمَتَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ وَسَوَاءٌ تَلِفَ ذَلِكَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلَوْ قَلَعَ النَّخْلَ، أَوْ قَطَعَهَا أَوْ كَانَتْ دَارًا فَهَدَمَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَحِقِّ إلَّا أَنْ يَأْخُذَهَا كَمَا هِيَ وَلَا يَتْبَعُ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مِمَّا هُدِمَ إلَّا أَنْ يَكُونَ النَّقْضُ حَاضِرًا فَيَأْخُذَهُ أَوْ يَرْجِعَ عَلَى الْبَائِعِ بِثَمَنِ مَا اسْتَحَقَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ بِمَا يَجُوزُ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ

(219/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَيِّ فَإِنْ خَشِيَ أَهْلُ الْمَيِّتِ أَنْ يَنْكَسِرَ مَالُ الْمَيِّتِ قَسَمُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهِ شُفْعَةٌ)

[المنتقى]

عَلَيْهِ ضَمَانٌ لِسَلَامَتِهِ مِنْ التَّعَدِّي.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ الْمُشْتَرِي وَهَبَ بَعْضَ الدَّارِ، أَوْ النَّخْلِ بَعْدَ أَنْ قَلَعَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَرْجِعَ بِهَا عَلَيْهِ وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِهَا إنْ شَاءَ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ فَيَأْخُذَ مِنْهُ النَّقْضَ إنْ وَجَدَهُ عِنْدَهُ، أَوْ حِصَّتَهُ مِنْ الثَّمَنِ مِنْ الْبَائِعِ قَالَهُ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ وَلَوْ تَعَدَّى أَجْنَبِيٌّ فَهَدَمَهَا عِنْدَ الْمُبْتَاعِ، ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ لَكَانَ لِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ لَا يَتْبَعَ الْمُتَعَدِّيَ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَهُ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي فَكَانَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ سَوَاءٌ عَلِمَ أَنَّهُ لَهُ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ طَالَ الزَّمَانُ أَوْ هَلَكَ الشُّهُودُ، أَوْ مَاتَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي، أَوْ هُمَا حَيَّانِ فَنَسِيَ أَصْلَ الْبَيْعِ لِطُولِ الزَّمَانِ لَبَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَلَمْ يَبْطُلْ الِاسْتِحْقَاقُ يُرِيدُ أَنَّ لِطُولِ الزَّمَانِ تَأْثِيرًا فِي إبْطَالِ الشُّفْعَةِ فَإِذَا أَتَى مِنْ طُولِ الزَّمَانِ مَا تَبِيدُ فِيهِ الشُّهُودُ وَبَادُوا لَمْ يَجِئْ ذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ عَلَى شَهَادَتِهِمْ حَتَّى لَمْ يَكُنْ إثْبَاتُ ثَمَنِ الْمُشْتَرَى فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَبْطُلُ بِثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: لِطُولِ الزَّمَانِ فَإِنَّ لَهُ تَأْثِيرًا فِي إبْطَالِ الشُّفْعَةِ؛ وَلِذَلِكَ قُلْنَا إنَّهُ إذَا مَضَى قَدْرُ سَنَةٍ مَعَ حُضُورِ الشَّفِيعِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَالثَّانِي أَنَّ الظَّاهِرَ تَرْكُهُ الطَّلَبَ بِهَا عَلَى وَجْهِ مَا يَطْلُبُ بِذَلِكَ وَلَمْ يُصْرَفْ النَّظَرُ إلَى ذَلِكَ حَتَّى طَالَ الزَّمَانُ وَمَضَتْ الْمُدَدُ الَّتِي لَا يَكَادُ يُغَيِّرُ فِيهَا ذُو الْحَقِّ عَنْ النَّظَرِ فِي الطَّلَبِ لِحَقِّهِ فَإِنَّ الظَّاهِرَ تَرْكُهُ لِلشُّفْعَةِ وَلِهَذَا أَيْضًا تَأْثِيرٌ فِي إبْطَالِ الشُّفْعَةِ وَلِهَذَا ثَبَتَتْ فِيمَا قَرُبَ مِنْ الْمَدَدِ دُونَ مَا بَعُدَ مِنْهَا وَالثَّالِثُ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَثْبُتْ الثَّمَنُ وَجُهِلَ فَإِنَّ لَهُ تَأْثِيرًا فِي إبْطَالِ الشُّفْعَةِ.

وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى أُخْتٍ لَهُ بِحِصَّةٍ مِنْ قَرْيَةٍ وَقَالَ كُنْت أَصَبْت مِنْ مُورِّثِهَا مَا لَا أَعْلَمُ قَدْرَهُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يُعْرَفُ قَالَ سَحْنُونٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلَا يَعْرِفُهُ الْمُقَرُّ لَهُ وَلَا يَطْلُبُهُ وَلَوْ كَانَ عَنْ شَيْءٍ يَدَّعِيهِ وَيَطْلُبُهُ فَصُولِحَ بِهِ لَكَانَ كَالْبَيْعِ تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ بِالْقِيمَةِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ فَإِذَا اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْوُجُوهُ كَانَ لَهَا تَأْثِيرٌ فِي إبْطَالِ الشُّفْعَةِ فَعَلَى هَذَا لِطُولِ الْمُدَّةِ أَحْوَالٌ مِنْهَا أَنْ تَطُولَ جِدًّا حَتَّى يَأْتِيَ مِنْ الْمُدَّةِ مَا يَبِيدُ فِيهَا الشُّهُودُ وَيَنْسَى الثَّمَنَ فَهَذَا يُبْطِلُ شُفْعَةَ الْغَائِبِ وَالْحَاضِرِ وَمَا هُوَ أَقْصَرُ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْمُدَّةِ تَبْطُلُ فِيهَا شُفْعَةُ الْحَاضِرِ دُونَ الْغَائِبِ وَهِيَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَمَا دُونَ ذَلِكَ مِنْ الْمُدَّةِ تَجِبُ الْيَمِينُ فِيهَا عَلَى الْحَاضِرِ أَنَّهُ مَا تَرَكَ فِيهَا الْقِيَامَ تَرْكًا لِشُفْعَتِهِ وَيَكُونُ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَمَا هُوَ أَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ لَهُ فِيهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ دُونَ يَمِينٍ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَإِنْ كَانَ أَمَدُهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ وَرَأَى أَنَّ الْبَائِعَ غَيَّبَ الثَّمَنَ لِيَقْطَعَ الشُّفْعَةَ فَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ يُرِيدُ أَنَّ إخْفَاءَ قَدْرِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ بِمُجَرَّدِهِ لَا يَقْطَعُ الشُّفْعَةَ وَإِنَّمَا يَقْطَعُ ذَلِكَ إخْفَاءُ قَدْرِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ لِطُولِ الْمُدَّةِ وَلَوْ كَانَ الْجَهْلُ بِالثَّمَنِ يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ لَاتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ عَلَى كِتْمَانِهِ وَبَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَثَبَتَ الضَّرَرُ وَهَذَا بَاطِلٌ بِاتِّفَاقٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ قُوِّمَتْ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى أَنَّهُ ثَمَنُهَا فَيَصِيرُ ذَلِكَ ثَمَنَهَا يُرِيدُ أَنَّهُ إذَا أَخْفَى الْمُتَبَايِعَانِ الثَّمَنَ فَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ؛ لِأَنَّهُ إذَا لَمْ يَعْرِفْ الْعِوَضَ، أَوْ كَانَ مِمَّا لَا قِيمَةَ لَهُ فَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ وَهَذَا حُكْمُ الشِّقْصِ يُنْكَحُ بِهِ، أَوْ يُخَالَعُ بِهِ، أَوْ مَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ فَإِنَّهُ إنَّمَا يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ مَا كَانَ عِوَضُهُ لَا قِيمَةَ لَهُ فَكَذَلِكَ إذَا جَهِلَ ثَمَنَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَيِّ أَنْ يَكُونَ

الْمَيِّتُ قَدْ خَلَّفَ وَرَثَةً فَبَاعَ بَعْضُهُمْ، أَوْ جَمِيعُهُمْ فَلِسَائِرِ الْوَرَثَةِ إنْ بَاعَ بَعْضُهُمْ، أَوْ لِمَنْ شَرِكَهُمْ إنْ بَاعَ جَمِيعُهُمْ الشُّفْعَةُ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ الشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ أَيْ فِي الْمَالِ الَّذِي كَانَ لِلْمَيِّتِ وَانْتَقَلَ عَنْهُ بِوِرَاثَةٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ بَقِيَ عَلَى حُكْمِ الْمَيِّتِ إمَّا لِدَيْنٍ لَزِمَهُ يُبَاعُ فِيهِ مَالُهُ، أَوْ لِوَصِيَّةٍ تَعَلَّقَتْ

(220/6)

. . . .

[المنتقى]

بِهِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي مَيِّتٍ لَحِقَهُ دَيْنٌ فَبَاعَ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَرْضَهُ مُزَايَدَةً فَقَالَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بَعْدَ الْبَيْعِ أَنَا أُؤَدِّي مِنْ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مَا عَلَيَّ وَآخُذُ بَقِيَّةَ نَصِيبِ شُرَكَائِي بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ كَانَ فِي بَقِيَّةِ مَا يُبَاعُ مِنْ الْأَرْضِ تَمَامُ ذَلِكَ فَلَهُ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ إنْ أَوْفَى ثَمَنَ الْأَرْضِ بِالدَّيْنِ فَإِنَّ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَقْضُوا دَيْنَهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَيَتَمَسَّكُوا بِالْأَرْضِ فَإِنْ سَلَّمَهَا بَعْضُهُمْ فَمَنْ تَمَسَّكَ بِحَظِّهِ مِنْهَا لَهُ الشُّفْعَةُ فِيمَا سَلَّمَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُمْ فِي الْحَقِيقَةِ بَائِعُونَ وَهُوَ شَرِيكٌ لَهُمْ مُتَمَسِّكٌ بِحَظِّهِ فَلَهُ الشُّفْعَةُ فِيمَا بِيعَ مِنْ سِهَامِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ، وَإِنْ قَصُرَ ثَمَنُ الْأَرْضِ عَنْ الدَّيْنِ فَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُخْرِجُوا قَدْرَ الثَّمَنِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَيَتَمَسَّكُوا بِالْأَرْضِ فَإِنَّهُمْ فِي ذَلِكَ كَسَائِرِ النَّاسِ فَإِنْ زَادُوا عَلَى مَا أَعْطَى غَيْرُهُمْ بِالْأَرْضِ اشْتَرَوْا الْأَرْضَ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ زَادَ وَامْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ ذَلِكَ فَمَنْ زَادَ مِنْهُمْ مُشْتَرٍ لَا وَارِثَ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ مَعَ مَنْ شَرِكَهُ مِنْ الشُّرَكَاءِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، أَوْ وَارِثٍ وَإِنْ لَمْ يَزِيدُوا عَلَى مَا أَعْطَى غَيْرُهُمْ فَمَنْ أَعْطَى أَوَّلًا ذَلِكَ الثَّمَنَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَالْوَرَثَةُ والأجنبيون فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِي الْمُتَوَفَّى يُحِيطُ الدَّيْنُ بِمَالِهِ لَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ أَخْذُ شُفْعَتِهِ وَلِلْوَرَثَةِ أَخْذُهَا فَإِنْ أَخَذُوهَا بِمَالِ الْمَيِّتِ فَلِلْغُرَمَاءِ الثَّمَنُ وَالْفَضْلُ حَتَّى يَسْتَوْفُوا حُقُوقَهُمْ فَمَا بَقِيَ فَلِلْوَرَثَةِ فَإِنْ أَخَذُوهَا بِمَالِهِمْ فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ بِيعَتْ وَقَضَى بِالْفَضْلِ دَيْنَهُ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ إلَّا الثَّمَنَ، أَوْ أَقَلَّ لَمْ تُبَعْ عَلَيْهِمْ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ سَحْنُونٍ لِمَالِكٍ فِيهَا تَفْسِيرٌ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ أَشْهَبُ وَكَانَ يُعْجَبُ بِهِ سَحْنُونٌ وَيَرَاهُ أَصْلًا وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ قَالَ سَحْنُونٌ قَالَ مَالِكٌ يُبْدَأُ بِالْوَرَثَةِ فَيُقَالُ لَهُمْ إنْ قَضَيْتُمْ الدَّيْنَ فَلَكُمْ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ

الْمِيرَاثَ بَعْدَ الدَّيْنِ فَإِنْ أَبَوْا أَوْ بِيعَ مِيرَاثُ الْمَيِّتِ لِدَيْنٍ فَلَا شُفْعَةَ لَهُمْ؛ لِأَنَّ الشِّقْصَ الَّذِي يُشْفَعُ بِهِ قَدْ بِيعَ وَلَمْ يَمْلِكُوهُ فِي مَالٍ وَلَا حَلُّوا مَحَلَّ الْمَيِّتِ لِتَبَرِّيهِمْ مِنْ تَرِكَتِهِ قَالَ الْمُغِيرَةُ وَإِذَا أَبَى الْوَرَثَةُ أَنْ يَقْضُوا الدَّيْنَ وَأَحَبُّوا أَنْ يُبَاعَ الْمَالُ فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ وَرِثُوهُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُمْ وَلَا لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ الْغُرَمَاءَ لَا يَمْلِكُونَ الشِّقْصَ الَّذِي ثَبَتَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَعْنَى التَّفْسِيرِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ فَفِي الْمَسْأَلَةِ كُلِّهَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لِيَبِيعَهَا، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِالشُّفْعَةِ لِيُبَاعَ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ لَوْ قَالَ قَائِلٌ لَيْسَ لِمَنْ أَحَاطَ بِهِ الدَّيْنُ شُفْعَةٌ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَأْخُذُ لِيُبَاعَ فِي دَيْنِهِ مَا عَقِبَهُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ إنَّمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُفْلِسَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ يُبَاعُ عَلَيْهِ بِالْحُكْمِ وَيُؤْخَذُ لَهُ مِنْ الشُّفْعَةِ مَا فِيهِ إلَّا صَلُحَ لَهُ فِي أَدَاءِ دَيْنِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا الْبَابُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَوْرُوثٌ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَنَعَ مِنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» وَهَذَا عَامٌّ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا خِيَارٌ ثَابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْمَالِ فَوَجَبَ أَنْ يَنْتَقِلَ إلَى الْوَرَثَةِ كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِالثُّلُثِ فَبَاعَ السُّلْطَانُ ثُلُثَ دَارِهِ فَلَا شُفْعَةَ لِلْوَرَثَةِ إذَا كَانَ الْمَيِّتُ بَا عَ قَالَهُ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُمْ وَإِنْ كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ فَهُمْ أَشْرَاكٌ بَائِعُونَ بَعْدَ مِلْكِ الْوَرَثَةِ بَقِيَّةَ الدَّارِ وَقَدْ بَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ ابْنِ الْمَوَّازِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ خَشِيَ أَهْلُ الْمَيِّتِ أَنْ يَنْكَسِرَ مَالُ الْمَيِّتِ قَسَمُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ وَلَا شُفْعَةَ فِيهِ يُرِيدُ أَنَّ بَيْعَ الْجُزْءِ مِنْ الْمُشَاعِ قَدْ يُنْقِصُ مِنْ ثَمَنِهِ عَنْ ثَمَنِهِ لَوْ مُيِّزَ بِالْقِسْمَةِ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلِمَا يُخَافُ مِنْ الشُّفْعَةِ فَقَدْ يَمْتَنِعُ الرَّاغِبُ فِي الْمِلْكِ مِنْ شِرَائِهِ إذَا عَرَفَ أَنَّ لَهُ شَفِيعًا يَأْخُذُ الشُّفْعَةَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي التَّعَرُّضِ لِشِرَائِهِ إلَّا ثُبُوتُ الْعُهْدَةِ عَلَيْهِ لِلشَّفِيعِ وَالْعَنَاءُ فِي النَّقْدِ وَالِانْتِقَادِ وَعَقْدُ عُهْدَتَيْنِ إحْدَاهُمَا لَهُ وَالْأُخْرَى عَلَيْهِ وَقَدْ يَشْتَرِي مِنْ فَقِيرٍ فَلَا يَجِدُ عَلَى مَنْ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ إنْ اسْتَحَقَّ الشِّقْصَ يَوْمًا فَيَزِيدُ فِي ثَمَنِ الْمَقْسُومِ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا شُفْعَةَ عِنْدَنَا فِي عَبْدٍ وَلَا وَلِيدَةٍ وَلَا بَعِيرٍ وَلَا شَاةٍ وَلَا فِي شَيْءٍ مِنْ الْحَيَوَانِ وَلَا فِي ثَوْبٍ وَلَا فِي بِئْرٍ لَيْسَ لَهَا بَيَاضٌ إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا يَصْلُحُ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ وَيَقَعُ فِيهِ الْحُدُودُ مِنْ الْأَرْضِ فَأَمَّا مَا لَا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا شُفْعَةٌ لِنَاسٍ حُضُورٍ فَلْيَرْفَعْهُمْ إلَى السُّلْطَانِ فَإِمَّا أَنْ يَسْتَحِقُّوا وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ السُّلْطَانُ فَإِنْ تَرَكَهُمْ فَلَمْ يَرْفَعْ أَمْرَهُمْ إلَى السُّلْطَانِ وَقَدْ عَلِمُوا بِاشْتِرَائِهِ فَتَرَكُوا ذَلِكَ حَتَّى طَالَ زَمَانُهُ، ثُمَّ جَاءُوا يَطْلُبُونَ شُفْعَتَهُمْ فَلَا أَرَى لَهُمْ ذَلِكَ) .

[المنتقى]

الْمُعَيَّنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ بِشُفْعَةٍ بَلْ يُسَلِّمُ لَهُ مَا اشْتَرَى وَيَسْلَمُ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ مِنْ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ لَا شُفْعَةَ فِيهِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ غَلَبَةَ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ مَعْدُومَةٌ فِيهِ وَهَذَا فِي بَيْعِهَا مُفْرَدَةً وَأَمَّا إذَا كَانَتْ تَبَعًا لِغَيْرِهَا كَالرَّقِيقِ وَالدَّوَابِّ لِتَعْمِيرِ الْأَرْضِ وَالْحَائِطِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى فِيمَنْ اشْتَرَى شِقْصًا مِنْ حَائِطٍ وَفِيهِ رَقِيقٌ وَدَوَابُّ فَلْيَأْخُذْهُ الشَّفِيعُ مَعَ رَقِيقِهِ وَدَوَابِّهِ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ مِنْهُمْ بُدٌّ زَادَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَوْ اقْتَسَمَ الْحَائِطَ، أَوْ بَاعَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْ الرَّقِيقِ وَالْآلَةِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ فِيهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمْ بَعْضُ صِفَاتِ الْحَائِطِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ إلَّا بِهِ فَهُمْ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ لَهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَهُمْ أَخَذَ ذَلِكَ بِالشُّفْعَةِ فَلَوْ أَنَّ الْمُشْتَرِي وَهَبَهُمْ، أَوْ بَاعَهُمْ فَإِنَّ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ الْحَائِطِ وَمَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ وَلَوْ مَاتُوا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْصَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ يَتْرُكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّقِيقَ لَمَّا كَانُوا بَعْضَ صِفَاتِ الْأَصْلِ فَإِنْ أَتْلَفَ الْمُشْتَرِي أَعْيَانَهُمْ لَزِمَ تَقْسِيطُ الثَّمَنِ، وَإِنْ مَاتُوا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِيَ إلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ كَمَا لَوْ قَطَعَ النَّخْلَ وَبَاعَ جُذُوعَهَا، أَوْ وَهَبَهَا لَلَزِمَهُ تَقْسِيطُ الثَّمَنِ وَأَخْذُ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ وَلَوْ يَبِسَتْ الْأُصُولُ، أَوْ احْتَرَقَتْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِيَ إلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالنَّخْلُ وَالنَّقْصُ إنَّمَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ إذَا كَانَ عَلَى حُكْمِ التَّبْقِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ فَإِذَا بِيعَ

شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ عَلَى الْقَلْعِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِيمَنْ ابْتَاعَ نَخْلَةً عَلَى الْقَلْعِ، ثُمَّ اشْتَرَى الْأَرْضَ بَعْد ذَلِكَ فَأَقَرَّهَا فَاسْتَحَقَّ رَجُلٌ نِصْفَ ذَلِكَ كُلَّهُ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نِصفَ ذَلِكَ بِالشُّفْعَةِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ قَالَ أَصْبَغُ وَإِلَى هَذَا رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَالَ سَحْنُونٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ اشْتَرَى نَقْضَ دَارٍ عَلَى الْقَلْعِ، ثُمَّ اشْتَرَى الْعَرْصَةَ، أَوْ اشْتَرَى الْعَرْصَةَ، ثُمَّ اشْتَرَى النَّقْضَ وَاسْتَحَقَّ رَجُلٌ نِصْفَ الدَّارِ أَنَّهُ يَأْخُذُ نِصفَ الْقَاعَةِ بِالشُّفْعَةِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَنِصْفِ النَّقْضِ بِقِيمَتِهِ قَائِمًا وَأَنْكَرَ هَذَا سَحْنُونٌ وَطَرَحَهُ وَقَالَ قَدْ أَبْطَلَ الشُّفْعَةَ هَاهُنَا فِي النَّقْصِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ الشُّفْعَةُ فِي الْأَرْضِ دُونَ النَّخْلِ وَالْبِنَاءِ قَالَ أَصْبَغُ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَصْوَبُ وَعَلَيْهِ أَصْحَابُنَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا يُقْسَمُ وَتَقَعُ فِيهِ الْحُدُودُ مِنْ الْأَرْضِ يُرِيدُ مَا يُقْسَمُ بِالْحُدُودِ، وَذَلِكَ مِمَّا يَخْتَصُّ بِالْأَرْضِ وَأَمَّا مَا لَا تَصْلُحُ فِيهِ الْقِسْمَةُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ وَهَذَا عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ مَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ كَالَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ الَّذِي تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ الْيَوْمَ فِي مَنْعِ الشُّفْعَةِ فِيهِ وَإِنَّمَا رَوَى إثْبَاتَ الشُّفْعَةِ فِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِ مَا تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ إلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَسِمُ بِالْحُدُودِ إلَّا بِضَرَرٍ كَالْحَمَّامِ وَالدَّارِ الصَّغِيرَةِ وَالْأَنْدَرِ وَالْبُقْعَةِ الصَّغِيرَةِ مِنْ الْأَرْضِ الَّتِي إنْ قُسِمَتْ لَمْ يُصِبْ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ، أَوْ بَعْضُهُمْ إلَّا مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ.

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا لَهَا شَفِيعٌ حَاضِرٌ فَإِنَّهُ إنْ أَرَادَ قَطْعَ خِيَارِ الشَّفِيعِ رَفَعَهُ إلَى السُّلْطَانِ فَوَقَفَهُ فَإِمَّا أَنْ يَسْتَحِقَّ وَمَعْنَاهُ يَأْخُذُ بِشُفْعَتِهِ وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ السُّلْطَانُ مَعْنَاهُ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِإِبْطَالِ شُفْعَتِهِ إنْ لَمْ يَأْخُذْ بِالشُّفْعَةِ، أَوْ أَرَادَ مِنْ تَأْخِيرِ الثَّمَنِ مَا لَيْسَ لَهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ إنَّمَا يَرْفَعُهُ إلَى الْحَاكِمِ لِيَأْخُذَ، أَوْ يَتْرُكَ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ يَحْتَاجُ

(222/6)

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْفَرَائِضِ) (مِيرَاثُ الصُّلْبِ) (ص) : (حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا فِي فَرَائِضِ الْمَوَارِيثِ أَنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ مِنْ وَالِدِهِمْ أَوْ وَالِدَتِهِمْ أَنَّهُ إذَا تُوُفِّيَ الْأَبُ، أَوْ الْأُمُّ وَتَرَكَا وَلَدًا رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ

فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ فَإِنْ شَرِكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ وَكَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ بُدِئَ بِفَرِيضَةِ مَنْ شَرِكَهُمْ وَكَانَ مَا بَقِيَ بَعْدَ

[المنتقى]

إلَى التَّصَرُّفِ فِيمَا اشْتَرَاهُ بِالْبِنَاءِ وَالْهَدْمِ وَالْإِصْلَاحِ فَمَتَى طَالَ عَلَيْهِ بَقَاءُ الشَّفِيعِ عُدِمَ حُكْمُ الْخِيَارِ وَجُوِّزَ أَنْ يَأْخُذَ وَأَنْ يَتْرُكَ أَضَرَّ بِذَلِكَ بِهِ وَلَا يَنْقَطِعُ خِيَارُ الشَّفِيعِ مُعَجَّلًا إلَّا بِمَا ذَكَرَهُ مِنْ رَفْعِهِ إلَى السُّلْطَانِ وَيُعَجِّلُ الْحُكْمَ لَهُ، أَوْ عَلَيْهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا رَفَعَهُ الْمُشْتَرِي إلَى السُّلْطَانِ لِيَقْطَعَ خِيَارَهُ لَمْ يَخْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ حَاضِرًا، أَوْ غَائِبًا فَإِنْ كَانَ حَاضِرًا وَسَأَلَ أَنْ يُؤَخِّرَ الْيَوْمَيْنِ، أَوْ الثَّلَاثَةَ حَتَّى يَرَى رَأْيَهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَلْيُعَجِّلْ الْأَخْذَ أَوْ التَّرْكَ فِي مَقَامِهِ، أَوْ يُسَلِّمَ الْحُكْمَ إلَى الْمُشْتَرِي هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَهُوَ لِأَشْهَبَ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ إذَا طَلَبَ الشَّفِيعُ عِنْدَ الْإِمَامِ الشُّفْعَةَ كُلِّفَ الْإِمَامُ الْمُبْتَاعُ إثْبَاتَ شِرَائِهِ فَإِذَا ثَبَتَ أَحْلَفَهُ لَقَدْ نَقَدَ مَا سَمَّى مِنْ الثَّمَنِ وَمَا أَعْلَنَ شَيْئًا غَيْرَهُ، ثُمَّ قِيلَ لِلشَّفِيعِ خُذْ، أَوْ سَلِّمْ وَلَا يَبْرَحُ مِنْ الْمَجْلِسِ حَتَّى يَأْخُذَ أَوْ يُسَلِّمَ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي مُخْتَصَرِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ يُؤَخِّرُهُ السُّلْطَانُ الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ لِيَنْظُرَ وَيَسْتَجِيزَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ خِيَارٌ يَضُرُّ بِالْمُبْتَاعِ فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ اسْتِدَامَتُهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ غَائِبًا فَقَالَ الشَّفِيعُ أَخِّرْنِي أَنْظُرْ إلَيْهِ فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَةُ الْمَالِكِ بَعِيدَةً فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ شِرَاءُ الْمُشْتَرِي يُغْنِي الشَّفِيعَ عَنْ النَّظَرِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ إنَّمَا اشْتَرَى عَلَى صِفَةٍ، أَوْ عِيَانٍ وَلَوْ كَانَتْ غَيْبَةُ الْمَالِكِ قَرِيبَةً كَالسَّاعَةِ مِنْ النَّهَارِ أُخِّرَ لِيَنْظُرَ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَى الْمُبْتَاعِ لِقُرْبِ الْمَبِيعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا وَقَفَ الشَّفِيعُ فَتَرَكَ الشُّفْعَةَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْقِيَامُ بِهَا بَعْدَ هَذَا، وَإِنْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ وَطَلَبَ أَنْ يُؤَجِّلَ بِالثَّمَنِ ضَرَبَ لَهُ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَجَلًا يَوْمَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةً، وَإِنْ لَمْ يَضْرِبْ لَهُ أَجَلًا فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَقَالَ مَالِكٌ رَأَيْت الْقُضَاةَ يُؤَخِّرُونَهُ هَكَذَا وَقَدْ رَأَيْت عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ يُؤَخِّرُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَنَحْوَهَا وَعَنْ أَصْبَغَ يُؤَخِّرُ بِقَدْرِ قِلَّةِ الْمَالِ وَكَثْرَتِهِ وَبِقَدْرِ عُسْرِهِ وَيُسْرِهِ وَأَقْصَى ذَلِكَ شَهْرٌ، ثُمَّ لَا أَدْرِي مَا وَرَاءَ ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالشُّفْعَةِ لَمَا وَقَفَ لَهُ، ثُمَّ بَدَا لَهُ وَأَبَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُقِيلَهُ فَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الْمُبْتَاعُ أَنْ يُقِيلَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ كَالْبَيْعِ الْمُجَدَّدِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا كُلُّهُ إنَّمَا هُوَ إذَا أَوْقَفَهُ الْحَاكِمُ وَأَمَّا لَوْ أَوْقَفَهُ غَيْرُ الْحَاكِمِ وَالسُّلْطَانِ فَإِنَّهُ عَلَى شُفْعَتِهِ حَتَّى يُوقِفَهُ السُّلْطَانُ، أَوْ يَتْرُكَ هُوَ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ التَّوْقِيفَ يُفْضِي إلَى الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِإِبْطَالِ شُفْعَتِهِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ حُكْمِ مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ فَإِنْ أَوْقَفَهُ مَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ فِي الْحُكْمِ لَمْ يَلْزَمْهُ حُكْمُهُ فِي هَذَا كَمَا لَا يَلْزَمُهُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ سَاوَمَ الشَّفِيعُ الْمُبْتَاعَ فِي الشِّقْصِ، أَوْ اكْتَرَاهُ مِنْهُ، أَوْ سَاقَاهُ إيَّاهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ ذَلِكَ تَسْلِيمٌ لِلشُّفْعَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَضُرُّهُ ذَلِكَ وَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ كَمَا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِمَحْضَرِهِ مَعَ غَيْرِهِ لَمْ تَبْطُلْ بِذَلِكَ شُفْعَتُهُ وَاتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ قَاسَمَهُ لَبَطَلَتْ بِذَلِكَ شُفْعَتُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(223/6)

ذَلِكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ) .

[المنتقى]

[كِتَابُ الْفَرَائِضِ] [مِيرَاثُ الصُّلْبِ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ مِنْ الْأَبَوَيْنِ عَلَى ضَرْبَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَرِثُوا بِالتَّعْصِيبِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ رِجَالًا وَنِسَاءً وَالثَّانِي أَنْ يَرِثُوا بِالْفَرْضِ وَهُوَ أَنْ يَكُنَّ نِسَاءً فَإِنْ وَرِثُوا بِالتَّعْصِيبِ وَكَانُوا رِجَالًا فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ لِتَسَاوِيهِمْ فِي سَبَبِ اسْتِحْقَاقِهِمْ وَصِفَتِهِمْ فِي أَنْفُسِهِمْ، وَإِنْ كَانُوا رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ} [النساء: 11] وَأَمَّا إنْ وَرِثَ الْبَنَاتُ بِالْفَرْضِ لِانْفِرَادِهِنَّ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُنَّ وَاحِدَةً، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ} [النساء: 11] ، وَإِنْ كُنَّ اثْنَتَيْنِ فَالَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ أَنَّ فَرْضَ الْبِنْتَيْنِ فَمَا زَادَ الثُّلُثَانِ وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ فَرْضُهُمَا النِّصْفُ وَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ عَنْهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ضَعْفِ هَذَا الْقَوْلِ الْإِجْمَاعُ عَلَى خِلَافِهِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ نَوْعٍ مِنْ النِّسَاءِ فَرْضُ وَاحِدَتِهِنَّ النِّصْفُ فَإِنَّ فَرْضَ الْبِنْتَيْنِ مِنْهُنَّ الثُّلُثَانِ أَصْلُ ذَلِكَ الْأَخَوَاتُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْبِنْتِ، أَوْ الْبَنَاتِ ذُو فَرْضٍ أَوْ عَصَبَةٍ يَسْتَحِقُّ بَاقِيَ الْمَالِ دَفَعَ إلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَفَعَ بَاقِيَ التَّرِكَةِ إلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَلَمْ يُرَدَّ عَلَى الْبَنَاتِ وَلَا عَلَى ذِي فَرْضٍ مِنْ هَذَا عَلَى قَوْلِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَالْمَشْهُورُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَرُدُّ مَا فَضَلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ عَلَى ذَوِي السِّهَامِ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ وَبِهِ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيِّ وَأَحْمَدَ إلَّا ابْنَ مَسْعُودٍ لَمْ يَرُدَّ عَلَى أَرْبَعٍ مَعَ أَرْبَع لَمْ يَرُدَّ عَلَى ابْنَةِ الِابْنِ مَعَ ابْنِ الْبِنْتِ وَلَا عَلَى الْأُخْتِ لِلْأَبِ مَعَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَلَا عَلَى وَلَدِ الْأُمِّ مَعَ الْأُمِّ وَلَا عَلَى الْجَدَّةِ مَعَ ذَوِي الْأَرْحَامِ فَإِنْ انْفَرَدَ عَنْ الْأَرْبَعَةِ رُدَّ عَلَيْهِنَّ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى زَوْجٍ وَلَا زَوْجَةٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ} [النساء: 11] وقَوْله تَعَالَى {إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ} [النساء: 176] .

فَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ الْآيَةِ: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْأُخْتِ النِّصْفَ وَأَبُو حَنِيفَةَ يَجْعَلُ لَهَا الْكُلَّ، وَوَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ الْبَارِيَ جَلَّ وَعَزَّ فَرَّقَ بَيْنَ الْأَخِ وَالْأُخْتِ وَأَبُو حَنِيفَةَ جَعَلَ حُكْمَهُمَا وَاحِدًا وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا ذُو سَهْمٍ لَا تَعْصِيبَ لَهُ فَلَمْ يُرَدَّ عَلَيْهِ كَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ شَرِكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ وَكَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ يُرِيدُ فِي الْوَلَدِ بُدِئَ بِفَرِيضَةِ مَنْ شَرِكَهُمْ يُرِيدُ أَنَّ الْبَنَاتَ إذَا كَانَ مَعَهُنَّ ابْنٌ ذَكَرٌ فَإِنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالتَّعْصِيبِ فَإِذَا شَرِكَهُمْ مَنْ لَهُ فَرْضٌ كَأَحَدِ الْأَبَوَيْنِ أَوْ الزَّوْجَيْنِ بُدِئَ بِفَرِيضَةِ مَنْ شَرِكَهُمْ؛ لِأَنَّ الِابْنَ قَدْ نَقَلَهُنَّ مِنْ الْفَرْضِ إلَى حُكْمِ التَّعْصِيبِ فَوَجَبَ تَقْدِيمُ الْفُرُوضِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ» وَلَوْ انْفَرَدَ الْبَنَاتُ لَكِنْ مِنْ أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ يَبْدَأْنَ كَمَا يَبْدَأُ غَيْرُهُنَّ فَإِنْ وَسِعَ الْفَرَائِضَ الْمَالُ وَإِلَّا دَخَلَ الْفَرِيضَةَ الْعَوْلُ فِي قَوْلِ جَمِيعِ الصَّحَابَةِ إلَّا مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ إحْدَاهُمَا فِي بَيَانِ مَنْ يَرِثُ مِنْ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالثَّانِيَةُ فِي بَيَانِ الْفَرِيضَةِ الْمُسَمَّاةِ فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فَإِنَّ مَنْ يَرِثُ مِنْ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ وَهُمْ الِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ، وَإِنْ سَفَلَ وَالْأَبُ وَالْجَدُّ، وَإِنْ عَلَا وَالْأَخُ وَابْنُ الْأَخِ وَالْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ وَالزَّوْجُ وَمَوْلَى النِّعْمَةِ وَمِنْ النِّسَاءِ سَبْعٌ وَهُنَّ الْبِنْتُ وَبِنْتُ الِابْنِ، وَإِنْ سَفَلَتْ وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ وَالْأُخْتُ وَالزَّوْجَةُ وَمَوْلَاةُ النِّعْمَةِ وَأَمَّا الْفَرَائِضُ الْمُقَدَّرَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَسِتَّةٌ النِّصْفُ وَنِصْفُ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبْعُ وَنِصْفُ الرُّبْعِ وَهُوَ الثُّمُنُ وَالثُّلُثَانِ وَنِصْفُ الثُّلُثَيْنِ

(224/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمَنْزِلَةُ وَلَدِ الْأَبْنَاءِ الذُّكُورِ إذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ كَمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ سَوَاءٌ ذَكَرُهُمْ كَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ يَرِثُونَ كَمَا يَرِثُونَ وَيُحْجَبُونَ كَمَا يُحْجَبُونَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ اجْتَمَعَ الْوَلَدُ لِلصُّلْبِ وَوَلَدُ الِابْنِ فَكَانَ فِي وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ فَإِنَّهُ لَا مِيرَاثَ مَعَهُ لِأَحَدٍ مِنْ وَلَدِ الِابْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَلَدِ لِلصُّلْبِ ذَكَرٌ وَكَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْبَنَاتِ لِلصُّلْبِ فَإِنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِبَنَاتِ الِابْنِ مَعَهُنَّ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ بَنَاتِ الِابْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنْ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ، أَوْ هُوَ أَطْرَفُ مِنْهُنَّ فَإِنَّهُ يُرَدُّ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ وَمَنْ هُوَ فَوْقَهُ مِنْ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ فَضْلًا إنْ فَضَلَ فَيَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

[المنتقى]

وَهُوَ الثُّلُثُ وَنِصْفُ الثُّلُثِ وَهُوَ السُّدُسُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالنِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ الِابْنَةُ وَبِنْتُ الِابْنِ إذَا لَمْ تَكُنْ بِنْتٌ وَالْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ وَالْأُخْتُ لِلْأَبِ إذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَالزَّوْجُ إذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالرُّبُعُ فَرْضُ اثْنَيْنِ الزَّوْجُ إذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ، أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَالزَّوْجَةُ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَوَفَّى وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ كُلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِمَّنْ فَرْضُهُ النِّصْفُ وَهُوَ كُلُّ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الِابْنِ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالثُّلُثُ فَرْضُ الْأُمِّ إذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ وَلَا اثْنَانِ مِنْ الْإِخْوَةِ، أَوْ الْأَخَوَاتِ وَيُفْرَضُ فِي الْغَرَّاوَيْنِ وَهُمَا زَوْجٌ وَأَبَوَانِ أَوْ زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ لِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرْضِ الزَّوْجِ، أَوْ الزَّوْجَةِ وَالثُّلُثُ فَرْضُ كُلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأُمِّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْأَبَوَيْنِ مَعَ الْوَلَدِ وَفَرْضُ الْأُمِّ مَعَ الِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَفَرْضُ الْجَدَّاتِ وَفَرْضُ بَنَاتِ الِابْنِ مَعَ الِابْنَةِ لِلصُّلْبِ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَفَرْضُ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ مَعَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَفَرْضُ الْأَخِ، أَوْ الْأُخْتِ لِلْأُمِّ وَفَرْضُ الْجَدِّ مَعَ الْوَلَدِ وَلَهُ فُرُوضٌ مُخْتَلِفَةٌ تُذْكَرُ فِي بَابِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ وَلَدَ الِابْنِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ لِأُنْثَاهُمْ النِّصْفُ وَلِلِاثْنَيْنِ مِنْهُمَا فَمَا زَادَ الثُّلُثَانِ وَلِلذَّكَرِ فَمَا زَادَ جَمِيعُ الْمَالِ وَذَكَرُهُمْ يُعَصِّبُ أُخْتَهُ فَيَكُونُ لَهُمَا جَمِيعًا الْمَالُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

الْأُنْثَيَيْنِ فَهَذَا فِي الْمِيرَاثِ فَأَمَّا فِي الْحَجْبِ فَهُمْ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ لِلصُّلْبِ فِي الْحَجْبِ، وَذَلِكَ أَنَّ حَجْبَ الْوَلَدِ وَوَلَدَ الْوَلَدِ عَلَى ضَرْبَيْنِ حَجْبٌ هُوَ مَنْعٌ مِنْ الْمِيرَاثِ جُمْلَةً وَحَجْبٌ هُوَ رَدٌّ مِنْ فَرْضٍ إلَى فَرْضٍ فَأَمَّا مَنْعُ الْمِيرَاثِ جُمْلَةً فَإِنَّ الِابْنَ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ وَلَدَ الِابْنِ وَالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَيَمْنَعُ الْمِيرَاثَ كُلُّ عَصَبَةٍ لَا فَرْضَ لَهُ مِنْ الْأَعْمَامِ وَبَنِي الْعَمِّ وَبَنِي الْأَخِ، وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَنْ وَرِثَ بِسَبَبٍ فَإِنَّهُ يُسْقِطُ مَنْ كَانَ أَبْعَدَ مِنْهُ مِمَّنْ يَرِثُ بِذَلِكَ السَّبَبِ وَيُسْقِطُ مَنْ كَانَ أَضْعَفَ حَالًا مِنْهُ فِي ذَلِكَ السَّبَبِ، وَإِنْ كَانَ الْقُرْبُ سَوَاءً فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَإِنَّ الْأَخَ يُسْقِطُ وَلَدَ الْأَخِ وَهُمَا يُدْلِيَانِ بِالْأُخُوَّةِ وَالْأَخُ أَقْرَبُ مِنْ ابْنِ الْأَخِ وَالْأَبُ يُسْقِطُ الْجَدَّ؛ لِأَنَّهُمَا يَرِثَانِ بِالْأُبُوَّةِ وَالْأَبُ أَقْرَبُ بِهِمَا وَسَيَأْتِي ذِكْرُ الْجَدِّ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَإِذَا اسْتَكْمَلَ الْبَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَ مِيرَاثُ بَنَاتِ الِابْنِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ، أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ابْنُ ابْنٍ يُعَصِّبُهُنَّ وَإِذَا اسْتَكْمَلَ الْأَخَوَاتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَ الْأَخَوَاتُ لِلْأَبِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لَهُنَّ فَيُعَصِّبُهُنَّ وَقَدْ ذَكَرْنَا حَجْبَ الْعَصَبَاتِ بَعْدَ هَذَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْحَجْبُ عَنْ بَعْضِ الْفَرْضِ وَهُوَ الرَّدُّ مِنْ فَرْضٍ إلَى فَرْضٍ فَإِنَّ الْوَلَدَ وَوَلَدَ الْوَلَدِ يَرُدُّ الزَّوْجَ إلَى الرُّبْعِ وَالزَّوْجَةَ إلَى الثُّمُنِ وَالْأُمَّ إلَى السُّدُسِ وَالِابْنَ، أَوْ ابْنَ الِابْنِ يَرُدُّ الْأَبَ وَالْجَدَّ إلَى السُّدُسِ وَالْبِنْتَ تَرُدُّ بَنَاتِ الِابْنِ مِنْ الثُّلُثَيْنِ إلَى السُّدُسِ وَتَرُدُّ بِنْتَ الِابْنِ مِنْ النِّصْفِ إلَى السُّدُسِ وَالْأُخْتَ لِلْأَبِ وَالْأُمَّ تَرُدُّ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ مِنْ الثُّلُثَيْنِ إلَى السُّدُسِ وَالْأَخَوَاتِ فَمَا زَادَ ذُكُورًا كَانُوا، أَوْ إنَاثًا يَرُدَّانِ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَتَرُدُّ الْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ الْأُخْتَ لِلْأَبِ مِنْ النِّصْفِ إلَى السُّدُسِ.

(225/6)

الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ الصُّلْبِ إلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَهَا النِّصْفُ وَلِابْنَةِ ابْنِهِ وَاحِدَةً كَانَتْ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ مِمَّنْ هُوَ مِنْ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ السُّدُسِ فَإِنْ كَانَ مَعَ بَنَاتِ الِابْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنْ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ فَلَا فَرِيضَةَ وَلَا سُدُسَ لَهُنَّ، وَلَكِنْ إنْ فَضَلَ بَعْدَ فَرَائِضِ أَهْلِ الْفَرَائِضِ فَضْلٌ فَإِنَّ ذَلِكَ الْفَضْلَ لِذَلِكَ الذَّكَرِ وَلِمَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ وَمَنْ فَوْقَهُ مِنْ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، وَلَيْسَ لِمَنْ هُوَ أَطْرَفُ مِنْهُمْ شَيْءٌ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ قَالَ فِي كِتَابِهِ {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ} [النساء: 11] قَالَ مَالِكٌ إلَّا طَرَفٌ هُوَ الْأَبْعَدُ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِابْنِ الِابْنِ مَعَ الِابْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ سَبَبًا مِنْهُ إلَى الْمَيِّتِ وَهُمَا يُدْلِيَانِ بِالْبُنُوَّةِ؛ وَلِأَنَّ ابْنَ الِابْنِ يُدْلِي بِالِابْنِ وَمَنْ يُدْلِي بِعَاصِبٍ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ مَعَهُ، وَإِنْ عُدِمَ الِابْنُ وَكَانَتْ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ فَإِنَّ ابْنَةَ الِابْنِ تَرِثُ مَعَهَا السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ؛ لِأَنَّهُ فَرْضٌ يَرِثُهُ الْبِنْتَانِ فَمَا زَادَ وَبَنَاتُ الِابْنِ يَقُمْنَ مَقَامَ الْبَنَاتِ عِنْدَ عَدَمِهِنَّ فَلَمَّا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ مِنْهُنَّ السُّدُسَ كَانَ ذَلِكَ لِبِنْتِ الِابْنِ فَهِيَ أَوْلَى بِالسُّدُسِ مِنْ الْأُخْتِ الشَّقِيقَةِ وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ مِنْ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ إلَّا مَا يُرْوَى عَنْ أَبِي مُوسَى وَسَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ أَنَّ النِّصْفَ لِلْبِنْتِ وَالنِّصْفَ الثَّانِي لِلْأُخْتِ وَلَا حَقَّ فِي ذَلِكَ لِبِنْتِ الِابْنِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي مُوسَى مَا يَقْتَضِي الرُّجُوعَ عَنْ هَذَا الْقَوْلِ، وَذَلِكَ مَا رَوَاهُ هُذَيْلُ بْنُ شُرَحْبِيلَ سُئِلَ أَبُو مُوسَى عَنْ بِنْتٍ وَابْنَةِ ابْنٍ وَأُخْتٍ فَقَالَ لِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَائْتِ ابْنَ مَسْعُودٍ فَسَيُتَابِعُنِي فَسُئِلَ ابْنُ مَسْعُودٍ وَأَخْبَرَهُ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَى فَقَالَ لَقَدْ ضَلَلْت إذًا وَمَا أَنَا مِنْ الْمُهْتَدِينَ أَقْضِي فِيهَا بِمَا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِلِابْنَةِ النِّصْفُ وَلِابْنَةِ الِابْنِ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَمَا بَقِيَ لِلْأُخْتِ فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَى فَأَخْبَرْنَاهُ بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ فَقَالَ لَا تَسْأَلُونِي عَنْ شَيْءٍ مَا دَامَ هَذَا الْحَبْرُ فِيكُمْ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ بِنْتَ الِابْنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تَرِثُ بِالْفَرْضِ وَالْأُخْتَ تَرِثُ بِالتَّعْصِيبِ وَلَا مِيرَاثَ لِلْعَصَبَةِ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ ذَوُو الْفُرُوضِ فُرُوضَهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَتْ بِنْتُ الِابْنِ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ لَيْسَ لَهُنَّ إلَّا السُّدُسُ يَشْتَرِكْنَ فِيهِ عَلَى السَّوَاءِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ عَصَّبَهُنَّ فَكَانَ النِّصْفُ الثَّانِي بَيْنَهُمَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ بَالِغًا مَا بَلَغَ.

وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ لِبَنَاتِ الِابْنِ فِي الْمُقَاسَمَةِ السُّدُسُ، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ قُسِمَ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كَانَتْ حِصَّةُ الْبَنَاتِ بِالْمُقَاسَمَةِ أَكْثَرَ مِنْ السُّدُسِ فُرِضَ لَهُنَّ السُّدُسُ وَيُجْعَلُ الْبَاقِي لِبَنِي الِابْنِ، وَكَذَلِكَ يَقُولُ فِي الْأُخْتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخَوَاتٍ وَإِخْوَةٍ لِأَبٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كُنَّ بَنَاتَ الصُّلْبِ اثْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا حَجَبْنَ بَنَاتَ الِابْنِ أَنْ يَرِثْنَ بِالْفَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِبَنَاتِ الِابْنِ أَنْ يَرِثْنَ بِالْفَرْضِ فِي غَيْرِ الثُّلُثَيْنِ فَإِنْ كَانَ مَعَ بَنَاتِ الِابْنِ ابْنُ ابْنٍ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِنَّ مِنْ الْمَيِّتِ، أَوْ أَبْعَدَ مِنْهُنَّ عَصَّبَهُنَّ فَوَرِثْنَ مَعَهُ بِالتَّعْصِيبِ مَا فَضَلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ

فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ إلَّا أَنَّ هَذَا حُكْمُ الْعَصَبَةِ هَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ لَا يُعَصِّبُهُنَّ ذَكَرٌ فِي دَرَجَتِهِنَّ وَلَا أَسْفَلَ مِنْهُنَّ وَيَنْفَرِدُ بِالْمِيرَاثِ دُونَهُنَّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ جِنْسٍ يُعَصِّبُ ذُكُورُهُمْ إنَاثَهُمْ فِي جَمِيعِ الْمَالِ فَإِنَّهُ يُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا فَضَلَ مِنْهُ كَوَلَدِ الصُّلْبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الِابْنُ أَقْرَبَ إلَى الْمَيِّتِ حَجَبَهُنَّ عَنْ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ مِنْهُنَّ يَرِثُ بِمِثْلِ سَبَبِهِنَّ مِنْ التَّعْصِيبِ كَالْأَخِ مَعَ ابْنِ الْأَخِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ} [النساء: 11] عَلَى سَبِيلِ الِاحْتِجَاجِ عَلَى صِحَّةِ مَا قَالَهُ وَبَيَانُ مَوْضِعِ مَا ذُكِرَ مِنْ أَحْكَامِ الْمَوَارِيثِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

(226/6)

مِيرَاثُ الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ وَالْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا (ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمِيرَاثُ الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ إذَا لَمْ تَتْرُكْ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ مِنْهُ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ النِّصْفُ فَإِنْ تَرَكَتْ وَلَدًا، أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ، أَوْ أُنْثَى فَلِزَوْجِهَا الرُّبُعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصِي بِهَا، أَوْ دَيْنٍ وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا إنْ لَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ الرُّبُعُ فَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا، أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى فَلِامْرَأَتِهِ الثُّمُنُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 12] .

مِيرَاثُ الْأَبِ وَالْأُمِّ مِنْ وَلَدِهِمَا (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ مِيرَاثَ الْأَبِ مِنْ ابْنِهِ، أَوْ ابْنَتِهِ أَنَّهُ إنْ تَرَكَ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا، أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأَبِ السُّدُسُ فَرِيضَةً فَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَنْ شَرَّكَ الْأَبَ مِنْ أَهْلِ الْفَرَائِضِ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ مِنْ الْمَالِ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ لِلْأَبِ

وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْهُمْ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلْأَبِ السُّدُسُ فَرِيضَةً) .

(ص) : (وَمِيرَاثُ الْأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا إذَا تُوُفِّيَ ابْنُهَا، أَوْ ابْنَتُهَا فَتَرَكَ

[المنتقى]

[مِيرَاثُ الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ وَالْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ وَذَلِكَ أَنَّ فَرْضَ الزَّوْجِ النِّصْفُ وَيَحْجُبُهُ الْوَلَدُ وَوَلَدُ الِابْنِ إلَى الرُّبُعِ وَأَكْمَلُ فُرُوضِ الزَّوْجَةِ الرُّبُعُ وَيَرُدُّهَا الْوَلَدُ وَوَلَدُ الِابْنِ إلَى الثُّمُنِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ الْآيَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ فَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ وَاحِدَةً فَهَذَا حُكْمُهَا وَإِنْ كُنَّ اثْنَتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا، أَوْ أَرْبَعًا فَحُكْمُهُنَّ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ لَهُنَّ الرُّبُعُ دُونَ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الِابْنِ وَلَهُنَّ الثُّمُنُ مَعَ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الِابْنِ يَقْتَسِمْنَ ذَلِكَ عَلَى السَّوَاءِ وَلَا تُنْقَصُ الزَّوْجَةُ أَوْ الزَّوْجَاتُ مِنْ الثُّمُنِ إلَّا أَنْ يُنْقِصَهُنَّ الْعَوْلُ مِثْلُ أَنْ يَتْرُكَ الْمُتَوَفَّى زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنَتَيْنِ فَإِنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْفَرِيضَةِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَتَعُولُ إلَى سَبْعٍ وَعِشْرِينَ وَتُسَمَّى الْمِنْبَرِيَّةَ، وَذَلِكَ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – سُئِلَ عَنْ مِيرَاثِ الزَّوْجَةِ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ يَخْطُبُ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالَ عَادَ ثُمُنُهَا تُسْعًا وَمَضَى فِي خُطْبَتِهِ.

[مِيرَاثُ الْأَبِ وَالْأُمِّ مِنْ وَلَدِهِمَا]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّ مِيرَاثَ الْأَبِ مِنْ ابْنِهِ أَوْ ابْنَتِهِ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِالْفَرْضِ وَالثَّانِي أَنْ يَجْمَعَ الْفَرْضَ وَالتَّعْصِيبَ.

وَقَدْ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِيّ وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ إنَّهُ يَنْفَرِدُ بِالتَّعْصِيبِ فَأَمَّا مَوْضِعُ انْفِرَادِهِ بِالْفَرْضِ فَتَارَةً يَكُونُ مَعَ مَنْ هُوَ أَقْوَى تَعْصِيبًا مِنْهُ كَالِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ فَإِنَّ هَذَا يُحْجَبُ بِعَصَبَتِهِ وَيُرَدُّ إلَى مُجَرَّدِ فَرْضِهِ وَهُوَ السُّدُسُ وَالثَّانِي أَنْ يُعْطَى فَرْضَهُ وَهُوَ السُّدُسُ، ثُمَّ يَسْتَغْرِقَ أَهْلُ الْفُرُوضِ بَقِيَّةَ الْمَالِ فَلَا يَبْقَى مِنْهُ مَا يُورَثُ بِتَعْصِيبٍ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ إلَّا مَا وَجَبَ لَهُ بِالْفَرْضِ أَوَّلًا وَهُوَ السُّدُسُ، وَذَلِكَ أَنْ يَرِثَ الْمُتَوَفَّى ابْنَتَانِ فَأَكْثَرُ وَأَبَوَانِ فَيَكُونُ لِلِابْنَتَيْنِ الثُّلُثَانِ وَلِلْأَبَوَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَلَا يَبْقَى مِنْ الْمَالِ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْءٌ وَأَمَّا مَوْضِعٌ يَجْمَعُ فِيهِ الْمِيرَاثَ بِالْفَرْضِ وَالتَّعْصِيبِ فَهُوَ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالْمِيرَاثِ فَيَرِثَ سُدُسَهُ بِالْفَرْضِ وَبَاقِيَهُ بِالتَّعْصِيبِ، أَوْ يَبْقَى مِنْهُ بَعْدَ مِيرَاثِهِ بِالْفَرْضِ وَمِيرَاثِ ذَوِي الْفُرُوضِ بَقِيَّةٌ فَإِنَّهُ يَرِثُهَا بِالتَّعْصِيبِ مِثْلُ أَنْ يَرِثَ الْمُتَوَفَّى أَبٌ وَزَوْجَةٌ فَإِنَّ لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعَ وَلِلْأَبِ السُّدُسَ بِالْفَرْضِ وَيَبْقَى نِصْفٌ وَنِصْفُ السُّدُسِ فَيَكُونُ لَهُ بِالتَّعْصِيبِ.

الْمُتَوَفَّى وَلَدًا، أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، أَوْ تَرَكَ مِنْ الْإِخْوَةِ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إنَاثًا مِنْ أَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ مِنْ أَبٍ، أَوْ مِنْ أُمٍّ فَالسُّدُسُ لَهَا وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ وَلَا اثْنَيْنِ مِنْ الْإِخْوَةِ فَصَاعِدًا فَإِنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ كَامِلًا إلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ فَقَطْ وَإِحْدَى الْفَرِيضَتَيْنِ أَنْ يُتَوَفَّى رَجُلٌ وَيَتْرُكَ امْرَأَتَهُ وَأَبَوَيْهِ فَلِامْرَأَتِهِ الرُّبُعُ وَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ وَهُوَ الرُّبُعُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالْأُخْرَى أَنْ تُتَوَفَّى امْرَأَةٌ وَتَتْرُكَ زَوْجَهَا وَأَبَوَيْهَا فَيَكُونَ لِزَوْجِهَا النِّصْفُ وَلِأُمِّهَا الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ وَهُوَ السُّدُسُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ {وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ} [النساء: 11] فَمَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْإِخْوَةَ اثْنَانِ فَصَاعِدًا) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ مِيرَاثَ الْأُمِّ مِنْ ابْنِهَا يَتَنَوَّعُ بِنَوْعَيْنِ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ وَجُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ أَحَدُهُمَا بِالْفَرْضِ وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ: الثُّلُثُ مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الِابْنِ وَالِاثْنَيْنِ مِنْ الْإِخْوَةِ فَصَاعِدًا فَأَمَّا مَعَ وُجُودِ أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا فَفَرْضُهَا السُّدُسُ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ لَا يَحْجُبُ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ إلَّا الثَّلَاثَةُ مِنْ الْإِخْوَةِ فَصَاعِدًا وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ الْجُمْهُورُ قَوْله تَعَالَى {فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ} [النساء: 11] وَلَفْظُ الْإِخْوَةِ وَاقِعٌ عَلَى الِاثْنَيْنِ فَزَائِدًا عَلَى قَوْلِنَا إنَّ أَقَلَّ الْجَمْعِ اثْنَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَلَدُ، أَوْ وَلَدُ الِابْنِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، أَوْ كَانَ الْأَخَوَانِ لِأَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ لِأَبٍ، أَوْ لِأُمٍّ، أَوْ مُفْتَرِقَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لِلْأَبِ وَالْآخَرُ لِلْأُمِّ فَإِنَّ كُلَّ ذَلِكَ يَرُدُّ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ} [النساء: 11] .

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ ابْنَتَهُ فَوُلِدَ لَهُ مِنْهَا وَلَدَانِ فَأَسْلَمَتْ الْأُمُّ وَالْوَلَدَانِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْوَلَدَيْنِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ تَرَكَ أُمَّهُ وَهِيَ أُخْتُهُ، وَتَرَكَ أَخَاهُ فَتَحْجُبُ الْأُمُّ نَفْسَهَا بِنَفْسِهَا مِنْ

الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ فَكَأَنَّهُ تَرَكَ أُمًّا وَأَخًا وَأُخْتًا فَحَجَبَ الْأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ فَقَطْ يُرِيدُ أَنَّ حُكْمَ الْأُمِّ فِي الْفَرْضِ السُّدُسُ، أَوْ الثُّلُثُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذِكْرِنَا لَا يَرِثُ بِغَيْرِ هَذَيْنِ الْفَرْضَيْنِ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِغَيْرِ عَوْلٍ إلَّا فِي مَسْأَلَتَيْنِ وَهُمَا زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَزَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ وَهُمَا الْغَرَّاوَانِ فَإِنَّ مَالِكًا وَجَمَاعَةَ الْفُقَهَاءِ وَالتَّابِعِينَ جَعَلُوا لِلْأُمِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ثُلُثَ مَا بَقِيَ وَانْفَرَدَ ابْنُ عَبَّاسٍ بِأَنْ جَعَلَ لِلْأُمِّ ثُلُثَ جَمِيعِ الْمَالِ وَهَذِهِ مِنْ الْمَسَائِلِ الْخَمْسِ الَّتِي صَحَّ انْفِرَادُ ابْنِ عَبَّاسٍ بِهَا وَالثَّالِثَةُ مَنْعَ الْعَوْلِ وَالرَّابِعَةُ أَنَّ الْأُمَّ لَا تُحْجَبُ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ مِنْ الْإِخْوَةِ إلَّا بِثَلَاثَةٍ وَالْخَامِسَةُ أَنَّهُ لَا يَجْعَلُ الْأَخَوَاتِ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ} [النساء: 11] وَهَذَا عَامٌّ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَيْنِ أَبَوَانِ دَخَلَ بَيْنَهُمَا ذُو سَهْمٍ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ السَّهْمِ أَصْلُهُ إذَا كَانَ مَعَ الْأَبَوَيْنِ بِنْتٌ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْغَرَّاوَيْنِ تَكُونُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ أَحَدُهَا رَجُلٌ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ فَإِنَّ الْفَرِيضَةَ مِنْ أَرْبَعَةٍ لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ وَلِلْأُمِّ الرُّبُعُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وَلِلْأَبِ النِّصْفُ وَالْوَجْهُ الثَّانِي رَجُلٌ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَأَخًا فَإِنَّ الْفَرِيضَةَ مِنْ أَرْبَعَةٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ فَإِنَّ الْفَرِيضَةَ مِنْ سِتَّةٍ؛ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ بِثَلَاثَةٍ وَلِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بِسَهْمٍ وَهُوَ السُّدُسُ وَلِلْأَبِ الثُّلُثُ سَهْمَانِ وَهُوَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وَسَوَاءٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَانَ مَعَ الْأَبَوَيْنِ أَخٌ أَوْ أَخَوَانِ، أَوْ أَكْثَرَ، أَوْ لَمْ يَكُنْ أَخٌ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى إذَا كَانَ مَعَ الْأَبَوَيْنِ أَخَوَانِ فَأَكْثَرَ وَلَمْ يَكُنْ أَخٌ فَإِنَّ الْفَرِيضَةَ تَكُونُ مِنْ سِتَّةٍ لِلْأُمِّ السُّدُسُ وَلَا يَكُونُ لَهَا ثُلُثُ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الْأَخَوَيْنِ قَدْ حَجَبَاهَا مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَجْرِي الْجَدُّ فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْأَبِ فَلَوْ تُوُفِّيَ رَجُلٌ وَتَرَكَ أُمًّا

مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ لَا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ وَلَا مَعَ وَلَدِ الِابْنِ ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إنَاثًا شَيْئًا وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْأَبِ وَلَا مَعَ الْجَدِّ أَبِ الْأَبِ شَيْئًا وَأَنَّهُمْ يَرِثُونَ

فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لِلْوَاحِدِ مِنْهُمْ السُّدُسُ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى فَإِنْ كَانَا اثْنَيْنِ فَلِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ الْعَزِيزِ {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] فَكَانَ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي هَذَا بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ) .

[المنتقى]

وَجَدًّا وَزَوْجَةً لَكَانَتْ الْفَرِيضَةُ أَيْضًا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ: لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ ثَلَاثَةٌ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ أَرْبَعَةٌ وَمَا بَقِيَ لِلْجَدِّ وَلَوْ تَرَكَ أَبًا وَجَدَّةً وَزَوْجَةً لَكَانَتْ الْفَرِيضَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ ثَلَاثَةٌ وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ سَهْمَانِ وَالْبَاقِي لِلْأَبِ وَلَوْ تُوُفِّيَتْ امْرَأَةٌ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُمًّا وَجَدًّا لَكَانَتْ الْفَرِيضَةُ مِنْ سِتَّةٍ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ سَهْمَانِ وَلِلْجَدِّ سَهْمٌ وَلَوْ تُوُفِّيَتْ امْرَأَةٌ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأَبًا وَجَدَّةً لَكَانَتْ الْفَرِيضَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ وَلِلْأَبِ مَا بَقِيَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْإِخْوَةَ ابْنَانِ فَصَاعِدًا يُرِيدُ أَنَّ الْإِخْوَةَ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ} [النساء: 11] يَتَنَاوَلُ لَفْظَ الْإِخْوَةِ الْأَخَوَيْنِ فَصَاعِدًا فَأَمَّا عَلَى مَا ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ أَقَلَّ الْجَمْعِ اثْنَانِ فَإِنَّ لَفْظَ الْإِخْوَةِ يَتَنَاوَلُ الِاثْنَيْنِ فَمَا زَادَ لُغَةً وَشَرْعًا فَإِذَا قُلْنَا: إنَّ أَقَلَّ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ فَإِنَّ هَذَا الْحُكْمَ يَثْبُتُ فِي الِاثْنَيْنِ بِالْقِيَاسِ إذْ كُلُّ حُكْمٍ يَتَغَيَّرُ بِالْإِخْوَةِ فَإِنَّهُ يَتَغَيَّرُ بِالِاثْنَيْنِ مِنْهُمْ كَتَغَيُّرِ فَرْضِ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ لِعُثْمَانَ أَلَيْسَ الْأَخَوَانِ بِإِخْوَةٍ فِي لِسَانِ قَوْمِك فَقَالَ عُثْمَانُ: لَا أَسْتَطِيعُ أَنْ أُغَيِّرَ أَمْرًا قَدْ مَضَى وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ فِي بَعْضِ اللُّغَاتِ دُونَ بَعْضٍ إلَّا أَنَّ مَنْ مَضَى أَخَذَ فِي ذَلِكَ بِاللُّغَةِ الَّتِي يَتَنَاوَلُ فِيهَا لَفْظُ الْإِخْوَةِ لِلْأَخَوَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ لَا يَرِثُونَ مَعَ وَارِثٍ مِنْ الْوَلَدِ ذُكُورِهِمْ وَإِنَاثِهِمْ وَوَلَدَ الِابْنِ لَا يَرِثُونَ مَعَ وَارِثٍ مِنْ الْأَبِ وَالْأَجْدَادِ وَيَرِثُونَ مَعَ غَيْرِهِمْ مِنْ الْأُمِّ وَالْجَدَّاتِ وَسَائِرِ الْوَرَثَةِ بِالْفَرْضِ دُونَ التَّعْصِيبِ؛ لِأَنَّهُمْ يَسْتَفِيدُونَ ذَلِكَ مِنْ الْأُمِّ وَلَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ التَّعْصِيبِ، وَفَرْضُ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ السُّدُسُ لَا يُنْقَصُ مِنْ ذَلِكَ إلَّا بِالْعَوْلِ، وَفَرْضُ الِاثْنَيْنِ فَمَا زَادَ الثُّلُثُ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سَوَاءٌ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ

قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ} [النساء: 12] وَمَعْنَاهُ عِنْدَنَا أَنْ يُورَثَ بِغَيْرِ أَبَوَيْنِ وَلَا مَوْلُودَيْنِ، ثُمَّ قَالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ {وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ} [النساء: 12] فَسَاوَى فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْأَخِ وَالْأُخْتِ، ثُمَّ قَالَ تَبَارَكَ اسْمُهُ {فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] فَوَجَبَ أَنْ يَرْجِعَ الضَّمِيرُ إلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي تَسَاوِيهِمْ فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَفْظُ ظَاهِرُ الِاشْتِرَاكِ فِي الثُّلُثِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَمَّا اسْتَوَى ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ عِنْدَ الِانْفِرَادِ بِالسَّوَاءِ اسْتَوَى عِنْدَ الِاشْتِرَاكِ فِي الثُّلُثِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَفِي كِتَابِ ابْنِ عَجْلَانَ يَحْيَى بْنُ مُحَمَّدٍ الْفَرَضِيُّ فِي صَبِيٍّ يَمُوتُ وَلَهُ أُمٌّ مُتَزَوِّجَةٌ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِزَوْجِهَا أَنْ يَطَأَهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّ بِهَا حَمْلًا لِمَكَانِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهَا إنْ كَانَتْ حَامِلًا وَرِثَ ذَلِكَ الْحَمْلُ أَخَاهُ لِأُمِّهِ الْمَيِّتَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَعْزِلُ عَنْهَا وَلَهُ وَطْؤُهَا فَإِنْ وَضَعَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَرِثَ أَخَاهُ وَإِنْ وَضَعَتْهُ لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَرِثْهُ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ عَنْهَا فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَطْرُقَهَا وَيَتَسَوَّرَ عَلَيْهَا وَهَذَا إذَا لَمْ

(229/6)

مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لَا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ شَيْئًا وَلَا مَعَ وَلَدِ الِابْنِ الذَّكَرِ شَيْئًا وَلَا مَعَ الْأَبِ دَنِيًّا شَيْئًا وَهُمْ يَرِثُونَ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْأَبْنَاءِ مَا لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى جَدًّا أَبَا أَبٍ مَا فَضَلَ مِنْ الْمَالِ يَكُونُونَ فِيهِ عَصَبَةً يُبْدَأُ بِمَنْ كَانَ لَهُ أَصْلُ فَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ ذُكْرَانًا كَانُوا، أَوْ إنَاثًا {لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ} [النساء: 11] فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ) .

(ص) : (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى أَبًا وَلَا جَدًّا أَبَا أَبٍ وَلَا وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ، أَوْ أُنْثَى فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنْ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ فُرِضَ لَهُمَا الثُّلُثَانِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ ذَكَرٌ فَلَا فَرِيضَةَ لِأَحَدٍ مِنْ الْأَخَوَاتِ وَاحِدَةً كَانَتْ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَيُبْدَأُ بِمَنْ شَرَكَهُمْ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ إلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا شَيْءٌ فَاشْتَرَكُوا فِيهَا مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمِّهَا وَأَبِيهَا فَكَانَ لِزَوْجِهَا

النِّصْفُ وَلِأُمِّهَا السُّدُسُ وَلِإِخْوَتِهَا لِأُمِّهَا الثُّلُثُ فَلَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَشْتَرِكُ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ فِي هَذِهِ

[المنتقى]

يَكُنْ حَمْلُهَا ظَاهِرًا يَوْمَ مَاتَ الْمَيِّتُ وَلَوْ كَانَ حَمْلُهَا ظَاهِرًا لَوَرِثَ أَخَاهُ وَإِنْ وَضَعَتْهُ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ تِسْعَةٍ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ زَوْجُهَا غَائِبًا غَيْبَةً بَعِيدَةً لَا يَتَهَيَّأُ لَهُ الْوُصُولُ إلَيْهَا فَإِنَّهُ يَرِثُ أَخَاهُ وَإِنْ وُلِدَ لِأَكْثَرَ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لَا يَرِثُونَ مَعَ الِابْنِ وَلَا مَعَ ابْنِ الِابْنِ وَلَا مَعَ الْأَبِ شَيْئًا، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ إنَّمَا يَرِثُونَ بِالتَّعْصِيبِ وَيُدْلُونَ بِالْأَبِ فَلَا يَرِثُونَ مَعَهُ بِالتَّعْصِيبِ وَتَعْصِيبُ الْبُنُوَّةِ أَقْوَى مِنْ تَعْصِيبِ الْأُبُوَّةِ بِدَلِيلِ أَنَّ تَعْصِيبَ الِابْنِ يُبْطِلُ مِيرَاثَ الْأَبِ بِالتَّعْصِيبِ فَإِذَا كَانَ الْأَخُ لَا يَرِثُ مَعَ الْأَبِ فَبِأَنْ لَا يَرِثَ مَعَ الِابْنِ الَّذِي هُوَ أَقْوَى تَعْصِيبًا مِنْهُ أَوْلَى، وَإِنَاثُ الْأَخَوَاتِ وَإِنْ كُنَّ يَرِثْنَ بِالْفَرْضِ إلَّا أَنَّهُنَّ لَا يُدْلِينَ إلَّا بِمَا يُدْلِي بِهِ ذُكُورُهُمْ فَإِذَا كَانَ ذُكُورُهُمْ يُحْجَبُونَ بِالْأَبِ وَالِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ فَبِأَنْ يُحْجَبَ بِهِ إنَاثُهُمْ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَهُمْ يَرِثُونَ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الِابْنِ مَا لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى أَبًا أَبٍ مَا فَضَلَ مِنْ الْمَالِ يَكُونُونَ عَصَبَةً يُرِيدُ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْوَرَثَةِ أَحَدٌ مِمَّنْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَحْجُبُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِمْ جَدٌّ يُقَاسِمُهُمْ كَانُوا عَصَبَةً يَرِثُونَ مَا فَضَلَ مِنْ الْمَالِ عَنْ الْبِنْتِ الْوَاحِدَةِ، أَوْ بِنْتِ الِابْنِ وَهُوَ نِصْفُ الْمَالِ، أَوْ مَا فَضَلَ عَنْ الِاثْنَيْنِ فَزَائِدًا، أَوْ عَلَى بِنْتَيْ ابْنٍ، أَوْ عَنْ بِنْتٍ وَبِنْتِ ابْنٍ وَهُوَ الثُّلُثُ وَإِنْ كَانَ الْإِخْوَةُ ذُكْرَانًا فَهَذَا الْفَضْلُ بَيْنَهُمْ عَلَى السَّوَاءِ وَإِنْ كَانُوا ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا فَهُوَ بَيْنَهُمْ لِلرَّجُلِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ} [النساء: 176] ؛ وَلِأَنَّهُمْ رِجَالٌ وَنِسَاءٌ فِي قُعْدُدٍ يَرِثُونَ بِالتَّعْصِيبِ فَكَانَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ كَالْبَنِينَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كُنَّ إنَاثًا وَكَانَتْ ابْنَةٌ أَوْ ابْنَتَانِ فَإِنَّ الْأَخَوَاتِ عَصَبَةٌ لِمَنْ يَرِثْنَ مَعَهُنَّ مَا فَضَلَ عَنْ سِهَامِ ذَوِي الْفُرُوضِ هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ لَا يَعْصِبُ الْأَخَوَاتُ الْبَنَاتِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ الْجُمْهُورُ حَدِيثُ ابْنِ

مَسْعُودٍ الْمُتَقَدِّمُ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى لِلابْنَةِ بِالنِّصْفِ وَلِابْنَةِ الابْنِ بِالسُّدُسِ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ» وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ فَلَمْ يَنْفَرِدْ بِهِ ابْنُ الْعَمِّ دُونَ الْأُخْتِ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا انْفَرَدَ.

(ص) : (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى أَبًا وَلَا جَدًّا أَبَا أَبٍ وَلَا وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ، أَوْ أُنْثَى فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنْ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ فُرِضَ لَهُمَا الثُّلُثَانِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ ذَكَرٌ فَلَا فَرِيضَةَ لِأَحَدٍ مِنْ الْأَخَوَاتِ وَاحِدَةً كَانَتْ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَيُبْدَأُ بِمَنْ شَرَكَهُمْ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ إلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا شَيْءٌ فَاشْتَرَكُوا فِيهَا مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمِّهَا وَأَبِيهَا فَكَانَ لِزَوْجِهَا النِّصْفُ وَلِأُمِّهَا السُّدُسُ وَلِإِخْوَتِهَا لِأُمِّهَا الثُّلُثُ فَلَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَشْتَرِكُ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ فَيَكُونُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ وَإِنَّمَا وَرِثُوا بِالْأُمِّ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] فَلِذَلِكَ شُرِّكُوا فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ؛ لِأَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ) .

(230/6)

الْفَرِيضَةِ مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ فَيَكُونُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ وَإِنَّمَا وَرِثُوا بِالْأُمِّ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] فَلِذَلِكَ شُرِّكُوا فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ؛ لِأَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ) .

مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مِيرَاثَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ أَحَدٌ مِنْ بَنِي الْأَبِ وَالْأُمِّ كَمَنْزِلَةِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ سَوَاءٌ ذَكَرُهُمْ كَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ إلَّا أَنَّهُمْ لَا يُشْرَكُونَ مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي الْفَرِيضَةِ الَّتِي شَرَكَهُمْ فِيهَا بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ خَرَجُوا مِنْ وِلَادَةِ الْأُمِّ الَّتِي جَمَعَتْ أُولَئِكَ)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ اجْتَمَعَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ فَكَانَ فِي بَنِي الْأَبِ وَالْأُمِّ ذَكَرٌ فَلَا

مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنْ بَنِي الْأَبِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ إلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْإِنَاثِ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ وَيُفْرَضُ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ تَتِمَّةَ الثُّلُثَيْنِ فَإِنْ كَانَ مَعَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ ذَكَرٌ فَلَا فَرِيضَةَ لَهُنَّ وَيُبْدَأُ بِأَهْلِ الْفَرَائِضِ

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّهُ إذَا كَانَ مَعَ الْأَخَوَاتِ أَخٌ فَإِنَّهُنَّ يَرِثْنَ بِالتَّعْصِيبِ مَا فَضَلَ عَنْ الْفُرُوضِ وَلَا يَرِثْنَ بِالْفَرْضِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ التَّعْصِيبِ قَدْ غَلَبَ عَلَيْهِنَّ فَصَارَ ذَلِكَ حُكْمَهُنَّ.

وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ إلَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تُسَمَّى الْمُشَرَّكَةُ لِتَشْرِيكِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ مَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ فِي الثُّلُثِ وَتُسَمَّى الْحِمَارِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ قَالُوا: هَبْ أَنَّ أَبَانَا كَانَ حِمَارًا عَلَى وَجْهِ الْإِخْبَارِ عَنْ تَسَاوِي الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ فِي الْأُولَى بِالْأُمِّ وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَيَجْعَلُ الثُّلُثَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ دُونَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ حِينَ لَمْ تُبْقِ لَهُمْ الْفَرَائِضُ شَيْئًا وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ.

وَقَالَ عُمَرُ حِينَ قَضَى فِي الْعَامِ الْأَوَّلِ فَلَمْ يُشَرِّكْ وَقَضَى فِي الْعَامِ الثَّانِي فَشَرَّكَ تِلْكَ عَلَى مَا قَضَيْنَاهُ وَهَذِهِ عَلَى مَا قَضَيْنَاهُ وَقَالَ وَكِيعٌ أُخْتُلِفَ فِيهَا عَنْ جَمِيعِ الصَّحَابَةِ إلَّا عَنْ عَلِيٍّ فَإِنَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ عَنْهُ أَنَّهُ لَمْ يُشَرِّكْ بَيْنَهُمَا وَاسْتَدَلَّ مَنْ قَالَ بِالتَّشْرِيكِ بِمَا اسْتَدَلَّ بِهِ مَالِكٌ مِنْ قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً} [النساء: 12] الْآيَةَ قَالَ مَالِكٌ فَلِذَلِكَ شُورِكُوا فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ؛ لِأَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إخْوَةٌ لِلْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ وَهُوَ سَبَبُ مِيرَاثِ جَمِيعِ الْإِخْوَةِ لَا يَخْرُجُ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ مُنَاسَبَتُهُمْ الْمُتَوَفَّى بِالْأَبِ عَنْ أَنْ يَكُونُوا إخْوَتَهُ لِأُمِّهِ فَتُحْمَلُ الْآيَةُ عَلَى عُمُومِهَا فِي كُلِّ أَخٍ لِأُمٍّ سَوَاءٌ كَانَ أَخًا لِأَبٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ وَالْأَبُ لَا يَزِيدُ مَا بَيْنَهُمَا ضَعْفًا بَلْ يَزِيدُهُ قُوَّةً وَتَأْكِيدًا وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذِهِ فَرِيضَةٌ فِيهَا إخْوَةٌ لِأُمٍّ وَإِخْوَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ لَوْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا لِوَرِثَ فَإِذَا وَرِثَ الْأَخُ مِنْ الْأُمِّ وَجَبَ أَنْ يُشَرَّكَ الْأَخُ مِنْ الْأَبِ وَالْأُمِّ، أَصْلُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْفَرِيضَةِ أُمٌّ وَعِنْدِي أَنَّ نَفْيَ التَّشْرِيكِ أَقْيَسُ وَأَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الشَّرِكَةَ لَا تَصِحُّ إلَّا بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ أَنْ يَكُونَ فِيهَا زَوْجٌ وَابْنَانِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ وَأَخٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَتَكُونُ مَعَهُمْ أُمٌّ، أَوْ جَدَّةٌ فَإِنْ خُرِمَ شَرْطٌ مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ لَمْ تَكُنْ مُشْتَرَكَةً وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ بِمَنْزِلَتِهِمْ فِي الْمِيرَاثِ وَالْحَجْبِ،

يُحِيطُ ذَكَرُهُمْ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَيَكُونُ لَهُ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفَرْضِ وَأُنْثَاهُمْ لَهَا النِّصْفُ وَلِلِاثْنَتَيْنِ فَمَا زَادَ الثُّلُثَانِ إلَّا أَنَّهُمْ لَا يَكُونُ حُكْمُهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُشْتَرَكَةِ حُكْمَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُشْرِكُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُدْلُونَ بِمِثْلِ سَبَبِهِمْ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ اجْتَمَعَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ فَكَانَ فِي بَنِي الْأَبِ وَالْأُمِّ ذَكَرٌ فَلَا مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنْ بَنِي الْأَبِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ إلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْإِنَاثِ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ وَيُفْرَضُ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ تَتِمَّةَ الثُّلُثَيْنِ فَإِنْ كَانَ مَعَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ ذَكَرٌ فَلَا فَرِيضَةَ لَهُنَّ وَيُبْدَأُ بِأَهْلِ الْفَرَائِضِ الْمُسَمَّاةِ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ فَإِنْ كَانَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ امْرَأَتَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْإِنَاثِ فُرِضَ لَهُنَّ الثُّلُثَانِ وَلَا مِيرَاثَ مَعَهُنَّ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ فَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ بُدِئَ بِمَنْ شَرَكَهُمْ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَأُعْطُوا فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ) .

(231/6)

الْمُسَمَّاةِ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ فَإِنْ كَانَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ امْرَأَتَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ الْإِنَاثِ فُرِضَ لَهُنَّ الثُّلُثَانِ وَلَا مِيرَاثَ مَعَهُنَّ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ فَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ بُدِئَ بِمَنْ شَرَكَهُمْ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَأُعْطُوا فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلِبَنِي الْأُمِّ مَعَ بَنِي الْأَبِ وَالْأُمِّ وَمَعَ بَنِي الْأَبِ لِلْوَاحِدِ السُّدُسُ وَلِلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ سَوَاءٌ) .

مِيرَاثُ الْجَدِّ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ كَتَبَ إلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنْ الْجَدِّ فَكَتَبَ إلَيْهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ إنَّكَ كَتَبْت إلَيَّ تَسْأَلُنِي عَنْ الْجَدِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَكُنْ يَقْضِي فِيهِ إلَّا الْأُمَرَاءُ يَعْنِي الْخُلَفَاءُ وَقَدْ حَضَرْت الْخَلِيفَتَيْنِ قَبْلَك فَيُعْطِيَانِهِ النِّصْفَ مَعَ الْأَخِ

الْوَاحِدِ وَالثُّلُثَ مَعَ الِاثْنَيْنِ فَإِنْ كَثُرَتْ الْإِخْوَةُ لَمْ يَنْقُصُوهُ مِنْ الثُّلُثِ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ جُمْلَةً وَأَمَّا الْأُخْتُ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ فَإِنَّهَا تَحْجُبُهُمْ عَنْ النِّصْفِ فَإِنْ كَانَ مَعَهَا أُخْتٌ، أَوْ أَخَوَاتٌ لِأَبٍ كَانَ لَهُمْ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ؛ لِأَنَّهُ فَرْضُ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ فَإِذَا حَجَبَتْهُمْ الْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ عَنْ النِّصْفِ بَقِيَ لَهُنَّ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَالْوَاحِدَةُ وَالْجَمَاعَةُ فِيهَا سَوَاءٌ فَإِذَا كَانَ الْأَخَوَاتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ اثْنَيْنِ فَزَائِدًا فَحَجَبْنَ مِيرَاثَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ مِنْ الْفَرْضِ جُمْلَةً؛ لِأَنَّهُنَّ قَدْ اسْتَكْمَلْنَ الثُّلُثَيْنِ الَّذِي هُوَ فَرْضُهُنَّ إذَا انْفَرَدْنَ فَلَمْ يَبْقَ مِنْ فَرْضِهِنَّ مَا يَرِثْنَ فَإِنْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، أَوْ الْأَخَوَاتِ أَخٌ لِأَبٍ وَرِثَ الْبَاقِيَ بِالتَّعْصِيبِ وَاحِدًا كَانَ أَوْ جَمَاعَةً فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أُخْتٌ عَصَبَهَا فَوَرِثَتْ مَعَهُ الْبَاقِيَ عَنْ فَرْضِ الْأُخْتِ، أَوْ الْأَخَوَاتِ بِالتَّعْصِيبِ، وَلَيْسَ فِي الرِّجَالِ مَنْ يُعَصِّبُ أُخْتَهُ غَيْرَ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخِ لِلْأَبِ وَالِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ وَلَيْسَ فِيهِمْ مَنْ يُعَصِّبُ عَمَّتَهُ غَيْرَ ابْنِ الِابْنِ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ: إنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ يَرِثُونَ مَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْفُرُوضِ فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُمْ فِي الْمِيرَاثِ عَلَى الْعَصَبَةِ الَّذِينَ لَا يُدْلُونَ بِهِمْ وَإِنَّمَا يُدْلُونَ بِمِثْلِ قُرْبِهِمْ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْجَدُّ مَعَ الْأَبِ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بِهِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ الْأُخْتُ مَعَ الْأَبِ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِهِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ الْأَخُ لِلْأَبِ مَعَ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُدْلِي بِمِثْلِ قَرَابَتِهِ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يُدْلِي بِالْأُبُوَّةِ وَالْأَخُ يُدْلِي بِالْإِخْوَةِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ الْأُخْتُ لِلْأَبِ مَعَ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْأَخَ يُعَصِّبُهَا، ثُمَّ يَكُونُ أَوْلَى مِنْهَا لِقَرَابَتِهِ بِالْأُمِّ وَأَمَّا الْأَخُ لِلْأُمِّ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ إلَّا بِالْفَرْضِ.

[مِيرَاثُ الْجَدِّ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ كَتَبَ إلَى زَيْدٍ يَسْأَلُهُ عَنْ الْجَدِّ كَلَامٌ مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّ فِي الْجَدِّ مَسَائِلَ كَثِيرَةً فِي الْمَوَارِيثِ وَغَيْرِهَا إلَّا أَنَّهُ اسْتَجَازَ حَذْفَ السُّؤَالِ لِمَا فِي الْجَوَابِ مِنْ الدَّلَالَةِ عَلَيْهِ وَقَوْلُ زَيْدٍ إنَّكَ كَتَبْت إلَيَّ تَسْأَلُنِي عَنْ الْجَدِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ رَدُّ الْعِلْمِ إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَاعْتِرَافٌ بِأَنَّ طَرِيقَ إثْبَاتِ حُكْمِهِ الِاجْتِهَادُ وَغَلَبَةُ الظَّنِّ دُونَ الْقَطْعِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَصًّا يَقَعُ لَهُ بِهِ الْعِلْمُ وَلَا بَلَغَهُ عَنْهُ فِيهِ خَبَرٌ مُتَوَاتِرٌ وَقَوْلُهُ وَذَلِكَ مَا لَمْ يَقْضِ فِيهِ إلَّا الْأُمَرَاءُ يَعْنِي بِخَبَرٍ صَحِيحٍ مِنْ خَبَرِ الْآحَادِ يَتَضَمَّنُ حُكْمَهُ وَأَنَّهُ لَمْ يَتَقَدَّمْهُمْ فِيهِ حُكْمٌ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَكُونُ حُكْمُهُمْ فِيهِ اتِّبَاعًا

لَهُ، ثُمَّ أَخْبَرَهُ بِمَا عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ الْعَمَلِ الَّذِي يَرْجِعُ إلَى مِثْلِهِ مِنْ قَضَاءِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا –، وَذَلِكَ بَعْدَ الْمُشَاوَرَةِ فِيهِ وَالْمُرَاجَعَةِ وَاسْتِحْسَانِ مَا نُقِلَ عَنْهُمَا مِنْ حُكْمِهِ وَتَغْلِيبِهِ عَلَى حُكْمِ خَالَفَهُ عَلَى أَنَّ الصَّحَابَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا عَظِيمًا فَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ

(232/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَرَضَ لِلْجَدِّ الَّذِي يَفْرِضُ النَّاسُ لَهُ الْيَوْمَ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ فَرَضَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ الثُّلُثَ) .

[المنتقى]

وَجَمَاعَةٍ مِنْ الصَّحَابَةِ أَنَّهُمْ أَقَامُوهُ مَقَامَ الْأَبِ وَحَجَبُوا بِهِ الْإِخْوَةَ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ الشَّعْبِيُّ أَوَّلُ جَدٍّ وَرِثَ فِي الْإِسْلَامِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مَاتَ ابْن لِعَاصِمِ بْنِ عُمَرَ وَتَرَكَ أَخَوَيْنِ فَأَرَادَ عُمَرُ أَنْ يَسْتَأْثِرَ بِمَالِهِ فَاسْتَشَارَ عَلِيًّا وَزَيْدًا فِي ذَلِكَ فَمَثَّلَا لَهُ مَثَلًا فَقَالَ: لَوْلَا أَنَّ رَأْيَكُمَا اجْتَمَعَ مَا رَأَيْت أَنْ يَكُونَ ابْنِي وَلَا أَكُونَ أَبَاهُ وَكَانَ زَيْدٌ وَابْنُ مَسْعُودٍ يُقَاسِمَانِ الْجَدَّ بِالْإِخْوَةِ إلَّا أَنْ تَنْقُصَهُ الْمُقَاسَمَةُ مِنْ الثُّلُثِ فَيَفْرِضَانِهِ لَهُ فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجٌ أَوْ زَوْجَةٌ أَوْ أُمٌّ، أَوْ جَدَّةٌ أَعْطَيَا الْجَدَّ الْأَوْفَرَ مِنْ الْمُقَاسَمَةِ، أَوْ ثُلُثَ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرْضِ ذَوِي السِّهَامِ أَوْ سُدُسَ جَمِيعِ الْمَالِ وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا الْقَوْلِ قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ} [النساء: 7] وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ جَدٌّ وَلَا يَكُونُ فِيهِمْ جَدٌّ فَإِنْ قِيلَ إنَّمَا يَعْنِي بِذَلِكَ أَهْلَ الْفُرُوضِ بِدَلِيلِ قَوْله تَعَالَى {مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا} [النساء: 7] فَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ مَعْنَى قَوْلِهِ مَفْرُوضًا مُقَدَّرًا وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ وَاجِبٌ وَثَابِتٌ، الْإِخْوَةُ مَعَ الْجَدِّ لَهُمْ سَهْمٌ ثَابِتٌ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا ذَكَرٌ يُعَصِّبُ أُخْتَهُ فَلَمْ يَحْجُبْهُ الْجَدُّ عَنْ جَمِيعِ الْمِيرَاثِ كَالِابْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْجَدَّ يُسْقِطُ بَنِي الْإِخْوَةِ مِنْ الْمِيرَاثِ هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ إلَّا مَا رُوِيَ عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ أَجْرَى بَنِي الْإِخْوَةِ مَعَ الْجَدِّ فِي الْمُقَاسَمَةِ مَجْرَى الْإِخْوَةِ وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ الصَّحَابَةِ قَالَ بِهِ غَيْرُهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا ذَكَرٌ لَا يُعَصِّبُ أُخْتَهُ فَلَمْ يُقَاسِمْ الْجَدَّ كَالْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَرَضَ لِلْجَدِّ الَّذِي يَفْرِضُ النَّاسُ لَهُ الْيَوْمَ) .

(ش) : يَحْتَاجُ فِي مَعْرِفَتِهِ إلَى أَنْ يَعْلَمَ مَا كَانَ يَفْرِضُ النَّاسُ لَهُ مِنْ يَوْمِ قَالَهُ قَبِيصَةُ بْنُ ذُؤَيْبٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ زَيْدٍ فِيهِ؛ لِأَنَّ قَبِيصَةَ مَدَنِيٌّ وَقَالَ ذَلِكَ بِالْمَدِينَةِ وَبِقَوْلِ زَيْدٍ كَانَ حُكْمُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَسَيَأْتِي بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ذِكْرُ الْجَدِّ وَمِيرَاثُهُ وَذِكْرُ اخْتِلَافِ النَّاسِ فِيهِ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّهُمْ فَرَضُوا لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ الثُّلُثَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُمْ قَدَّرُوا لَهُ تَقْدِيرًا لَا يُنْقَصُ مِنْهُ وَإِنْ جَازَ أَنْ يُزَادَ عَلَيْهِ فَيَكُونُ يَرِثُ بِالْفَرْضِ مَعَ الْإِخْوَةِ الثُّلُثَ وَإِنْ حَصَلَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَبِالتَّعْصِيبِ مَعَ الْفَرْضِ، أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنْ الْفَرْضِ إلَى التَّعْصِيبِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّهُمْ أَوْجَبُوا لَهُ الثُّلُثَ وَذَلِكَ أَنَّ الْجَدَّ يُقَاسِمُ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، أَوْ لِلْأَبِ مَا لَمْ تُنْقِصْهُ الْمُقَاسَمَةُ مِنْ الثُّلُثِ فَإِنْ نَقَصَتْهُ مِنْ الثُّلُثِ أَوْجَبُوا لَهُ الثُّلُثَ فَإِذَا كَانَ مَعَ الْأَخَوَيْنِ فَالْفَرْضُ وَالْمُقَاسَمَةُ سَوَاءٌ وَإِذَا كَانَ مَعَ ثَلَاثَةٍ مِنْ الْإِخْوَةِ فَالْفَرْضُ أَفْضَلُ لَهُ مِنْ الْمُقَاسَمَةِ فَيُعْطَى الثُّلُثَ وَإِنْ كَانَ مَعَ أَخٍ وَاحِدٍ فَالْمُقَاسَمَةُ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ يَحْصُلُ لَهُ فَيُعْطَى النِّصْفَ هَذَا مَذْهَبُ زَيْدٍ فِيهِ قَالَهُ مَالِكٌ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَالشَّافِعِيُّ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ مِثْلُ ذَلِكَ وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَاسَمَ الْإِخْوَةَ بِالْجَدِّ إلَى سَبْعَةٍ وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّ ابْنَ حُصَيْنٍ وَأَبَا مُوسَى أَنَّهُمَا قَاسَمَا إلَى اثْنَيْ عَشَرَ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبْنَا إلَيْهِ أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ يَسْتَحِقُّونَ مَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَمَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ الثُّلُثَ وَالْجَدُّ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ عَنْ ذَلِكَ الثُّلُثِ فَكَانَ أَوْلَى بِهِ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَهُوَ يُشَارِكُهُمْ فِيمَا زَادَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْجَدَّ يَرِثُ الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ بِالْفَرْضِ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ؛ فَلِذَلِكَ لَا يُنْقَصُ مِنْ الثُّلُثِ وَثَبَتَ لَهُ بِذَلِكَ حَالَةٌ مِنْ حَالَاتِ الْأَبِ يَرِثُ بِالْفَرْضِ السُّدُسَ وَسَائِرَ الْمَالِ

بِالتَّعْصِيبِ فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَكُونُ فَرْضُهُ الثُّلُثَ وَهُوَ إنَّمَا يَسْتَفِيدُ ذَلِكَ مِنْ الْأَبِ وَالْأَبُ فَرْضُهُ السُّدُسُ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَبَ فَرْضُهُ السُّدُسُ مَعَ الِابْنِ

(233/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَاَلَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ لَا يَرِثُ مَعَ الْأَبِ دُنْيَا شَيْئًا وَهُوَ يُفْرَضُ لَهُ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ وَمَعَ ابْنِ الِابْنِ الذَّكَرِ السُّدُسُ فَرِيضَةً وَهُوَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مَا لَمْ يَتْرُكْ الْمُتَوَفَّى أَخًا، أَوْ أُخْتًا لِأَبِيهِ يَبْدَأُ بِالْجَدِّ إنْ شَرَكَهُ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ مِنْ الْمَالِ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ مِنْ الْمَالِ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلْجَدِّ السُّدُسُ فَرِيضَةً)

[المنتقى]

وَابْنِ الِابْنِ وَمَعَ ذِي الْفُرُوضِ وَهَذِهِ حَالُ الْجَدِّ وَأَمَّا الْإِخْوَةُ فَإِنَّ الْأَبَ يُسْقِطُهُمْ جُمْلَةً فَلَا يَرِثُونَ مَعَهُ وَيُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَهُمْ الثُّلُثُ فَكَانَتْ حَالُهُ أَضْعَفَ مِنْ حَالِ الْأَبِ الَّذِي يُسْقِطُهُمْ رَأْسًا وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ لَهُ فَرْضَيْنِ يَرِثُ بِهِمَا الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَالسُّدُسَ مَعَ ذَوِي الْفُرُوضِ كَالْأُمِّ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْجَدَّ يَحْجُبُهُ الْأَبُ وَيَرُدُّهُ الِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ إلَى أَقَلِّ فَرْضِهِ وَهُوَ السُّدُسُ، وَكَذَلِكَ مَعَ ذَوِي الْفُرُوضِ الْمُسْتَغْرِقَةِ لِلْمَالِ، أَوْ الْمُسْتَغْرِقَةِ لِخَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ فَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ بَعْدَ الْفُرُوضِ أَكْثَرُ مِنْ السُّدُسِ فَهُوَ لَهُ بِالتَّعْصِيبِ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إخْوَةٌ يُقَاسِمُونَهُ فَعَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ بَعْدَ هَذَا.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ إذَا شَرَكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ يُبْدَأُ بِمَنْ شَرَكَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْفَرَائِضِ فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَمَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ أَيَّ ذَلِكَ أَفْضَلُ لِحَظِّ الْجَدِّ أُعْطِيَهُ الثُّلُثَ مِمَّا بَقِيَ لَهُ وَلِلْإِخْوَةِ، أَوْ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ مِنْ الْإِخْوَةِ فِيمَا يَحْصُلُ لَهُ وَلَمْ يُقَاسِمْهُمْ بِمِثْلِ حِصَّةِ أَحَدِهِمْ، أَوْ السُّدُسِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ أَيُّ ذَلِكَ كَانَ أَفْضَلَ لِحَظِّ الْجَدِّ أُعْطِيَهُ الْجَدُّ وَكَانَ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ إلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ يَكُونُ قِسْمَتُهُمْ فِيهَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ فَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَأُخْتَهَا لِأُمِّهَا وَأَبِيهَا وَجَدَّهَا فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ، ثُمَّ يَجْمَعُ سُدُسَ الْجَدِّ وَنِصْفَ الْأُخْتِ فَيُقْسَمُ أَثْلَاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَيَكُونُ لِلْجَدِّ ثُلُثَاهُ وَلِلْأُخْتِ ثُلُثُهُ) .

(ش) : وَقَوْلُهُ فِي الْإِخْوَةِ وَالْجَدِّ إذَا شَارَكَهُمْ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْفُرُوضِ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِأَهْلِ الْفُرُوضِ إنَّمَا يُرِيدُ فِيمَا يُقَاسِمُ فِيهِ الْجَدُّ الْإِخْوَةَ بِالتَّعْصِيبِ وَأَمَّا فِي فَرْضِهِ الَّذِي هُوَ السُّدُسُ فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِهِ أَيْضًا وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ فَإِنَّ الْجَدَّ لَا يَنْقُصُ مِنْ السُّدُسِ وَلَا يُقَدَّمُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ السُّدُسِ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْفُرُوضِ وَهُمْ الْبِنْتُ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ الْبَنَاتِ وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ وَالْأُمِّ وَالْجَدَّةِ فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ نَظَرْنَا لِلْجَدِّ أَفْضَلَ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ: أَحَدُهَا السُّدُسُ مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ الَّذِي هُوَ فَرْضُهُ مَعَ أَهْلِ الْفُرُوضِ وَهُوَ أَقَلُّ فَرْضِهِ وَالثَّانِي ثُلُثُ مَا بَقِيَ لَهُ وَلِلْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فَرْضُهُ مَعَ الْإِخْوَةِ فَإِذَا أُضِيفَ سُدُسُهُ إلَى مَا فَضَلَ عَنْ سِهَامِ ذَوِي الْفُرُوضِ وَكَانَ ثُلُثُ ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ جَمِيعِ التَّرِكَةِ أُعْطِيَهُ؛ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مِنْ التَّرِكَةِ وَمَا فَضَلَ عَنْ سِهَامِ ذَوِي الْفُرُوضِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِمَا أَحَدٌ غَيْرُ الْإِخْوَةِ فَصَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تَرِكَةٍ انْفَرَدَ مَعَهُمْ فِيهَا فَكَانَ لَهُ ثُلُثُهَا، وَالثَّالِثُ مُقَاسَمَةُ الْإِخْوَةِ فَإِنْ كَانَ مَا أُعْطِيَهُ بِالْمُقَاسَمَةِ زَائِدًا عَلَى الْفَرْضَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ أَخَذَهُ بِالتَّعْصِيبِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ رَجَعَ إلَى الْفَرْضِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ إلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ وَذَكَرَهَا إلَى آخِرِ الْفَصْلِ يُرِيدُ أَنَّ الْمُقَاسَمَةَ إذَا كَانَتْ أَضَرَّ عَلَى الْجَدِّ أُعْطِيَ الثُّلُثَ، أَوْ السُّدُسَ فَإِنَّ مَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ بَيْنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَالْمَسْأَلَةُ الَّتِي اسْتَثْنَاهَا هِيَ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ أُمًّا وَزَوْجًا وَجَدًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ فَإِنَّ الْمَشْهُورَ عَنْ زَيْدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى تِسْعَةٍ يُفْرَضُ لِلْأُخْتِ النِّصْفُ بِثَلَاثَةٍ وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ بِثَلَاثَةٍ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ بِسَهْمَيْنِ

(234/6)

. . . .

[المنتقى]

وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ بِسَهْمٍ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ.

وَرُوِيَ عَنْ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قَالَ سَأَلْتُ قَبِيصَةَ بْنَ ذُؤَيْبٍ عَنْ قَضَاءِ زَيْدٍ فِي ذَلِكَ فَقَالَ وَاَللَّهِ مَا فَعَلَ زَيْدٌ ذَلِكَ وَهُوَ مِنْ أَعْلَمِهِمْ بِقَضَاءِ زَيْدٍ يَعْنِي أَنَّ أَصْحَابَ زَيْدٍ قَاسُوا عَلَى قَوْلِهِ.

وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ بْنُ اللَّبَّانِ الْفَرَضِيُّ إنْ لَمْ تَصِحَّ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَنْ زَيْدٍ فَقِيَاسُ قَوْلِهِ أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَتَسْقُطُ الْأُخْتُ كَمَا سَقَطَ الْأَخُ لَوْ كَانَ بَدَلَ الْأُخْتِ؛ لِأَنَّ الْأَخَ

وَالْأُخْتَ سَبِيلُهُمَا وَاحِدٌ فِي قَوْلِ زَيْدٍ؛ لِأَنَّهُمَا عِنْدَهُ مَعَ الْجَدِّ عَصَبَةٌ وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ عَنْ زَيْدٍ أَنَّ حَالَ الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ يَتَنَوَّعُ عَلَى حَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَرِثُ بِالْفَرْضِ وَالثَّانِي بِالتَّعْصِيبِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ حَالُ الْأَخَوَاتِ مَعَهُ فَيَكُونُ تَارَةً يَعْصِبُهُنَّ وَتَارَةً لَا يَعْصِبُهُنَّ وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعٌ لَا يُعَصِّبُهُنَّ فِيهِ حَيْثُ لَا يَبْقَى مِنْ الْمِيرَاثِ مَا يَكُونُ لَهُنَّ فَلَا يَتَعَدَّى تَعْصِيبُهُ إلَيْهِنَّ وَإِذَا كُنَّ أُخْتَيْنِ وَبَقِيَ مِنْ الْمِيرَاثِ مَا يَكُونُ لَهُنَّ وَوَقَعَتْ الْمُقَاسَمَةُ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الْجَدِّ تَعَدَّى تَعْصِيبُهُ إلَيْهِنَّ فَلَمْ تَعُلْ فَرِيضَتُهُنَّ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ يُسَمِّيهَا أَصْحَابُنَا الْغَرَّاءُ وَقَدْ رَأَيْت جَمَاعَةً مِنْ أَهْلِ الْفَرَائِضِ يُسَمُّونَهَا الْعَدَّاءُ.

وَقَالَ أَبُو غَالِبٍ خَبَّابُ بْنُ عُبَادَةَ لَا تَرِثُ الْأُخْتُ مَعَ جَدٍّ إلَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَسُمِّيَتْ الْغَرَّاءُ وَهِيَ الْأَكْدَرِيَّةُ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ يُسَمِّيهَا جُمْهُورُ أَهْلِ الْفَرَائِضِ الْأَكْدَرِيَّةُ وَقِيلَ إنَّهَا سُمِّيَتْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ سَأَلَ عَنْهَا رَجُلًا يُقَال لَهُ الْأَكْدَرُ فَأَخْطَأَ فَنُسِبَتْ إلَيْهِ وَقَالَ سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِتَكَدُّرِ الْأَقْوَالِ فِيهَا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ اخْتَلَفَ عَلِيٌّ وَزَيْدٌ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ فَقَالَ عَلِيٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا أَوْجَبَتْ لَهُ الْفَرِيضَةُ وَقَالَ زَيْدٌ يُجْمَعُ ثَلَاثَةُ سِهَامِ الْأُخْتُ وَسَهْمُ الْجَدِّ فَيَقْسِمُونَهُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأُخْتَ إنَّمَا انْتَقَلَتْ إلَى الْفَرْضِ حِينَ لَمْ يَكُنْ الْجَدُّ يَعْصِبُهَا فَلَمَّا عِيلَ لَهَا وَصَارَ لَهَا سَهْمٌ رَجَعَ إلَى تَفْصِيلِهَا.

(فَرْعٌ) وَلَا تُعَالُ فَرِيضَةُ الْأُخْتِ مَعَ جَدٍّ إلَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خَاصَّةً وَلَوْ كَانَ فِيهَا أُخْتَانِ لَبَطَلَ الْعَوْلُ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَتْرُكَ الْمُتَوَفَّى زَوْجًا وَأُمًّا وَجَدًّا وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ لِأَبٍ فَإِنَّ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ سَهْمٌ وَلِلْجَدِّ السُّدُسَ سَهْمٌ؛ لِأَنَّهُ أَفْضَلُ لَهُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ وَهُوَ مِثْلُ الْمُقَاسَمَةِ وَلِلْأُخْتَيْنِ السُّدُسَ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ يَعْصِبُهُمْ فَيَصِيرُونَ مَعَهُ كَالْأُخْتَيْنِ مَعَ الْأَخِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الْأَكْدَرِيَّةِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الْأَخَوَاتِ لَمَّا وَرِثْنَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ نَفْسِ الْمَالِ تَعَدَّى تَعْصِيبُ الْجَدِّ إلَيْهِنَّ بِنَفْسِ الْفَرْضِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأَكْدَرِيَّةِ فَإِنَّهُ لَمْ تُبْقِ الْفَرَائِضُ لِلْأُخْتِ شَيْئًا فَلَمْ يَتَعَدَّ تَعْصِيبُ الْجَدِّ إلَيْهَا فَوَجَبَ رَدُّهَا إلَى الْفَرْضِ حِينَ لَمْ يَعْصِبْهَا الْجَدُّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أَحَاطَ بِالْمِيرَاثِ أُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌّ فَعَلَى مَذْهَبِ زَيْدٍ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى الْخَرْقَاءَ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ لِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وَمَا بَقِيَ لِلْجَدِّ وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ لِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ وَالْجَدِّ الْبَاقِي بِنِصْفَيْنِ وَهَذِهِ مِنْ مُرَبَّعَاتِ عَبْدِ اللَّهِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ أَنَّهُ قَالَ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْأُخْتِ الثُّلُثُ وَلِلْجَدِّ الثُّلُثُ وَهِيَ تُسَمَّى مُثَلَّثَةُ عُثْمَانَ.
وَقَالَ عَلِيٌّ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَالْبَاقِي لِلْجَدِّ وَجْهُ قَوْلِ زَيْدٍ أَنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ؛ لِأَنَّهُ فَرْضُهَا مَعَ الْأَخِ الْوَاحِدِ وَالْبَاقِي بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إذَا وَرِثَتْ مَعَهُ عَصَّبَهَا فَصَارَ كَالْأَخِ مَعَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِنْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ بِنْتٌ أَوْ بَنَاتٌ فَإِنَّ عَلِيًّا يَجْعَلُ لِلْجَدِّ السُّدُسَ بِالْفَرْضِ وَيَجْعَلُ التَّعْصِيبَ لِلْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ وَزَيْدٌ وَعَبْدُ اللَّهِ يُقَاسِمَانِ الْجَدَّ بِالْإِخْوَةِ إلَّا أَنْ تَنْقُصَهُ الْمُقَاسَمَةُ مِنْ الثُّلُثِ فَإِنَّهُمْ يَفْرِضَانِهِ لَهُ، وَذَلِكَ فِي بِنْتٍ وَأُخْتٍ وَجَدٍّ فَفِي قَوْلِ عَلِيٍّ لِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِلْأُخْتِ إلَّا أَنَّ زَيْدًا يَجْمَعُ حَظَّ الْأُخْتِ وَالْجَدِّ فَيَقْسِمَانِهِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا يَرِثَانِ بِالتَّعْصِيبِ؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ إنَّمَا تَرِثُ مَعَ الْبَنَاتِ بِالتَّعْصِيبِ فَوَجَبَ أَنْ

(235/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ مَعَ الْجَدِّ إذَا لَمْ يَكُنْ إخْوَةٌ لِأَبٍ كَمِيرَاثِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ سَوَاءٌ ذَكَرُهُمْ كَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ فَإِذَا اجْتَمَعَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ فَإِنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يُعَادُونَ الْجَدَّ بِإِخْوَتِهِمْ لِأَبِيهِمْ فَيَمْنَعُونَهُ بِهِمْ كَثْرَةَ الْمِيرَاثِ بِعَدَدِهِمْ وَلَا يُعَادُونَهُ بِالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْجَدِّ غَيْرُهُمْ لَمْ يَرِثُوا مَعَهُ شَيْئًا وَكَانَ الْمَالُ كُلُّهُ لِلْجَدِّ فَمَا حَصَلَ لِلْإِخْوَةِ مِنْ بَعْدِ حَظِّ الْجَدِّ فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلْإِخْوَةِ مَعَ الْأَبِ وَالْأُمِّ دُونَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَلَا يَكُونُ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ مَعَهُمْ شَيْءٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ امْرَأَةً وَاحِدَةً فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً وَاحِدَةً فَإِنَّهَا تُعَاد الْجَدَّ بِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا مَا كَانُوا فَمَا حَصَلَ لَهُمْ وَلَهَا مِنْ شَيْءٍ كَانَ لَهَا دُونَهُمْ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ فَرِيضَتَهَا، وَفَرِيضَتُهَا النِّصْفُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ فَإِنْ كَانَ فِيمَا يُحَازُ لَهَا وَلِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا فَضْلٌ عَنْ نِصْفِ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ فَهُوَ لِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ) .

[المنتقى]
يَقْتَسِمَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ حَالَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ مَعَ الْجَدِّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ وَالْأُمِّ كَحَالِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ

ذَكَرُ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ كَذَكَرِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَالَهُمْ فِي انْفِرَادِ الذُّكُورِ، أَوْ انْفِرَادِ الْإِنَاثِ، أَوْ اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ كَحَالِهِمْ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ حَالُهُمْ كَحَالِهِمْ إلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ مَنْ يَحْجُبُهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِذَا اجْتَمَعَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ فَإِنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يُعَادُونَ الْجَدَّ بِإِخْوَتِهِمْ لِأَبِيهِمْ فَيَمْنَعُونَهُ كَثْرَةَ الْمِيرَاثِ فَمَا أَصَابَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ لِمُقَاسَمَةِ الْجَدِّ فَإِنَّ جَمِيعَهُ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ دُونَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ هَذَا مَذْهَبُ زَيْدٍ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وَقَالَ عَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ يَقْسِمَانِ الْمَالَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ دُونَ أَنْ يُعَادَّ بِالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ، وَذَلِكَ فِي جَدٍّ وَأَخٍ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخٍ لِأَبٍ فَفِي قَوْلِ عَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ لِلْجَدِّ النِّصْفُ وَلِلْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ وَفِي قَوْلِ زَيْدٍ الْمَالُ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخِ لِلْأَبِ أَثْلَاثًا، ثُمَّ يَرُدُّ الْأَخُ لِلْأَبِ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ سَهْمَهُ فَيَصِيرُ لِلْجَدِّ الثُّلُثُ وَلِلْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ الثُّلُثَانِ، وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ لَا يَحْجُبُهُ الْجَدُّ وَإِنَّمَا يَحْجُبُهُ مَنْ يُقَاسِمُ الْجَدَّ فَوَجَبَ أَنْ يَحْتَسِبَ بِهِ عَلَيْهِ وَيَنْقُصَ الْجَدُّ بِهِ مِنْ مَوْرُوثِهِ كَالْإِخْوَةِ مَعَ الْأَبِ وَالْأُمِّ لَمَّا لَمْ تَحْجُبْهُمْ الْأُمُّ وَيَحْجُبُهُمْ الْأَبُ فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ بِهِمْ عَلَى الْأُمِّ وَيَرُدُّهَا بِهِمْ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يُعَادُونَهُ بِالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْجَدِّ غَيْرُهُمْ لَمْ يَرِثُوا مَعَهُ شَيْئًا وَكَانَ الْمَالُ لِلْجَدِّ كُلُّهُ يُرِيدُ أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لَا يَحْتَسِبُونَ عَلَى الْجَدِّ بِالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجُّوا بِهِ مِنْ أَنَّ الْجَدَّ يَحْجُبُهُمْ عَنْ الْمِيرَاثِ فَلِذَلِكَ لَمْ يُعَادَ بِهِمْ وَلَمْ يُدْخِلُوا عَلَيْهِ نَقْصًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ فَإِنَّ الْجَدَّ لَا يَحْجُبُهُمْ فَجَازَ أَنْ يُدْخِلُوا نَقْصًا عَلَيْهِ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ لَا يَرِثُونَ إلَّا بِالْفَرْضِ وَالْمُقَاسَمَةُ تَقْتَضِي التَّعْصِيبَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَجِرَّ بِهِ الْفُرُوضَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَلِلْأُمِّ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ فَإِنَّهَا تُعَادِ الْجَدَّ بِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا، ثُمَّ يَكُونُ أَحَقَّ بِذَلِكَ حَتَّى تَسْتَكْمِلَ فَرِيضَتَهَا وَهُوَ نِصْفُ جَمِيعِ الْمَالِ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ لِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا هَذَا مَذْهَبُ زَيْدٍ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ وَكَانَ عَلِيٌّ يَفْرِضُ لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفَ وَيَجْعَلُ الْبَاقِيَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ مَا لَمْ تُنْقِصْ الْمُقَاسَمَةُ الْجَدَّ مِنْ السُّدُسِ فَإِنْ نَقَصَ فَرَضَ لَهُ السُّدُسَ وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ مَعَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، وَذَلِكَ فِي أُخْتٍ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخٍ لِأَبٍ وَجَدٍّ فَفِي قَوْلِ عَلِيٍّ

لِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَالْبَاقِي بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ لِلْأَبِ بِنِصْفَيْنِ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَفِي قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ لِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَلِلْجَدِّ النِّصْفُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْنِ وَفِي قَوْلِ زَيْدٍ لِلْأُخْتِ وَالْأَخِ ثَلَاثَةُ

(236/6)

مِيرَاثُ الْجَدَّةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ بْنَ عُثْمَانَ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ خَرَشَةَ عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّهُ قَالَ جَاءَتْ الْجَدَّةُ إلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَك فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – شَيْئًا فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ فَسَأَلَ النَّاسَ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ حَضَرْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْطَاهَا السُّدُسَ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيُّ فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ فَأَنْفَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، ثُمَّ جَاءَتْ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا فَقَالَ لَهَا مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَى بِهِ إلَّا لِغَيْرِكِ وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا)

[المنتقى]

سِهَامٍ مِنْ خَمْسَةٍ وَلِلْجَدِّ سَهْمَانِ، ثُمَّ يَرُدُّ الْأَخُ عَلَى الْأُخْتِ تَمَامَ النِّصْفِ فَيَصِحُّ مِنْ عَشَرَةٍ لِلْجَدِّ أَرْبَعَةٌ وَلِلْأُخْتِ خَمْسَةٌ وَلِلْأَخِ سَهْمٌ وَجْهُ مَا قَالَهُ زَيْدٌ أَنَّ هَذِهِ حَالَةُ تَعْصِيبٍ فَوَجَبَ أَنْ يُعَادَّ فِيهَا الْجَدُّ بِالْإِخْوَةِ لِلْأَبِ كَحَالَةِ انْفِرَادِهِمْ مَعَهُ.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْأُخْتَ لَمَّا كَانَتْ تُعَاد الْجَدَّ بِالْإِخْوَةِ وَجَبَ أَنْ تُعَادَّ بِهِمْ عَلَى وَجْهِ التَّعْصِيبِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَرِثَانِ إلَّا عَلَى وَجْهِ التَّعْصِيبِ فَإِذَا انْفَرَدَتْ مَعَهُ فِي الْقِسْمَةِ رَجَعَتْ إلَى الْفَرْضِ؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمُ مُقَاسَمَتِهَا لَهُ وَحُكْمُ مُقَاسَمَتِهَا مُخَالِفٌ لِحُكْمِ مُقَاسَمَتِهَا بِهِ وَهَذَا كَمَا يَقُولُ فِي الْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ: إنَّ حُكْمَ حَجْبِ الْأَبِ لِلْإِخْوَةِ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ حَجْبِهِ بِهِمْ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَخَوَاتٌ لِأَبٍ فَإِنَّ عَلِيًّا وَعَبْدَ اللَّهِ يَجْعَلَانِ النِّصْفَ لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالسُّدُسَ لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْبَاقِيَ لِلْجَدِّ، وَزَيْدًا يَجْعَلُ لِلْجَدِّ الْأَفْضَلَ مِنْ الْمُقَاسَمَةِ أَوْ الثُّلُثَ، ثُمَّ يَجْعَلُ لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفَ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخٌ وَأُخْتٌ لِأَبٍ فَفِي قَوْلِ زَيْدٍ الثُّلُثُ لِلْجَدِّ وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْأُخْتِ لِلْأَبِ، ثُمَّ تَأْخُذُ الْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ مِنْ ذَلِكَ النِّصْفَ فَيَبْقَى السُّدُسُ لِلْأَخِ وَالْأُخْتِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

[مِيرَاثُ الْجَدَّةِ]

(ش) : وَقَوْلُهُ جَاءَتْ الْجَدَّةُ إلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ تَسْأَلُهُ الْحُكْمَ لَهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ تَسْأَلُهُ بِمَعْنَى تَسْتَفْتِيهِ فِي مَسْأَلَتِهَا وَقَوْلُهُ مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - شَيْئًا إخْبَارٌ مِنْهُ بِعَدَمِ النَّصِّ مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ فِي حُكْمِهَا؛ لِأَنَّهُمَا الْمُقَدَّمَانِ فِي طَلَبِ الْأَحْكَامِ وَقَوْلُهُ فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُمْ عَنْ النَّصِّ لِتَجْوِيزِهِ فِي أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُمْ فِي ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا لَمْ يَحْضُرْهُ وَهَذَا مِنْ تَحَفُّظِهِ وَتَوَقِّيهِ أَنْ لَا يُعْمِلَ نَظَرَهُ وَاجْتِهَادَهُ وَقِيَاسَهُ وَإِنْ عَدِمَ النَّصَّ حَتَّى يَطْلُبَهُ حَيْثُ يَرْجُو عَمَلَهُ مِنْ النَّاسِ، وَذَلِكَ لَازِمٌ لِكُلِّ مُفْتٍ أَوْ حَاكِمٍ جَوَّزَ وُجُودَ نَصٍّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُ وَيَبْحَثَ فِي طَلَبِهِ وَهَذِهِ سُنَّةٌ فِي مُشَاوَرَةِ الْعَالِمِ الْعُلَمَاءَ طَلَبًا لِلنَّصِّ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُمْ عَلَى سَبِيلِ الْمُشَاوَرَةِ لَهُمْ وَالتَّعَاوُنِ بِآرَائِهِمْ وَنَظَرِهِمْ لِيَنْظُرَ فِيمَا يَظْهَرُ لَهُمْ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَا يَفْعَلُهُ الْعَالِمُ إذَا أَرَادَ الْفُتْيَا بِحَضْرَةِ الْعُلَمَاءِ أَنَّ الْحَاكِمَ إذَا أَرَادَ إنْفَاذَ الْحُكُومَةِ فَمِنْ الْحَزْمِ لَهُ وَالتَّنَاهِي فِي الِاجْتِهَادِ أَنْ يَسْأَلَ مَنْ يَحْضُرُهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرُبَّمَا ظَهَرَ لَهُ مِنْ آرَائِهِمْ أَفْضَلُ مِمَّا ظَهَرَ إلَيْهِ مَا يُقَوِّي فِي ظَنِّهِ صِحَّةَ مَا ظَهَرَ إلَيْهِ إذَا وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ مَا ظَهَرَ إلَيْهِمْ وَرَأَى مَا عِنْدَهُ أَفْضَلَ، وَرَأَى اعْتِرَاضَهُمْ عَلَى مَا عِنْدَهُ غَيْرَ صَحِيحٍ أَوْ تَسْلِيمَهُمْ لِقَوْلِهِ وَإِقْرَارِهِمْ صِحَّتَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ

(237/6)

. . . .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَعْطَاهَا السُّدُسَ قَوْلٌ مُجْمَلٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ فَرَضَ لِلْوَارِثَةِ مِنْ الْجَدَّاتِ إذَا لَمْ تُحْجَبْ السُّدُسَ فَرْضًا لَا زِيَادَةَ عَلَيْهِ وَلَا يُنْقَصُ مِنْهُ

إلَّا بِالْعَوْلِ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَامًّا فِي الْجَدَّاتِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ، وَذَلِكَ بِأَنْ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ عَنْ الْجَدَّةِ فَأَجَابَهُ بِذَلِكَ الْمُغِيرَةُ وَيَكُونُ مَعْنَى أَعْطَاهَا السُّدُسَ أَيْ فَرَضَ لَهَا السُّدُسَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو بَكْرٍ إنَّمَا سَأَلَ عَنْ الْجَدَّةِ الَّتِي عَادَتْ تَسْأَلُهُ مَنْ عَرَفَ حَالَهَا وَأَيُّ الْجَدَّاتِ هِيَ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ أَعْطَاهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – السُّدُسَ يَعْنِي تِلْكَ الْجَدَّةَ دُونَ غَيْرِهَا مِنْ الْجَدَّاتِ وَقَوْلُ عُمَرَ بَعْدَ هَذَا وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَى بِهِ إلَّا لِغَيْرِك يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ الْجَدَّةَ الَّتِي كَانَتْ بِسَبَبِ سُؤَالِ أَبِي بَكْرٍ النَّاسَ، أَوْ بِسَبَبِ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِلْجَدَّاتِ بِالسُّدُسِ غَيْرُ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَتَتْ عُمَرَ بَعْدَ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ هَذَا النَّوْعِ مِنْ الْجَدَّاتِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ مِنْ طَرِيقٍ لَيْسَ بِالْقَوِيِّ أَنَّ الْجَدَّةَ الَّتِي أَعْطَاهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – السُّدُسَ هِيَ أُمُّ الْأُمِّ قَالَ فَلِذَلِكَ إذَا كَانَتْ هِيَ أَقْرَبُ حَازَتْهُ وَإِنْ كَانَتْ هِيَ أَبْعَدُ شَارَكَتْ فِيهِ وَأَمَّا الَّتِي وَرَّثَ أَبُو بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ جَاءَتْهُ هِيَ الْجَدَّةُ أُمُّ الْأَبِ فَقَالَ لَهَا مَا أَجِدُ لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ شَيْئًا وَسَأَلَ النَّاسَ قَالَ فَلَمْ أَجِدْ أَحَدًا يُخْبِرُنِي بِشَيْءٍ فَقَالَ غُلَامٌ مِنْ بَنِي حَارِثَةَ لِمَ لَا تُوَرِّثُهَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَهِيَ لَوْ تَرَكَتْ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا وَرِثَهَا؟ وَهَذِهِ لَوْ تَرَكَتْ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا لَمْ يَرِثْهَا ابْنُ ابْنَتِهَا؟ فَوَرَّثَهَا عُمَرُ وَقَالَ إنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَيَجْعَلُ فِي الْجَدَّاتِ خَيْرًا كَثِيرًا، ثُمَّ وَرَّثَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ بَعْدُ الثَّالِثَةَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لِلْمُغِيرَةِ لَمَّا أَخْبَرَهُ بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي ذَلِكَ هَلْ مَعَك غَيْرُك عَلَى مَعْنَى التَّثَبُّتِ وَطَلَبِ تَقْوِيَةِ غَلَبَةِ الظَّنِّ لَا عَلَى مَعْنَى رَدِّ حَدِيثِهِ؛ لِأَنَّ الْمُغِيرَةَ مِنْ فُضَلَاءِ الصَّحَابَةِ وَفُقَهَائِهِمْ فَلَا يُرَدُّ حَدِيثُ مِثْلِهِ وَلَوْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ غَيْرُهُ لَأَمْضَاهُ أَبُو بَكْرٍ وَلَكِنَّهُ طَلَبَ رِوَايَةَ غَيْرِهِ فِي ذَلِكَ لِيَعْلَمَ الِاتِّفَاقَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَبْعَدُ مِنْ السَّهْوِ وَالْغَلَطِ وَرُبَّمَا وَجَدَ مَا يَعْدِلُ بِهِ عَنْ ظَاهِرِهِ بِالتَّأْوِيلِ، وَمِنْ هَذَا قُلْنَا إنَّهُ يُرَجَّحُ فِي الرِّوَايَاتِ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ فَلَمَّا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ اتَّضَحَ الْأَمْرُ عِنْدَهُ وَتَنَاهَى فِيهِ اجْتِهَادُهُ لِإِخْبَارِ فَاضِلَيْنِ مِنْ الصَّحَابَةِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِذَلِكَ فِي مَلَأٍ مِنْ الصَّحَابَةِ اسْتَدْعَاهُمْ فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ فَلَمْ يَأْتِ أَحَدٌ مِنْهُمْ بِخِلَافِهَا فَأَنْفَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، ثُمَّ جَاءَتْ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا يَقْتَضِي أَنَّهُمَا جَدَّتَانِ وَارِثَتَانِ وَلَوْ كَانَتْ الْوَارِثَاتُ مِنْ الْجَدَّاتِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ لَقَالَ، ثُمَّ جَاءَتْ الْجَدَّةُ الثَّانِيَةُ، أَوْ لَقَالَ، ثُمَّ جَاءَتْ جَدَّةٌ ثَانِيَةٌ فَأَمَّا هَذَا اللَّفْظُ بِالتَّعْرِيفِ فَإِنَّ ظَاهِرَهُ أَنْ لَا يُسْتَعْمَلَ إلَّا فِي الِاثْنَيْنِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَلِفَ وَاللَّامَ تَقْتَضِي التَّعْرِيفَ فَلَوْ كَانَ مَعَهَا مِنْ الْجَدَّاتِ مَنْ يَقَعُ عَلَيْهَا هَذَا الِاسْمُ لَمْ يَصِحَّ أَنْ يَكُونَ

ذَلِكَ مَعْرِفَةً وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ مَالِكٌ أَنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْ الْجَدَّاتِ إلَّا اثْنَتَانِ: أُمُّ الْأُمِّ وَأُمُّ الْأَبِ وَأُمَّهَاتُهُمَا وَإِنْ عَلَوْنَ وَبِهِ قَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ.

وَرُوِيَ عَنْ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ يَرِثُ مِنْ الْجَدَّاتِ ثَلَاثٌ الْجَدَّتَانِ الْمُتَقَدِّمَتَانِ وَأُمُّ أَبِي الْأَبِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ تَوْرِيثُ أَرْبَعِ جَدَّاتٍ الْمُتَقَدِّمَاتُ وَأُمُّ أَبِي الْأُمِّ وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ وَعَطَاءٌ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَنْعِ تَوْرِيثِ أُمِّ أَبِي الْأَبِ وَأُمِّ أَبِي الْأُمِّ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ لِلْجَدَّةِ الْأُخْرَى وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا فَجَعَلَهُ لَهُمَا عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فِي الْفَرِيضَةِ إلَّا إحْدَاهُمَا فَهُوَ لَهَا دُونَ غَيْرِهَا مِنْ الْجَدَّاتِ وَأَبُو حَنِيفَةَ يَجْعَلُهُ لَهَا وَلِأُمِّ أَبِي الْأَبِ وَإِذَا انْفَرَدَتْ بِهِ إحْدَاهُمَا لَمْ يَكُنْ لَهَا؛ وَلِأَنَّ أُمَّ أَبِ الْأَبِ تُشَارِكُهَا فِيهِ وَهَذَا قَوْلُ عُمَرَ

(238/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَتَتْ الْجَدَّتَانِ إلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ السُّدُسَ لِلَّتِي مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنْ الْأَنْصَارِ أَمَا أَنَّك تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ وَهُوَ حَيٌّ كَانَ إيَّاهَا يَرِثُ فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأُمِّ لَا تَرِثُ مَعَ الْأُمِّ دَنِيَّةً شَيْئًا وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّدُسُ فَرِيضَةً وَأَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأَبِ لَا تَرِثُ مَعَ الْأُمِّ وَلَا تَرِثُ مَعَ الْأَبِ شَيْئًا وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّدُسُ فَرِيضَةً فَإِذَا اجْتَمَعَتْ الْجَدَّتَانِ أُمُّ الْأَبِ وَأُمُّ الْأُمِّ وَلَيْسَ لِلْمُتَوَفَّى دُونَهُمَا أُمٌّ وَلَا أَبٌ قَالَ مَالِكٌ فَإِنِّي سَمِعْت أَنَّ أُمَّ الْأُمِّ إنْ كَانَتْ أَقْعَدَهُمَا كَانَ لَهَا السُّدُسُ دُونَ أُمِّ الْأَبِ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ الْأَبِ أَقْعَدَهُمَا، أَوْ كَانَتَا فِي الْقُعْدُدِ مِنْ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةٍ سَوَاءٍ فَإِنَّ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)

[المنتقى]

بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكِرْهُ عَلَيْهِ أَحَدٌ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذِهِ جَدَّةٌ تُدْلِي بِالْجَدِّ فَلَمْ تَرِثْ كَالْجَدَّةِ أُمِّ أَبِي الْأَبِ وَاسْتِدْلَالٌ فِي الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ أَنَّ جَنْبَةَ الْأُمِّ فِي الْجَدَّاتِ أَقْوَى مِنْ جَنْبَةِ الْأَبِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْأُمَّ تُسْقِطُ الْجَدَّاتِ أَجْمَعَ وَالْأَبُ لَا يُسْقِطُ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأُمِّ، ثُمَّ ثَبَتَ وَتَقَرَّرَ أَنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْ جَنْبَةِ الْأُمِّ غَيْرُ جَدَّةٍ

وَاحِدَةٍ فَبِأَنْ لَا تَرِثُ مِنْ جَنْبَةِ الْأَبِ غَيْرُ جَدَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوْلَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَى بِهِ إلَّا لِغَيْرِكِ يُرِيدُ بِهِ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَى بِهِ أَبُو بَكْرٍ لِلْجَدَّةِ أُمِّ الْأُمِّ وَقَوْلُهُ: وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا يُرِيدُ بِهِ الْقَضَاءَ الَّذِي قَضَى بِهِ أَبُو بَكْرٍ لِلْجَدَّةِ أُمِّ الْأُمِّ وَقَوْلُهُ وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَفْرِضُ لِلْجَدَّاتِ سُدُسًا غَيْرَ السُّدُسِ الَّذِي فَرَضَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَوْلُهُ وَلَكِنَّهُ السُّدُسُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ فَرْضَ الْجَدَّاتِ إنَّمَا هُوَ السُّدُسُ فَقَطْ وَاحِدَةً كَانَتْ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ فَرْضٌ يَنْفَرِدُ بِهِ النِّسَاءُ فَصَحَّ الِانْفِرَادُ بِهِ وَالِاشْتِرَاكُ فِيهِ كَرُبُعِ الزَّوْجَاتِ أَوْ ثُمُنُهِنَّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا يَقْتَضِي أَنَّ الْوَارِثَاتِ مِنْ الْجَدَّاتِ هُمَا اثْنَتَانِ وَلِذَلِكَ ذَكَرَهُمَا بِلَفْظِ التَّثْنِيَةِ وَإِنْ كَانَتْ الْمُخَاطَبَةُ وَاحِدَةٌ وَلَوْ وَرِثَ مِنْهُنَّ جَمَاعَةٌ لَقَالَ فَإِنْ اجْتَمَعْتُنَّ فِيهِ فَهُوَ بَيْنَكُنَّ وَأَيَّتُكُنَّ خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا.

(ش) : قَوْلُهُ أَتَتْ الْجَدَّتَانِ إلَى أَبِي بَكْرٍ يُرِيدُ أُمَّ الْأُمِّ وَأُمَّ الْأَبِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَا أَتَيَا فِي مَوْرُوثٍ وَاحِدٍ وَفِي مَوْرُوثَيْنِ فَأَرَادَ أَبُو بَكْرٍ أَنْ يَجْعَلَ الْمَوْرُوثَ لِأُمِّ الْأُمِّ وَلَعَلَّهُ حَمَلَ حَدِيثَ الْمُغِيرَةِ وَابْنِ مَسْلَمَةَ، أَوْ فَهِمَ أَنَّهَا الْمُرَادُ بِهِ مِنْ قَوْلِهَا فَعَارَضَهُ رَجُلٌ مِنْ الْأَنْصَارِ لَمَّا كَانَ أَبُو بَكْرٍ يَسْتَشِيرُ جَمَاعَةَ النَّاسِ وَمَنْ يُوجَدُ عِنْدَهُ الْعِلْمُ فِي الْأَحْكَامِ بِأَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأَبِ لَهَا فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَآكَدُ لِسَبَبِهَا وَوَجْهُ الْمُوَارَثَةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُتَوَفَّى بِأَنَّهُ يَرِثُهَا وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ قَرَابَةَ الْجَدَّةِ قَرَابَةٌ يَثْبُتُ بِهَا التَّوَارُثُ فَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ الْقَرَابَةُ تَرِثُ مَنْ لَا يَرِثُهَا الْمُتَوَفَّى فَبِأَنْ تَرِثَ بِهَا مَنْ يَرِثُهَا الْمُتَوَفَّى أَوْلَى وَأَحْرَى وَلَا يَلْزَمُ هَذِهِ الْعَمَّةُ وَالْخَالَةُ؛ لِأَنَّ تِلْكَ قَرَابَةٌ لَا يُورَثُ بِمِثْلِهَا.

(فَصْل) وَقَوْلُهُ فَجَعَلَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا يُرِيدُ أَنَّهُ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِيهِ فَجَعَلَهُ لَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ وَلَمْ يَرَ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأَبِ أَوْلَى بِهِ مِنْ الْجَدَّةِ أُمِّ الْأُمِّ لِمَا ذَكَرَهُ الْأَنْصَارِيُّ وَأَمَّا رَأْيُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ سَبَبَ أُمِّ الْأُمِّ أَقْوَى مِنْ وَجْهٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّهَا تُدْلِي بِالْأُمُومَةِ، وَجَنْبَتُهَا فِي مِيرَاثِ الْجَدِّ أَقْوَى مِنْ جَنْبَةِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِمِثْلِ سَبَبِهَا كَالْجَدِّ لِلْأَبِ جَنْبَتُهُ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ مِنْ جَنْبَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لِلْأَبِ يُدْلِي بِمِثْلِ سَبَبِ الْأَبِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا بَكْرِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ كَانَ لَا يَفْرِضُ إلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ) .

(ش) : قَوْلُهُ كَانَ لَا يَفْرِضُ إلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ يُرِيدُ أُمَّ الْأُمِّ وَأُمَّ الْأَبِ وَأُمَّهَاتُهُمَا وَاحِدَةً وَأَنَّهُ لَا يَفْرِضُ لِجَدَّةٍ

غَيْرِهِمَا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَزَيْدٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُمْ وَرَّثُوا الْجَدَّاتِ وَإِنْ كَثُرْنَ إذَا كُنَّ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ الْكَلَامِ فِي ذَلِكَ مَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ

(239/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنْ الْجَدَّاتِ إلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَّثَ الْجَدَّةَ، ثُمَّ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى أَتَاهُ الثَّبْتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ وَرَّثَ الْجَدَّةَ فَأَنْفَذَهُ لَهَا، ثُمَّ أَتَتْ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهَا: مَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا قَالَ مَالِكٌ، ثُمَّ لَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا وَرَّثَ غَيْرَ جَدَّتَيْنِ مُنْذُ كَانَ الْإِسْلَامُ إلَى الْيَوْمِ) .

[المنتقى]

الْجَدَّةَ أُمَّ الْأُمِّ لَا تَرِثُ مَعَ الْأُمِّ شَيْئًا، قَوْلٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ لَا اخْتِلَافَ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِالْأُمِّ وَتَرِثُ بِمِثْلِ سَبَبِهَا فَكَانَتْ مَحْجُوبَةً بِهَا وَأَمَّا الْجَدَّةُ أُمُّ الْأَبِ فَهِيَ أَيْضًا مَحْجُوبَةٌ بِالْأُمِّ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّهَا تُدْلِي بِمِثْلِ سَبَبِهَا وَالْأُمُّ أَقْرَبُ قَرَابَةً مِنْهَا فَوَجَبَ أَنْ تَحْجُبَهَا وَالْأَبُ يَحْجُبُ الْجَدَّةَ لِلْأَبِ خِلَافًا لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا مِمَّا كَانَتْ تُدْلِي بِهِ عَلَى وَجْهِ الْوِلَادَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْجُبَهَا كَمَا يَحْجُبُ الْجَدُّ، أَوْ أَنَّهَا وَارِثَةٌ تُدْلِي بِعَاصِبٍ فَوَجَبَ أَنْ يَحْجُبَهَا الْعَاصِبُ كَالْعَمِّ وَالْجَدِّ، وَلَا يَحْجُبُ الْجَدَّةَ لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّهَا لَا تُدْلِي بِهِ وَلَا تَرِثُ بِمِثْلِ سَبَبِهِ؛ لِأَنَّهَا تَرِثُ بِالْأُمُومَةِ وَهُوَ يَرِثُ بِالْأُبُوَّةِ فَلَمْ يَحْجُبْهَا كَمَا تَحْجُبُ الْأُمَّ.

(فَصْلٌ) :

فَإِذَا اجْتَمَعَتْ الْجَدَّتَانِ أُمُّ الْأُمِّ وَأُمُّ الْأَبِ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ الْأَبَوَيْنِ مَنْ يَحْجُبُهُمَا، أَوْ إحْدَاهُمَا فَإِنْ كَانَتَا فِي قُعْدُدٍ وَاحِدٍ فَالسُّدُسُ بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ وَإِنْ كَانَتْ إحْدَاهُمَا أَقْرَبُ فَإِنْ كَانَتْ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ بِدَرَجَةٍ، أَوْ دَرَجَاتٍ حَجَبَتْ الْبُعْدَى وَبِهَذَا قَالَ زَيْدٌ وَعَلِيٌّ وَجُمْهُورُ التَّابِعِينَ وَرَوَى النَّخَعِيُّ وَالشَّعْبِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ السُّدُسُ لِلْقُرْبَى وَالْبُعْدَى إذَا كَانَتَا مِنْ جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فَإِنْ كَانَتَا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ فَالسُّدُسُ لِأَقْرَبِهِنَّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ الْأُمَّ تَحْجُبُ أُمَّ الْأَبِ فَكَذَلِكَ

أُمُّ الْأَبِ تَحْجُبُ أُمَّ أُمِّ الْأَبِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
فَإِنْ كَانَتْ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ بِدَرَجَةٍ أَوْ دَرَجَاتٍ فَالسُّدُسُ بَيْنَهُمَا وَهَذِهِ رِوَايَةُ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدٍ وَابْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ زَيْدٍ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَهِيَ إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ الشَّافِعِيِّ.
وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ يَجْعَلُ السُّدُسَ لِلْقُرْبَى وَهِيَ رِوَايَةُ النَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ عَنْ زَيْدٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَهِيَ الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ الشَّافِعِيِّ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأُمَّ لَا تَحْجُبُ أُمَّ الْأُمِّ فَكَذَلِكَ أُمَّ الْأَبِ لَا تَحْجُبُ أُمَّ الْأُمِّ وَإِنَّ مَنْ يَرِثُ بِالْأُمِّ مِنْ جِهَةِ الْبُنُوَّةِ لَا يَسْقُطُ بِمَنْ يُدْلِي بِالْأَبِ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَكَذَلِكَ مَنْ يُدْلِي بِالْأُمِّ مِنْ جِهَةِ الْأُمُومَةِ لَا يُسْقِطُ مَنْ يُدْلِي بِالْأَبِ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ.
1 –
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَيُفْرَضُ لَهَا فِيمَا سِوَى ذَلِكَ السُّدُسُ يَعْنِي أَنَّهُ فَرْضُهَا إذَا انْفَرَدَتْ وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ وَرَوَى ابْنُ سِيرِينَ أَنَّ الْجَدَّاتِ لَيْسَ لَهُنَّ سَهْمٌ وَإِنَّمَا هِيَ طُعْمَةٌ أُطْعِمَتْهَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَكُونُ إلَّا بِفَرْضٍ، أَوْ تَعْصِيبٍ وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ الْجَدَّةَ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ التَّعْصِيبِ فَلَمْ يَبْقَ إلَّا أَنْ تَرِثَ بِالْفَرْضِ.
(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنْ الْجَدَّاتِ إلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَّثَ الْجَدَّةَ، ثُمَّ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى أَتَاهُ الثَّبْتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ وَرَّثَ الْجَدَّةَ فَأَنْفَذَهُ لَهَا، ثُمَّ أَتَتْ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهَا: مَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا قَالَ مَالِكٌ، ثُمَّ لَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا وَرَّثَ غَيْرَ جَدَّتَيْنِ مُنْذُ كَانَ الْإِسْلَامُ إلَى الْيَوْمِ) .
(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْ الْجَدَّاتِ غَيْرُ جَدَّتَيْنِ أُمُّ الْأُمِّ وَأُمُّ الْأَبِ وَأُمَّهَاتُهُمَا.
وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَّثَ الْجَدَّةَ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ مِيرَاثُ الْجَدَّةِ إلَّا بِأَحَدِ هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ وَهُوَ مَا بَلَغَ أَبَا بَكْرٍ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَّثَ الْجَدَّةَ وَهِيَ عِنْدَهُ أُمُّ الْأُمِّ وَالثَّانِيَةُ الَّتِي جَاءَتْ إلَى عُمَرَ فَقَالَ لَهَا إنَّمَا هُوَ السُّدُسُ فَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فِيهِ فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَهِيَ أُمُّ الْأُمِّ وَسَائِرُ الْجَدَّاتِ لَمْ يَثْبُتْ لَهُنَّ حَقٌّ وَلَا ذَكَرَهُنَّ عُمَرُ فِي قَضَائِهِ لِلْجَدَّةِ بِالْمِيرَاثِ وَإِنَّمَا ذَكَرَ جَدَّتَيْنِ بِالتَّثْنِيَةِ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى اخْتِصَاصِ الْحُكْمِ بِهِمَا وَقَوْلُ مَالِكٍ وَلَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا وَرَّثَ غَيْرَ جَدَّتَيْنِ مَعَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الِاخْتِلَافِ فِي ذَلِكَ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إنْفَاذَهُ الْحُكْمَ وَإِنْ جَازَ أَنْ يَرَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُ، وَلَكِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ أَنَّهُ أَنْفَذَ حُكْمًا بِهِ؛ لِأَنَّ الْقَائِلَ بِهِ كَانَ يُخَالِفُهُ الْجَمُّ

الْغَفِيرُ فَكَانَ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ بِقَوْلِ الْجَمَاعَةِ دُونَ قَوْلِ الْوَاحِدِ وَلِذَلِكَ لَمْ يُنْسَبْ تَوْرِيثُ أُمِّ أَبِ الْأَبِ إلَى عَبْدِ اللَّهِ وَحْدَهُ وَتَوْرِيثُ أُمِّ أَبِ الْأُمِّ إلَى ابْنِ عَبَّاسٍ مِنْ طُرُقٍ لَيْسَتْ بِالْقَوِيَّةِ وَلَعَلَّ مَالِكًا قَدْ أَرَادَ أَنَّ

(240/6)

مِيرَاثُ الْكَلَالَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الْكَلَالَةِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ «يَكْفِيكَ مِنْ ذَلِكَ الْآيَةُ الَّتِي نَزَلَتْ فِي الصَّيْفِ فِي آخِرِ سُورَةِ النِّسَاءِ»)

[المنتقى]

ذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ عِنْدَهُ عَنْ أَحَدٍ مِنْ الْأَئِمَّةِ وَإِنَّ مَا رُوِيَ مِنْ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ لَمْ يَثْبُتْ عَنْهُمَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مِيرَاثُ الْكَلَالَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُمَرَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الْكَلَالَةِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَسْأَلَ عَنْ حُكْمِهِمْ فِي الْمِيرَاثِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَسْأَلَ عَمَّنْ يَسْتَحِقُّ هَذَا الِاسْمَ مِنْ الْوَرَثَةِ أَوْ الْمُوَرَّثِينَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ الْكَلَالَةُ مَنْ لَا وَلَدَ وَلَا وَالِدَ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْكَلَالَةَ الْمَوْرُوثُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَكْفِيكَ مِنْ ذَلِكَ آيَةُ الصَّيْفِ» يَقْتَضِي أَنَّ السُّؤَالَ كَانَ عَنْ أَحْكَامِ الْوَارِثِينَ وقَوْله تَعَالَى {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ} [النساء: 12] ظَاهِرُهُ أَنَّهُ يُورَثُ عَلَى هَذَا الْحَالِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَقَدْ قِيلَ إنَّ الْكَلَالَةَ اسْمٌ لِلْوَرَثَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَكْفِيكَ مِنْ ذَلِكَ الْآيَةُ الَّتِي نَزَلَتْ فِي الصَّيْفِ فِي آخِرِ سُورَةِ النِّسَاءِ» يُرِيدُ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ} [النساء: 176] الْآيَةَ إلَى آخِرِ السُّورَةِ وَهَذِهِ الْآيَةُ نَزَلَتْ فِي شَأْنِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو السُّلَمِيِّ فِيمَا رَوَاهُ ابْنُ الْمُنْكَدِرِ عَنْ «جَابِرٍ قَالَ مَرِضْتُ فَأَتَانِي النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَعُودُنِي هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ مَاشِيَيْنِ وَقَدْ أُغْمِيَ عَلَيَّ فَلَمْ أُكَلِّمْهُ فَتَوَضَّأَ فَصَبَّ عَلَيَّ فَأَفَقْتُ فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أَصْنَعُ فِي مَالِي وَلِي أَخَوَاتٌ فَنَزَلَتْ آيَةُ الْمِيرَاثِ {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ إِنِ

امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ} [النساء: 176] » وَرَوَى أَبُو إِسْحَاقَ عَنْ الْبَرَاءِ أَنَّ هَذِهِ آخِرُ آيَةٍ نَزَلَتْ خَاتِمَةَ سُورَةِ النِّسَاءِ {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ} [النساء: 176] .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْكَلَالَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ فَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي أُنْزِلَتْ فِي أَوَّلِ سُورَةِ النِّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ} [النساء: 12] فَهَذِهِ الْكَلَالَةُ الَّتِي لَا تَرِثُ فِيهَا الْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ حَتَّى لَا يَكُونَ وَلَدٌ وَلَا وَالِدٌ، وَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي فِي آخِرِ سُورَةِ النِّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهَا {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [النساء: 176] قَالَ مَالِكٌ فَهَذِهِ الْكَلَالَةُ الَّتِي تَكُونُ فِيهَا الْإِخْوَةُ عَصَبَةً إذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ فَيَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ فِي الْكَلَالَةِ) .

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْكَلَالَةَ عَلَى ضَرْبَيْنِ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنْ الْعُلَمَاءِ أَحَدُهُمَا مَنْ لَا يَرِثُ مَعَ الْوَالِدِ وَإِنْ عَلَا وَالْمَوْلُودِينَ وَإِنْ سَفَلُوا كَالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ، وَذَلِكَ مَا تَضَمَّنَ حُكْمَهُ الْآيَةُ الَّتِي فِي أَوَّلِ سُورَةِ النِّسَاءِ وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهَا الْكَلَالَةَ فَقَالَ {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ} [النساء: 12] فَهَؤُلَاءِ الْإِخْوَةُ مِنْ الْأُمِّ خَاصَّةً فَمَتَى مَا انْفَرَدَ ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ فَلَهُ السُّدُسُ وَمَتَى كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي مِنْ الْكَلَالَةِ مَنْ لَا يَرِثُ مَعَ الِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ وَلَا مَعَ الْأَبِ وَيَرِثُ مَعَ الْجَدِّ وَالْبِنْتِ وَبِنْتِ الِابْنِ، وَذَلِكَ مَا تَضَمَّنَ حُكْمَهُ الْآيَةُ الَّتِي فِي آخِرِ سُورَةِ النِّسَاءِ وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ فِيهَا الْكَلَالَةَ أَيْضًا فَقَالَ {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ} [النساء: 176] فَهَؤُلَاءِ مِنْ الْكَلَالَةِ الَّتِي ذَكَرُهُمْ مُخَالِفٌ

(241/6)

(ص) : (فَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى السُّدُسَ وَالْإِخْوَةُ لَا يَرِثُونَ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى شَيْئًا وَكَيْفَ لَا يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ، وَهُوَ يَأْخُذُ السُّدُسَ مَعَ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى فَكَيْفَ لَا يَأْخُذُ الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَبَنُو الْأُمِّ يَأْخُذُونَ مَعَهُمْ الثُّلُثَ فَالْجَدُّ هُوَ الَّذِي حَجَبَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ وَمَنَعَهُمْ مَكَانَهُ الْمِيرَاثِ فَهُوَ أَوْلَى بِالَّذِي كَانَ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ سَقَطُوا مِنْ أَجْلِهِ وَلَوْ أَنَّ الْجَدَّ لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ الثُّلُثَ أَخَذَهُ بَنُو الْأُمِّ فَإِنَّمَا أَخَذَ مَا لَمْ يَكُنْ يَرْجِعُ إلَى الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ، وَكَانَ الْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ هُمْ

أَوْلَى بِذَلِكَ الثُّلُثِ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَكَانَ الْجَدُّ هُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ) .

مَا جَاءَ فِي الْعَمَّةِ (ص) : (حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَنْظَلَةَ الزُّرَقِيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ مَوْلًى لِقُرَيْشٍ كَانَ قَدِيمًا لَهُ يُقَالُ لَهُ ابْنُ مُرَيٍّ أَنَّهُ قَالَ كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَلَمَّا صَلَّى الظُّهْرَ قَالَ يَا يَرْفَا هَلُمَّ ذَلِكَ الْكِتَابَ لِكِتَابٍ كَتَبَهُ فِي شَأْنِ الْعَمَّةِ فَنَسْأَلَ عَنْهَا وَنَسْتَخْبِرَ عَنْهَا فَأَتَاهُ بِهِ يَرْفَا فَدَعَا بِتَوْرٍ، أَوْ قَدَحٍ فِيهِ مَاءٌ فَمَحَا ذَلِكَ الْكِتَابَ فِيهِ، ثُمَّ قَالَ لَوْ رَضِيَكِ اللَّهُ وَارِثَةً أَقَرَّكِ لَوْ رَضِيَكِ اللَّهُ أَقَرَّكِ مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ كَثِيرًا يَقُولُ كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَقُولُ عَجَبًا لِلْعَمَّةِ تُورَثُ وَلَا تَرِثُ) .

[المنتقى]

أُنْثَاهُمْ عِنْدَ الِانْفِرَادِ؛ لِأَنَّ لِلْأُنْثَى مِنْهُمْ النِّصْفَ وَلِلذَّكَرِ الْجَمِيعَ فَلِذَلِكَ اخْتَلَفُوا عِنْدَ الِاشْتِرَاكِ وَالِاجْتِمَاعِ فَكَانَ لِلْأُنْثَى مِنْهُمْ نِصْفُ حَظِّ الذَّكَرِ إلَّا أَنَّ هَؤُلَاءِ يَرِثُونَ بِالتَّعْصِيبِ وَالْفَرْضِ وَالْأَوَّلِينَ لَا يَرِثُونَ إلَّا بِالْفَرْضِ فَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى وَقَوْلُهُ يَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ فِي الْكَلَالَةِ يُرِيدُ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ أَوْ الْأُمِّ أَوْ لِلْأَبِ.

(ص) : (فَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى السُّدُسَ وَالْإِخْوَةُ لَا يَرِثُونَ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى شَيْئًا وَكَيْفَ لَا يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ، وَهُوَ يَأْخُذُ السُّدُسَ مَعَ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى فَكَيْفَ لَا يَأْخُذُ الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَبَنُو الْأُمِّ يَأْخُذُونَ مَعَهُمْ الثُّلُثَ فَالْجَدُّ هُوَ الَّذِي حَجَبَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ وَمَنَعَهُمْ مَكَانَهُ الْمِيرَاثِ فَهُوَ أَوْلَى بِالَّذِي كَانَ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ سَقَطُوا مِنْ أَجْلِهِ وَلَوْ أَنَّ الْجَدَّ لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ الثُّلُثَ أَخَذَهُ بَنُو الْأُمِّ فَإِنَّمَا أَخَذَ مَا لَمْ يَكُنْ يَرْجِعُ إلَى الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ، وَكَانَ الْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ هُمْ أَوْلَى بِذَلِكَ الثُّلُثِ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَكَانَ الْجَدُّ هُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ) .

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْجَدَّ لَا يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ عَنْ الْمِيرَاثِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ مَنْ لَا يَرِثُونَ مَعَهُ وَهُوَ الِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ لِلْجَدِّ مَعَهُمْ السُّدُسَ؛ لِأَنَّهُ ذُو فَرْضٍ وَلَا يَرِثُ الْإِخْوَةُ مَعَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ مَعَهُ بِالتَّعْصِيبِ، وَالْأَخَوَاتُ وَإِنْ كُنَّ يَرِثْنَ بِالْفَرْضِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ إلَّا أَنَّهُنَّ يَرِثْنَ بِمِثْلِ سَبَبِ الْإِخْوَةِ مِنْ التَّعْصِيبِ فَوَجَبَ أَنْ يَحْجُبَهُنَّ عَنْ الْفَرْضِ مَنْ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ عَنْ التَّعْصِيبِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأُمَّ تَرِثُ بِالْفَرْضِ الثُّلُثَ وَالْأَبُ يَرِثُ بِالتَّعْصِيبِ مَا زَادَ عَلَى السُّدُسِ، ثُمَّ يَحْجُبُ الْأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ الِابْنُ كَمَا يَحْجُبُ الْأَبَ عَنْ التَّعْصِيبِ وَيُرَدُّ إلَى السُّدُسِ الَّذِي هُوَ الْفَرْضُ لَمَّا وَرِثَ الْأَبَوَانِ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْوِلَادَةُ الْمُبَاشِرَةُ فَلَمَّا كَانَ هَذَا حَالُ الْجَدِّ كَانَ أَحَقَّ مِنْ الْإِخْوَةِ بِهَذَا السُّدُسِ وَكَانَ أَيْضًا أَحَقَّ

مِنْهُمْ بِالثُّلُثِ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ فِي الثُّلُثِ غَيْرُهُمْ أَوْ كَانَ مَعَهُمْ مَنْ يَحْجُبُهُمْ عَنْ الثُّلُثِ لِمَعْنًى آخَرَ: وَهُوَ أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ أَحَقُّ بِالثُّلُثِ مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِخْوَةِ مَعَ الْأَبَوَيْنِ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَالْأَبُ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُمْ أَنَّ الْإِخْوَةَ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ وَالْأَبُ يَحْجُبُهُمْ فَلَا يَرِثُونَ مَعَهُ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ يَرِثُونَ الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَيَحْجُبُونَهُمْ عَنْهُ وَالْأَبُ يَحْجُبُهُمْ فَلَا يَرِثُونَ مَعَهُ فَلِذَلِكَ كَانَ أَوْلَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ الَّذِينَ يَحْجُبُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ عَنْ ذَلِكَ الثُّلُثِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ مَعَ الْإِخْوَةِ الَّذِينَ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَالْأَبُ يَحْجُبُهُمْ فَكَانَ أَحَقَّ بِهِ مِنْهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَلَوْ كَانَتْ فَرِيضَةٌ فِيهَا أُمٌّ وَزَوْجٌ وَجَدٌّ وَإِخْوَةٌ لِأُمٍّ وَإِخْوَةٌ لِأَبٍ فَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ وَلِلْجَدِّ الثُّلُثَ وَلَا شَيْءَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُمْ لَوْ لَمْ يَكُنْ الْجَدُّ وَالْجَدُّ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ عَنْهُ فَكَانَ أَحَقَّ بِهِ مِنْهُمْ.

[مَا جَاءَ فِي الْعَمَّةِ]

(ش) : قَوْلُهُ لِيَرْفَا بِأَثَرِ الصَّلَاةِ هَلُمَّ ذَلِكَ الْكِتَابَ لِيَسْأَلَ عَنْهَا

(242/6)

مِيرَاثُ وِلَايَةِ الْعَصَبَةِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا فِي وِلَايَةِ الْعَصَبَةِ أَنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ بَنِي الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَبَنُو الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنْ بَنِي الْأَخِ لِلْأَبِ وَبَنُو الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِي ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَبَنُو ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنْ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِي الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ عَمِّ الْأَبِ أَخِي أَبِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ قَالَ مَالِكٌ وَكُلُّ شَيْءٍ سُئِلْت عَنْهُ مِنْ مِيرَاثِ الْعَصَبَةِ فَإِنَّهُ عَلَى نَحْوِ هَذَا أَنْسَبُ لِلْمُتَوَفَّى وَمَنْ يُنَازِعُ فِي وِلَايَتِهِ مِنْ عَصَبَتِهِ فَإِنْ وَجَدْت أَحَدًا مِنْهُمْ يَلْقَى الْمُتَوَفَّى إلَى أَبٍ لَا يَلْقَاهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إلَى أَبٍ دُونَهُ فَاجْعَلْ مِيرَاثَهُ لِلَّذِي يَلْقَاهُ إلَى الْأَبِ الْأَدْنَى دُونَ مَنْ يَلْقَاهُ إلَى فَوْقَ ذَلِكَ فَإِنْ وَجَدْتَهُمْ كُلَّهُمْ يَلْقَوْنَهُ إلَى أَبٍ وَاحِدٍ يَجْمَعُهُمَا جَمِيعًا فَانْظُرْ أَقْعَدَهُمْ فِي النَّسَبِ فَإِنْ كَانَ ابْنَ أَبٍ فَقَطْ فَاجْعَلْ الْمِيرَاثَ لَهُ دُونَ الْأَطْرَافِ وَإِنْ

كَانَ ابْنَ أَبٍ وَأُمٍّ وَإِنْ وَجَدْتَهُمْ مُسْتَوِينَ وَيُنْسَبُونَ مِنْ عَدَدِ الْآبَاءِ إلَى عَدَدٍ وَاحِدٍ حَتَّى يَلْقَوْا نَسَبَ الْمُتَوَفَّى جَمِيعًا وَكَانُوا كُلُّهُمْ جَمِيعًا بَنِي أَبٍ، أَوْ بَنِي أَبٍ وَأُمٍّ فَاجْعَلْ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمْ سَوَاءٌ وَإِنْ كَانَ وَالِدُ بَعْضِهِمْ أَخَا وَالِدِ الْمُتَوَفَّى لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَكَانَ مَنْ سِوَاهُ مِنْهُمْ إنَّمَا هُوَ أَخُو أَبِي الْمُتَوَفَّى لِأَبِيهِ فَقَطْ فَإِنَّ الْمِيرَاثَ لِبَنِي أَخِي الْمُتَوَفَّى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ دُونَ بَنِي الْأَخِ لِلْأَبِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ {وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [الأنفال: 75]

[المنتقى]

وَيَسْتَخْبِرَ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ خَصَّ ذَلِكَ الْوَقْتَ بِهَذَا الْمَعْنَى لِحُضُورِ فُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ الصَّلَاةَ وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ قَدْ تَبَيَّنَ حِينَئِذٍ إلَيْهِ مِنْ حُكْمِهَا مَا خَفِيَ عَلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ فَأَرَادَ أَنْ يُشَاوِرَهُمْ فِيمَا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ وَنَحْوَ ذَلِكَ فِي الْقَدَحِ أَوْ التَّوْرِ وَقَوْلُهُ لَوْ رَضِيَك اللَّهُ أَقَرَّك يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إسْقَاطَ الْعَمَّةِ مِنْ أَهْلِ الْمَوَارِيثِ وَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَوْ رَضِيَ الْوِرَاثَةَ لَأَقَرَّهَا بَعْدَ الِاسْتِخَارَةِ وَالْمُشَاوَرَةِ بِأَنْ يُقَوِّيَ فِي نَفْسِ عُمَرَ وَسَائِرِ الصَّحَابَةِ وُجُوبَ الْمِيرَاثِ لَهَا وَيُرِيَهُمْ وَجْهَ الصَّوَابِ فِي ذَلِكَ فَلَمَّا لَمْ يُرِهِمْ ذَلِكَ مَعَ مَا أَمَرَهُمْ بِهِ مِنْ إجْهَادِ الرَّأْيِ بَطَلَ أَنْ يَكُونَ جَعَلَ لَهَا فِي الْمِيرَاثِ حَقًّا، وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ بِذَلِكَ الرُّقْعَةَ الَّتِي مَحَاهَا سَوَاءٌ كَانَ فِيهَا إثْبَاتُ الْمِيرَاثِ لِلْعَمَّةِ أَوْ نَفْيُهُ عَنْهَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَرْضَ تِلْكَ الْبِطَاقَةَ لَمَّا لَمْ يُقِرَّهُمْ عَلَيْهَا وَلَمْ يُرِهِمْ صَوَابَهَا إلَّا أَنَّ الْمَعْرُوفَ مِنْ مَذْهَبِ عُمَرَ مَنْعُ الْعَمَّةِ الْمِيرَاثَ وَسَيَأْتِي فِي مِيرَاثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ مِنْ الْمَسَائِلِ الَّتِي اخْتَلَفَ فِيهَا الصَّحَابَةُ فَالْمَشْهُورُ عَنْ عُمَرَ مَنْعُ ذَلِكَ وَبِهِ قَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ تَوْرِيثُهُمْ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَذَوُو الْمَحَارِمِ هُمْ بَنُو الْبِنْتِ وَبَنُو الْأُخْتِ وَبَنَاتُ الْأَخِ مِنْ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَبَنَاتُ الْأَخِ مِنْ الْأَبِ وَبَنُو الْإِخْوَةِ مِنْ الْأُمِّ وَالْعَمَّةُ وَالْخَالَةُ وَبَنَاتُ الْعَمِّ وَالْخَالُ وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِلْأُمِّ وَأَوْلَادُهُ وَالْجَدَّةُ أُمُّ أَبِي الْأُمِّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ بِنْتَ الْبِنْتِ شَخْصٌ لَا تَرِثُ مَعَ الْأَخِ الْمُسَاوِي لَهَا فِي الْقَرَابَةِ تُوجِبُ أَنْ لَا تَرِثَ إذَا انْفَرَدَتْ أَصْلُ ذَلِكَ بِنْتُ الْعَمَّةِ وَلَا يَلْزَمُنَّهَا عَلَى هَذَا الْأَخُ مِنْ الْأَبِ مَعَ الْأَخِ مِنْ الْأَبِ وَالْأُمِّ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُسَاوٍ لَهُ فِي الْقَرَابَةِ.

(243/6)

. . . .

[المنتقى]

[مِيرَاثُ وِلَايَةِ الْعَصَبَةِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنْ الْأَخِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ يُدْلَى بِهَا إلَى الْمِيرَاثِ إذَا انْفَرَدَتْ كَمَا يُدْلَى بِالْأَبِ إذَا انْفَرَدَ فَإِذَا اجْتَمَعَا كَانَ أَقْوَى مِنْ انْفِرَادِ أَحَدِهِمَا، وَكَذَلِكَ الْمِيرَاثُ فِي الْعُمُومَةِ وَإِنْ كَانَ الْعَمُّ لِلْأُمِّ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْمِيرَاثِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ الْأُمُّ سَبَبًا فِي الْمِيرَاثِ بِالْجُمْلَةِ قَوِيَتْ جَنْبَةُ مَنْ وُجِدَتْ فِي جِهَتِهِ كَمَا أَنَّ الْأُمَّ بِانْفِرَادِهَا لَا تَكُونُ سَبَبًا إلَى مِيرَاثِ جَمِيعِ الْمَالِ وَقَدْ يَقْوَى جَنْبَةُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ فَيَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ وَهَذَا مَعَ التَّسَاوِي فِي الدَّرَجَةِ مِنْ الْمَيِّتِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُهُمْ إخْوَةً، أَوْ أَعْمَامًا فِي دَرَجَةٍ، أَوْ بَنِي عَمٍّ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ فَإِنْ اخْتَلَفَتْ دَرَجَاتُهُمْ فَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: اخْتِلَافُهَا مَعَ اخْتِلَافِ الْأَسْبَابِ الثَّانِي اخْتِلَافُهَا مَعَ اتِّفَاقِ الْأَسْبَابِ فَأَمَّا اخْتِلَافُ الدَّرَجَاتِ مَعَ اخْتِلَافِ الْأَسْبَابِ فَكَالْإِخْوَةِ مَعَ الْأَعْمَامِ وَبَنِي الْأَعْمَامِ فَالْإِخْوَةُ أَقْرَبُ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِالْأَبِ وَالْأَعْمَامُ يُدْلُونَ بِالْجَدِّ، وَكَذَلِكَ بَنُو الْأَعْمَامِ يُدْلُونَ بِالْجَدِّ فَكَانَ الْإِخْوَةُ أَوْلَى إخْوَةً كَانُوا لِأَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ لِأَبٍ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِالْأَبِ وَهُوَ أَقْرَبُ مِنْ الْجَدِّ وَإِنْ كَانُوا أَعْمَامًا كُلَّهُمْ، أَوْ بَنِي عَمٍّ كُلِّهِمْ وَاخْتَلَفَتْ دَرَجَاتُهُمْ فَكَالْأَعْمَامِ إخْوَةُ الْأَبِ مَعَ الْأَعْمَامِ إخْوَةُ الْجَدِّ فَإِنَّ الْأَعْمَامَ إخْوَةَ الْأَبِ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ مَنْ يَلْقَى الْمَيِّتَ إلَى أَبٍ لَا يَلْقَاهُ غَيْرُهُ إلَى أَبٍ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ الْمِيرَاثُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَعْمَامَ يُدْلُونَ بِالْجَدِّ أَبِي الْأَبِ وَالْأَعْمَامَ إخْوَةَ الْجَدِّ يُدْلُونَ بِالْجَدِّ أَبِي أَبِي الْأَبِ، وَكُلُّ مَنْ أَدْلَى بِالْأَقْرَبِ فَلَهُ الْمِيرَاثُ دُونَ مَنْ أَدْلَى بِأَبٍ أَبْعَدَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَرَكَ خَالًا هُوَ ابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ وَأَخًا لِأُمٍّ وَهُوَ ابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ فَلِلْأَخِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ وَمَا بَقِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخَالِ بِالسَّوِيَّةِ؛ لِأَنَّهُمَا ابْنَا عَمٍّ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الْخَالَ لَا حَظَّ لَهُ فِي الْمِيرَاثِ، وَالْأَخ لِلْأُمِّ يَرِثُ بِالْفَرْضِ السُّدُسَ وَإِذَا اجْتَمَعَ لِأَحَدِ الْوَارِثِينَ سَبَبَانِ وَانْفَرَدَ الْآخَرُ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَإِنْ كَانَ السَّبَبَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ كَابْنَيْ الْعَمِّ؛ أَحَدُهُمَا ابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَالْآخَرُ ابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ فَإِنَّ تَأْثِيرَهُ أَنْ يَحْجُبَ ذُو السَّبَبَيْنِ ذَا السَّبَبِ الْوَاحِدِ وَإِنْ كَانَ السَّبَبَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ أَخُو الْأُمِّ هُوَ ابْنُ عَمٍّ مَعَ ابْنِ عَمٍّ لَيْسَ بِأَخٍ لِأُمٍّ فَإِنَّ تَأْثِيرَ السَّبَبَيْنِ أَنْ يَرِثَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَرِثُ بِسَبَبِ الْفَرْضِ أَوَّلًا، ثُمَّ يُسَاوِيهِ فِي بَقِيَّةِ الْمِيرَاثِ بِالتَّعْصِيبِ لِتَسَاوِيهِمَا فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ تَرَكَ الْمَيِّتُ أَخَوَيْنِ لِأُمٍّ أَحَدُهُمَا ابْنُ عَمٍّ لَوَرِثَا بِالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَرِثُ الْأَخُ الَّذِي هُوَ ابْنُ عَمٍّ بِالتَّعْصِيبِ بَقِيَّةَ الْمَالِ، وَذَلِكَ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا تَحَقَّقَ الْوَارِثُ بِالذُّكُورَةِ، أَوْ الْأُنُوثَةِ فَإِنْ كَانَ خُنْثَى فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إلَى مَبَالِهِ فَإِنْ بَالَ مِنْ ذَكَرِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الذُّكُورِ فِي مِيرَاثِهِ وَصَلَاتِهِ وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ وَإِنْ بَالَ مِنْ فَرْجِهِ فَحُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْمَرْأَةِ وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا فَهُوَ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَجْلَانَ الْفَرَضِيُّ يُنْظَرُ أَيُّهُمَا يَبْدَأُ الْبَوْلُ أَوَّلًا.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا جَمِيعًا سَوَاءٌ فَهَذَا الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ وَاتَّفَقَ أَهْلُ الْفَرَائِضِ عَلَى أَنَّ لَهُ نِصْفَ مِيرَاثِ رَجُلٍ وَنِصْفَ مِيرَاثِ امْرَأَةٍ فَإِنْ انْفَرَدَ وَحْدَهُ فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِيرَاثِ قَالَ ابْنُ غَالِبٍ لَا اخْتِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي ذَلِكَ وَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي الْحِسَابِ فَقَالَ: بَعْضُهُمْ مَنْ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ ابْنًا خُنْثَى وَابْنًا صَحِيحًا فَإِنَّ فَرِيضَتَهُمَا مِنْ سَبْعَةٍ لِلصَّحِيحِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ فَرِيضَتُهُمْ مِنْ خَمْسَةٍ لِلْخُنْثَى سَهْمَانِ وَلِلصَّحِيحِ ثَلَاثَةٌ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ فَرِيضَتُهُمْ مِنْ ثَمَانِيَةٍ لِلصَّحِيحِ خَمْسَةٌ وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ وَذَلِكَ كُلُّهُ غَلَطٌ فِي الْحِسَابِ وَالصَّوَابُ فِي ذَلِكَ أَنْ تَعْمَلَ فَرِيضَتَيْنِ: فَرِيضَةٌ عَلَى أَنَّهُ ذَكَرٌ وَفَرِيضَةٌ عَلَى أَنَّهُ أُنْثَى فَفَرِيضَتُهُمَا عَلَى أَنَّهُ ذَكَرٌ أَنَّهُ مِنْ اثْنَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ وَفَرِيضَتُهُمَا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا أُنْثَى مِنْ ثَلَاثَةٍ لِلذَّكَرِ اثْنَانِ وَلِلْأُنْثَى وَاحِدٌ فَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي اثْنَيْنِ فَذَلِكَ سِتَّةٌ، ثُمَّ أَضْعِفْ السِّتَّةَ فَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ وَإِنَّمَا أَضْعَفْنَا السِّتَّةَ لِيَكُونَ مَا بِيَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ التَّضْعِيفِ وَالتَّأْنِيثِ نِصْفٌ صَحِيحٌ، ثُمَّ اقْسِمْ الِاثْنَيْ عَشَرَ عَلَى أَنَّهُمَا ذَكَرَانِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سِتَّةٌ، ثُمَّ اقْسِمْهَا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا أُنْثَى فَيَكُونُ لِلذَّكَرِ ثَمَانِيَةٌ وَلِلْأُنْثَى أَرْبَعَةٌ وَهِيَ أَسْوَأُ حَالَتَيْهِمَا وَيَصِيرُ

(244/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِي الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَأَوْلَى مِنْ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ بِالْمِيرَاثِ وَابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنْ الْجَدِّ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي)

[المنتقى]

لَهُمَا فِي أَفْضَلِ حَالَتَيْهِمَا فَيُعْطَى شَطْرَ مَا بَيْنَ حَالَتَيْهِ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ وَيُعْطَى أَخُوهُ مَا بَيْنَ الْحَالَتَيْنِ،

وَذَلِكَ سَبْعَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِحَالِ ذُكُورَةِ أَخِيهِ سِتَّةً وَبِحَالِ أُنُوثَتِهِ ثَمَانِيَةً وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ: إنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ يُحْجَبُ بِهِ الْأَخُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَذَلِكَ أَنَّ الْجَدَّ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ إذَا ضَاقَ عَنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْفُرُوضِ وَلِذَلِكَ يَرِثُ مَعَ الِابْنِ السُّدُسَ وَلَا يَرِثُ الْأَخُ مَعَ الِابْنِ شَيْئًا لَكِنَّهُ إذَا فَضَلَ الْمَالُ عَنْ فَرْضِ الْجَدِّ وَرِثَ مَعَهُ الْأَخُ بِالتَّعْصِيبِ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعْصِيبًا وَالْأَخُ يَعْصِبُ أُخْتَهُ وَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الِابْنِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْجُبْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَنْ التَّعْصِيبِ، وَأَمَّا ابْنُ الْأَخِ فَلَا يَعْصِبُ أُخْتَهُ وَلِذَلِكَ حَجَبَهُ الْجَدُّ لِقُوَّةِ أَسْبَابِهِ الَّتِي يَرِثُ بِهَا وَهَذَا حُكْمُ الْجَدِّ أَبِي الْأَبِ، فَأَمَّا أَبُو أَبِي الْأَبِ فَإِنَّهُ أَيْضًا أَوْلَى مِنْ بَنِي الْأَخِ وَالْأَعْمَامِ وَبَنِي الْأَعْمَامِ؛ لِأَنَّهُ جَدٌّ كَالْأَدْنَى وَأَمَّا الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ فَإِنَّهُ يَحْجُبُ أَبَاهُ كَمَا يَحْجُبُ الْأَبُ الْجَدَّ فَكُلُّ أَبٍ يَحْجُبُ مَنْ فَوْقَهُ كَمَا أَنَّ كُلَّ ابْنٍ يَحْجُبُ مَنْ تَحْتَهُ؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ إنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْقُرْبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَالْجَدُّ أَوْلَى مِنْ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَمَّ إنَّمَا يُدْلِي بِالْجَدِّ فَكَانَ كَالْأَخِ مَعَ الْأَبِ لَمَّا أَدْلَى بِهِ لَمْ يَرِثْ مَعَهُ وَإِنَّمَا يَرِثُ مَعَ عَدَمِهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ تَعْصِيبَ الْعَمِّ لَيْسَ بِالْقَوِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْصِبُ أُخْتَهُ فَكَانَ كَابْنِ الْأَخِ لَا يَرِثُ مَعَ الْجَدِّ لِضَعْفِ تَعْصِيبِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْصِبُ أُخْتَهُ وَإِنَّمَا يَرِثُ مَعَ الْجَدِّ بِالتَّعْصِيبِ مَنْ قَوِيَ تَعْصِيبُهُ حَتَّى يَعْصِبَ أُخْتَهُ كَالْأَخِ وَالِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنْ الْجَدِّ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ إلَّا بِمَحْضِ التَّعْصِيبِ، وَلَيْسَ فِيهِ فُرُوضٌ وَالْأَخُ وَابْنُ الْأَخِ أَمْحَضُ تَعْصِيبًا مِنْ الْجَدِّ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ إلَّا بِالتَّعْصِيبِ فَكَانَ سَبَبُهُمْ أَقْوَى فِي الْوَلَاءِ وَلَا يَقْوَى تَعْصِيبُ الْجَدِّ بِالْفَرْضِ فِي الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلْفُرُوضِ فِيهِ وَأَمَّا الْأَبُ فَإِنَّهُ أَحَقُّ بِالْوَلَاءِ مِنْ الْإِخْوَةِ وَإِنْ كَانَ يَرِثُ تَارَةً بِالْفَرْضِ وَتَارَةً بِالتَّعْصِيبِ وَتَارَةً بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ يُدْلُونَ بِهِ فَكَانَ أَحَقَّ بِذَلِكَ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْجَدُّ فَإِنَّهُمْ لَا يُدْلُونَ بِهِ وَحُكْمُ الْإِخْوَةِ مَعَ الْأَبِ كَحُكْمِ الْأَعْمَامِ مَعَ الْجَدِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

قَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي ذِكْرِ مَنْ يَرِثُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فَلْيَذْكُرْ الْعَمَلَ فِي مَوَارِيثِهِمْ لِيَتِمَّ بِهِ بَيَانُ أَحْكَامِهِمْ وَمَعْنَى ذَلِكَ عَلَى الْإِيجَازِ أَنَّ الْفُرُوضَ سِتَّةٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا وَيَخْرُجُ حِسَابُهَا مِنْ سَبْعَةِ أُصُولٍ الِاثْنَيْنِ

وَالثَّلَاثَةِ وَالْأَرْبَعَةِ وَالسِّتَّةِ وَالثَّمَانِيَةِ وَالِاثْنَيْ عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ وَذَلِكَ أَنَّ الِاثْنَيْنِ ابْتِدَاءُ أُصُولِ الْمَسَائِلِ، ثُمَّ تُضَاعَفُ إلَى أَرْبَعَةٍ، ثُمَّ تُضَاعَفُ إلَى ثَمَانِيَةٍ فَإِذَا كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ نِصْفًا وَمَا بَقِيَ أَوْ نِصْفًا وَنِصْفًا فَهِيَ مِنْ اثْنَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ رُبُعًا وَمَا بَقِيَ، أَوْ رُبُعًا وَنِصْفًا وَمَا بَقِيَ فَهِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَإِنْ كَانَتْ ثُمُنًا وَمَا بَقِيَ أَوْ ثُمُنًا وَنِصْفًا وَمَا بَقِيَ فَأَصْلُهَا مِنْ ثَمَانِيَةٍ وَهَذِهِ الْأُصُولُ الثَّلَاثَةُ لَا يَدْخُلُهَا عَوْلٌ لِاخْتِصَاصِ سِهَامِهَا بِأَحَدِ الْأَصْلَيْنِ.

وَالْأَصْلُ الثَّانِي أَوَّلُهُ مِنْ ثَلَاثَةٍ، ثُمَّ يُضَاعَفُ إلَى سِتَّةٍ، ثُمَّ يُضَافُ إلَى اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ يُضَاعَفُ إلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ فَإِنْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ ثُلُثٌ وَمَا بَقِيَ، أَوْ ثُلُثٌ وَثُلُثَانِ فَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَيْضًا لَا تَعُولُ لِاخْتِصَاصِهَا بِأَحَدِ الْأَصْلَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ نِصْفٌ مَعَ ثُلُثٍ أَوْ سُدُسٍ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ وَإِنْ كَانَ فِيهَا رُبُعٌ مَعَ ثُلُثٍ أَوْ سُدُسٍ فَهِيَ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا ثُمُنٌ مَعَ ثُلُثٍ أَوْ سُدُسٍ فَهِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ الثَّلَاثُ تَعُولُ لِاجْتِمَاعِ الْأَصْلَيْنِ فِيهَا فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الَّتِي أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ فَهِيَ تَعُولُ إلَى سَبْعَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَتِسْعَةٍ وَعَشَرَةٍ فَإِذَا عَالَتْ إلَى عَشَرَةٍ سُمِّيَتْ ذَاتُ الْفُرُوخِ وَهِيَ أَكْثَرُ الْمَسَائِلِ عَوْلًا؛ لِأَنَّهَا عَالَتْ بِقِسْمَيْهَا وَإِذَا عَالَتْ إلَى تِسْعَةٍ فَبَعْضُهُمْ يُسَمِّيهَا الْغَرَّاءُ وَهِيَ الْأَكْدَرِيَّةُ وَإِذَا كَانَ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ

(245/6)

. . . .

[المنتقى]

مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ عَالَتْ إلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ وَإِلَى سَبْعَةَ عَشَرَ وَإِذَا كَانَ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ عَالَتْ إلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ وَهِيَ الْمِنْبَرِيَّةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا تَرَكَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى سَبْعَةٍ وَإِذَا تَرَكَتْ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتَيْنِ لِأُمٍّ فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى ثَمَانِيَةٍ وَإِذَا تَرَكَتْ زَوْجًا وَجَدًّا وَأُمًّا وَأُخْتًا فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى تِسْعَةٍ وَإِذَا تَرَكَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأُمًّا وَسِتَّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى عَشَرَةٍ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ وَلِلْأُخْتَيْنِ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْأُخْتَيْنِ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ الثُّلُثَانِ وَتَعُولُ إلَى عَشَرَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا تُوُفِّيَ رَجُلٌ وَتَرَكَ زَوْجَةً وَثَلَاثَ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ أَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ بِثَلَاثَةٍ وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ بِاثْنَيْنِ وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ بِسِتَّةِ أَسْهُمٍ وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ بِسَهْمَيْنِ تَعُولُ إلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَلَوْ خَلَّفَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَةً وَابْنَةَ ابْنٍ أَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَلِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَلِلِابْنَةِ النِّصْفُ بِسِتَّةِ أَسْهُمٍ وَلِابْنَةِ الِابْنِ السُّدُسُ بِاثْنَيْنِ تَعُولُ إلَى خَمْسَةَ عَشَرَ وَلَوْ خَلَّفَ رَجُلٌ زَوْجَةً وَأُخْتَيْنِ لِأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ بِسَهْمَيْنِ وَلِلْأُخْتَيْنِ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ بِأَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ وَلِلْأُخْتَيْنِ لِلْأَبِ الثُّلُثَانِ بِثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ تَعُولُ إلَى سَبْعَةَ عَشَرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ تُوُفِّيَ رَجُلٌ وَتَرَكَ زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنَتَيْنِ فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِلْمَرْأَةِ الثُّمُنُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَلِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ بِثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ وَلِلِابْنَتَيْنِ الثُّلُثَانِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا تَعُولُ إلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ.

[فَصْلٌ فِي تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ]

(فَصْلٌ فِي تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ) وَتَصْحِيحُهَا أَنْ تَضْرِبَ عَدَدَ مَنْ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ سِهَامُهُمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا فَمَا خَرَجَ فَمِنْهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ وَذَلِكَ مِثْلُ زَوْجٍ وَأَخَوَيْنِ أَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْنِ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأَخَوَيْنِ النِّصْفُ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا فَتَضْرِبُ عَدَدَهُمَا وَهُمَا اثْنَانِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ اثْنَانِ يَكُونُ أَرْبَعَةٌ مِنْهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ فَيَكُونُ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ بِسَهْمَيْنِ وَلِلْأَخَوَيْنِ النِّصْفُ بِسَهْمَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمٌ، وَلَوْ تَرَكَتْ زَوْجًا وَأَخًا وَأُخْتًا فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْنِ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ سَهْمٌ وَلِلْأَخِ وَالْأُخْتِ النِّصْفُ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا فَيُعَدُّ الْأَخُ بِاثْنَيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ مِثْلَ مَا لِأُخْتِهِ فَتَضْرِبُ أَصْلَ الْمَسْأَلَةِ فِي ثَلَاثَةٍ تَكُونُ سِتَّةٌ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةٌ وَتَبْقَى ثَلَاثَةٌ بَيْنَ الْأَخِ وَالْأُخْتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ عَدَدُ الْوَرَثَةِ مُوَافِقًا لِسِهَامِهِمْ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِعَدَدِهِمْ نِصْفٌ وَلِسِهَامِهِمْ نِصْفٌ، أَوْ ثُلُثٌ وَثُلُثٌ، أَوْ رُبُعٌ وَرُبُعٌ، أَوْ مَا كَانَ مِنْ الْأَجْزَاءِ فَيُرَدُّ عَدَدُهُمْ إلَى ذَلِكَ ثُمَّ تَضْرِبُ الرَّاجِعَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ وَذَلِكَ مِثْلُ امْرَأَةٍ تَرَكَتْ زَوْجًا هُوَ ابْنُ عَمِّهَا وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ ابْنَةً أَصْلُ مَسْأَلَتِهِمْ مِنْ ثَلَاثَةٍ فَلِلزَّوْجِ بِالْفَرْضِ وَالتَّعْصِيبِ الثُّلُثُ وَيَبْقَى الثُّلُثَانِ وَهُمَا سَهْمَانِ لِلْبَنَاتِ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ لَكِنْ تُوَافِقُهُنَّ بِالنِّصْفِ فَتَضْرِبُ نِصْفَ عَدَدِهِنَّ وَهُوَ سَبْعَةٌ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ يَكُونُ أَحَدًا وَعِشْرِينَ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ لِلزَّوْجِ سَبْعَةٌ وَلِلْبَنَاتِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَعْدَادٌ مُخْتَلِفَةٌ لَا تَنْقَسِمُ سِهَامُهَا فَاضْرِبْ الْأَعْدَادَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ فَمَا اجْتَمَعَ فَاضْرِبْهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا، وَذَلِكَ مِثْلُ رَجُلٌ تُوُفِّيَ وَخَلَّفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ وَأَرْبَعَةً وَثَلَاثِينَ أَخًا لِأُمٍّ وَسَبْعَةً وَثَلَاثِينَ أُخْتًا لِأَبٍ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجَاتِ الرُّبُعُ بِثَلَاثَةٍ لَا تَصِحُّ عَلَيْهِنَّ وَلَا تُوَافِقُ وَلِلْإِخْوَةِ الثُّلُثُ بِأَرْبَعَةِ سِهَامٍ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلَا تُوَافِقُ وَلِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ الثُّلُثَانِ ثَمَانِيَةٌ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلَا تُوَافِقُ فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي أَرْبَعَةٍ وَثَلَاثِينَ فَمَا اجْتَمَعَ ضَرَبْتَهُ فِي سَبْعَةٍ وَثَلَاثِينَ فَمَا اجْتَمَعَ ضَرَبْتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ فَمَا اجْتَمَعَ فَمِنْهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ.

– 1

(246/6)

. . . .

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) فَإِنْ كَانَ مَنْ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ سِهَامُهُمْ يُوَافِقُ عَدَدَهُمْ بِجُزْءٍ مِنْ الْأَجْزَاءِ نِصْفٌ أَوْ ثُلُثٌ، أَوْ رُبُعٌ أَوْ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ أَكْثَرُ أَخَذْت وَفْقَ عَدَدِهِمْ لِسِهَامِهِمْ، ثُمَّ ضَرَبْت بَعْضَ ذَلِكَ فِي بَعْضٍ فَمَا اجْتَمَعَ ضَرَبْتَهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا إنْ كَانَتْ عَوْلًا فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ مِثَالُ ذَلِكَ: ثَلَاثُ نِسْوَةٍ وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ أَخًا لِأُمٍّ وَاثْنَانِ وَثَلَاثُونَ أُخْتًا لِأَبٍ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجَاتِ الرُّبُعُ ثَلَاثَةُ سِهَامٍ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلِلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ بِأَرْبَعَةِ سِهَامٍ وَلِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ الثُّلُثَانِ بِثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ وَيُوَافِقُهُمْ بِالنِّصْفِ فَيَرْجِعُونَ إلَى تِسْعَةٍ وَلِلْأَخَوَاتِ الثُّلُثَانِ بِثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَتُوَافِقُهُنَّ بِالْأَثْمَانِ فَيَرْجِعْنَ إلَى ثُمُنِهِنَّ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي أَرْبَعَةٍ ثُمَّ فِي سَبْعَةٍ فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَمَانُونَ، ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا وَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ فَذَلِكَ أَلْفٌ وَمِائَتَانِ وَسَبْعُونَ وَمِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مَنْ لَهُ سَهْمٌ ضُرِبَ لَهُ فِي أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَتْ الْأَعْدَادُ بِمُوَافَقَتِهَا إيَّاهَا لِسِهَامِهَا يُوَافِقُ بَعْضُهَا بَعْضًا فَأَوْقِفْ وَفْقَ أَحَدِ الْأَعْدَادِ وَارْدُدْ

الْأَعْدَادَ الْأُخَرَ إِلَى مُوَافِقَتِهَا لِلْعَدَدِ الْمَوْقُوفِ فَمَا رَجَعَ ضَرَبْت بَعْضَهُ فِي بَعْضٍ، ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي جَمِيعِ الْعَدَدِ الْمَوْقُوفِ وَمَا اجْتَمَعَ فِي الْأَصْلِ وَعَوْلِهَا مِثَالُ ذَلِكَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَسِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ أَخًا لِأُمٍّ وَثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ أُخْتًا لِأَبٍ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلزَّوْجَاتِ الرُّبُعُ بِثَلَاثَةٍ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلَا يُوَافِقُهُنَّ وَلِلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ بِأَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ وَتُوَافِقُهُمْ بِالرُّبُعِ فَيُرَدُّونَ إلَى رُبُعِهِمْ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَلِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ الثُّلُثَانِ ثَمَانِيَةٌ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَتَوَافُقُهُنَّ بِالثُّمُنِ فَيُرَدُّونَ إلَى ثُمُنِهِنَّ، وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَتَبْقَى مَعَنَا أَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَتِسْعَةٌ فَتُوقَفُ السِّتَّةُ وَتَجِدُ الْأَرْبَعَةَ تُوَافِقُ السِّتَّةَ بِالنِّصْفِ وَالتِّسْعَةَ تُوَافِقُهَا بِالثُّلُثِ فَتَضْرِبُ نِصْفَ الْأَرْبَعَةِ فِي نِصْفِ السِّتَّةِ تَكُنْ سِتَّةً، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي السِّتَّةِ الْمَوْقُوفَةِ تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِيمَا عَالَتْ إلَيْهِ الْمَسْأَلَةُ، وَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ تَكُنْ خَمْسَمِائَةٍ وَأَرْبَعِينَ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ضُرِبَ لَهُ فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ لِلنِّسْوَةِ ثَلَاثَةٌ فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ تَكُونُ مِائَةً وَثَمَانِيَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ وَلِلْإِخْوَةِ مِائَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَلِلْأَخَوَاتِ مِائَتَانِ وَثَمَانِيَةٌ وَثَمَانُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ سِتَّةٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ مِنْ الْأَعْدَادِ بَعْدَ رَدِّكَ إيَّاهَا بِمُوَافَقَتِهَا لِسِهَامِهَا مُتَسَاوِيَةٌ أَجْزَأَ أَحَدُهَا عَنْ سَائِرِهَا وَإِنْ كَانَ أَحَدُ عَدَدِ الْأَجْزَاءِ مُنْتَسِبًا إلَى جُزْءٍ مِنْ الْعَدَدِ الْآخَرِ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفَهُ، أَوْ ثُلُثَهُ، أَوْ رُبُعَهُ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الْأَجْزَاءِ فَإِنَّ الْأَكْثَرَ يُجْزِئُ عَنْ الْأَقَلِّ وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِأَنْ يَنْقَسِمَ الْأَكْثَرُ عَلَى الْأَقَلِّ قِسْمَةً صَحِيحَةً، أَوْ يَنْقُصُ الْأَقَلُّ وَالْأَكْثَرُ فَيُفْنِيهِ، أَوْ يَزِيدُ عَلَى الْأَقَلِّ مِثْلَهُ حَتَّى يُسَاوِيَ الْآخَرَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ جُزْءًا مِنْهُ وَلَا دَاخِلًا فِيهِ مِثَالُ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ خَمْسَةٌ وَالْآخَرُ عِشْرِينَ فَالْخَمْسَةُ دَاخِلَةٌ فِي الْعِشْرِينَ؛ لِأَنَّكَ إنْ نَسَبْتَهَا مِنْهَا فَهِيَ رُبُعُهَا وَإِنْ زِدْت عَلَى الْخَمْسَةِ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِهَا سَاوَتْهَا وَإِنْ نَقَصْت الْخَمْسَةَ مِنْ الْعِشْرِينَ أَفْنَتْهَا وَلَوْ كَانَتْ سِتَّةً مَعَ عِشْرِينَ لَمْ تَدْخُلْ فِيهَا؛ لِأَنَّك إنْ نَقَصْت مِنْ الْعِشْرِينَ سِتَّةً ثَلَاثَ مَرَّاتٍ لَمْ تُوَافِقْ بَلْ يَبْقَى مِنْهَا اثْنَانِ وَلَا تُنْسَبُ مِنْهَا بِرُبُعٍ وَلَا خُمُسٍ وَإِنَّمَا هِيَ ثَلَاثَةُ أَعْشَارٍ مِثَالُ ذَلِكَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَسِتَّةَ عَشَرَ أَخًا لِأُمٍّ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتُّونَ أُخْتًا لِأَبٍ لِلزَّوْجَاتِ ثَلَاثَةُ سِهَامٍ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلَا تُوَافِقُهُنَّ وَلِلْإِخْوَةِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ أَرْبَعَةُ سِهَامٍ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِنَّ وَلَا تُوَافِقُهُنَّ بِالْأَثْمَانِ فَيَرْجِعْنَ إلَى ثُمُنِهِنَّ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَصَارَ عَدَدُ الزَّوْجَاتِ وَمَا بَقِيَ مِنْ عَدَدِ الْإِخْوَةِ أَرْبَعَةٌ أَرْبَعَةٌ فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا عَنْ الْآخَرِ، ثُمَّ تَجِدُ الْأَرْبَعَةَ تَدْخُلُ فِي الثَّمَانِيَةِ فَتُجْزِئُ عَنْهَا فَتَضْرِبُ الثَّمَانِيَةَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا فَذَلِكَ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مَنْ لَهُ شَيْءٌ ضُرِبَ لَهُ فِي ثَمَانِيَةٍ فَلِلزَّوْجَاتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مَضْرُوبَةٌ فِي ثَمَانِيَةٍ وَلِلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ أَرْبَعَةُ سِهَامٍ مَضْرُوبَةٌ فِي ثَمَانِيَةٍ.

1 –

. . . .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) وَلَا يَخْلُو التَّصْحِيحُ مِنْ سَبْعِ عِلَلٍ ثَلَاثَةٌ فِي السِّهَامِ وَأَرْبَعَةٌ فِي الْأَعْدَادِ فَالَّتِي فِي السِّهَامِ أَنْ تَكُونَ سِهَامُ كُلِّ فَرِيقٍ مُنْقَسِمَةً عَلَيْهِمْ فَلَا يَحْتَاجُ إلَى ضَرْبٍ، أَوْ لَا تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ وَلَا تُوَافِقُهُمْ فَتَضْرِبُ عَدَدَهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا إنْ كَانَتْ عَائِلَةً، وَالثَّانِيَةُ أَنْ لَا تَنْقَسِمَ وَتُوَافِقُهُمْ فَتَضْرِبُ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا، وَأَمَّا فِي الْأَعْدَادِ فَأَنْ تَكُونَ الْأَعْدَادُ مُتَسَاوِيَةً فَيُجْزِئُ أَحَدُهَا عَنْ بَاقِيهَا، أَوْ يَكُونُ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ دَاخِلًا فِي الْآخَرِ وَجُزْءًا مِنْهُ فَيُجْزِئُ الْأَكْثَرُ عَنْ الْأَقَلِّ، أَوْ تَكُونُ الْأَعْدَادُ مُخْتَلِفَةً لَا يُوَافِقُ بَعْضُهَا بَعْضًا فَتَضْرِبُ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ، ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، أَوْ تَكُونُ الْأَعْدَادُ مُخْتَلِفَةً وَيُوَافِقُ بَعْضُهَا بَعْضًا فَإِنَّك تُوقِفُ أَحَدَ الْأَعْدَادِ، ثُمَّ تَرُدُّ الْأَعْدَادَ الْأُخَرَ إلَى الْجُزْءِ الْمُوَافِقِ لَهَا، ثُمَّ تَضْرِبُ الرَّاجِعَ بِالْمُوَافَقَةِ بَعْضَهُ فِي بَعْضٍ، ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي جَمِيعِ الْعَدَدِ الْمَوْقُوفِ فَمَا اجْتَمَعَ ضَرَبْتُهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْبَصْرِيِّينَ فِي التَّصْحِيحِ وَلِلْكُوفِيِّينَ طَرِيقَةٌ أُخْرَى سَنَذْكُرُهَا بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى لَعَلَّهَا أَنْ تَكُونَ أَقْرَبَ تَنَاوُلًا عِنْدَ بَعْضِ مَنْ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقِ.

[فَصْلٌ فِي مَعْرِفَةِ الْمُوَافَقَةِ بِالْأَجْزَاءِ]

(فَصْلٌ) :

فِي مَعْرِفَةِ الْمُوَافَقَةِ بِالْأَجْزَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّك تُنْقِصُ أَقَلَّ الْعَدَدَيْنِ مِنْ أَكْثَرِهِمَا فَإِنْ فَنِيَ بِهِ فَإِنَّهُ يُوَافَقُ بِبَاقِي أَقَلِّ الْعَدَدَيْنِ مِنْ الْآحَادِ فَإِنْ بَقِيَ مِنْ الْعَدَدِ الْكَثِيرِ أَقَلُّ مِنْ الْعَدَدِ الْقَلِيلِ مَا نَقَصَ ذَلِكَ مِنْ الْعَدَدِ الْقَلِيلِ فَإِنْ فَنِيَ تَوَافَقَا بِأَخْذِ الْعَدَدِ الَّذِي يَفْنَى بِهِ وَهَكَذَا أَبَدًا لَا تَزَالُ تُنْقِصُ مَا بَقِيَ مِنْ كُلِّ عَدَدٍ مِمَّا يَبْقَى مِنْ الْآخَرِ حَتَّى يَفْنَى أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فَإِنْ فَنِيَ بِوَاحِدٍ فَلَيْسَتْ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ فَإِنْ فَنِيَ بِاثْنَيْنِ فَالْمُوَافَقَةُ بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ وَإِنْ فَنِيَ بِثَلَاثَةٍ فَالْمُوَافَقَةُ بَيْنَهُمَا بِالثُّلُثِ فَإِنْ فَنِيَ بِأَرْبَعَةٍ فَالْمُوَافَقَةُ بَيْنَهُمَا بِرُبُعٍ فَإِنْ فَنِيَ بِأَحَدَ عَشَرَ فَالْمُوَافَقَةُ بَيْنَهُمَا بِأَجْزَاءِ أَحَدَ عَشَرَ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَعْدَادِ وَمِثَالُ ذَلِكَ إذَا قِيلَ بِمَا تُوَافِقُ ثَمَانِيَةٌ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ فَتُنْقَصُ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ أَرْبَعُ مَرَّاتٍ فَإِنَّهَا تَفْنَى فَيَعْلَمُ أَنَّهَا تُوَافِقُهَا بِالْأَثْمَانِ وَإِذَا قِيلَ لَك بِمَا يُوَافِقُ وَاحِدٌ وَعِشْرُونَ تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ فَأَنْقِصْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ مَرَّتَيْنِ مِنْ التِّسْعَةِ

وَالْأَرْبَعِينَ يَبْقَى سَبْعَةٌ فَأَنْقِصْ السَّبْعَةَ مِنْ الْأَحَدِ وَالْعِشْرِينَ تُفْنِيهَا فَاعْلَمْ أَنَّهُمَا يَتَّفِقَانِ بِالْأَسْبَاعِ فَإِنْ قِيلَ بِمَا تُوَافِقُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ مِائَةً وَخَمْسَةً وَسِتِّينَ فَأَنْقِصْ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِنْ مِائَةٍ وَخَمْسَةٍ وَسِتِّينَ يَبْقَى خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ أَنْقِصْهَا مِنْ الْمِائَةِ وَعِشْرِينَ مَرَّتَيْنِ تَبْقَى ثَلَاثُونَ، ثُمَّ أَنْقِصْ الثَّلَاثِينَ مِنْ الْخَمْسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ مَرَّةً تَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ أَنْقِصْهَا مِنْ الثَّلَاثِينَ مَرَّتَيْنِ تُفْنِيهَا فَتَعْلَمُ أَنَّهُمَا مُتَّفِقَانِ بِأَجْزَاءِ خَمْسَةَ عَشَرَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[فَصْلٌ فِي الْوَصَايَا] 1

(فَصْلٌ فِي الْوَصَايَا) إذَا أَوْصَى الْمَيِّتُ بِثُلُثِهِ فَأَرَدْتَ قِسْمَةَ تَرِكَتِهِ فَإِنَّك تَنْظُرُ إلَى الَّتِي تَنْقَسِمُ عَلَيْهِ مِثْلُ نِصْفِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالرُّبُعِ زِدْتَ عَلَيْهِ مِثْلَ ثُلُثِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالْخُمُسِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ رُبُعِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالسُّدُسِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ خُمُسِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالسُّبُعِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ سُدُسِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالثُّمُنِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ سُبُعِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالتُّسْعِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ ثُمُنِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِالْعُشْرِ زِدْت عَلَيْهِ مِثْلَ تُسْعِهِ، وَذَلِكَ مِثْلُ امْرَأَةٍ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةٌ وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ بِسَهْمٍ وَلِلْأُخْتَيْنِ لِلْأَبِ الثُّلُثَانِ بِأَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ تَعُولُ إلَى ثَمَانِيَةٍ فَإِنْ أَوْصَيْت بِالثُّلُثِ زِدْت عَلَى الثَّمَانِيَةِ نِصْفَهَا وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَتَكُونُ اثْنَيْ عَشَرَ وَمِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ فِي الْوَصِيَّةِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَا ذَكَرْت ضَرَبْت الْفَرِيضَةَ فِي عَدَدٍ يَخْرُجُ مِنْهُ جُزْءُ الْوَصِيَّةِ إنْ كَانَتْ بِالثُّلُثِ ضَرَبْتهَا فِي ثَلَاثٍ وَإِنْ كَانَتْ بِالرُّبُعِ ضَرَبْتهَا فِي أَرْبَعَةٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى بِوَصِيَّتَيْنِ وَلَمْ يَكُنْ أَصْلُ الْفَرِيضَةِ لَهُ يُزَادُ عَلَيْهِ أَجْزَاءُ الْوَصَايَا فَاضْرِبْ أَجْزَاءَ الْوَصَايَا

(248/6)

(مَنْ لَا مِيرَاثَ لَهُ) (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَاَلَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ ابْنَ الْأَخِ لِلْأُمِّ وَالْجَدَّ أَبَا الْأُمِّ وَالْعَمَّ أَخَا الْأَبِ لِلْأُمِّ وَالْخَالَ وَالْجَدَّةَ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ وَابْنَةَ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْعَمَّةَ وَالْخَالَةَ لَا يَرِثُونَ بِأَرْحَامِهِمْ شَيْئًا قَالَ وَإِنَّهُ لَا تَرِثُ امْرَأَةٌ هِيَ أَبْعَدُ نَسَبًا مِنْ الْمُتَوَفَّى مِمَّنْ سَمَّى فِي هَذَا الْكِتَابِ بِرَحِمِهَا شَيْئًا وَأَنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْ النِّسَاءِ شَيْئًا إلَّا حَيْثُ سُمِّينَ وَإِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ مِيرَاثَ الْأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا وَمِيرَاثَ الْبَنَاتِ مِنْ أَبِيهِنَّ وَمِيرَاثَ الزَّوْجَةِ مِنْ زَوْجِهَا وَمِيرَاثَ الْأَخَوَاتِ

[المنتقى]
بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ فَمَا اجْتَمَعَ ضَرَبْتَهُ فِي أَصْلِ الْفَرِيضَةِ فَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثٍ وَرُبُعٍ فَمِثَالُ ذَلِكَ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَخَلَّفَتْ زَوْجًا وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ تَعُولُ إلَى سَبْعَةٍ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ بِثَلَاثَةٍ وَلِلْأُخْتَيْنِ الثُّلُثَانِ بِأَرْبَعَةٍ فَإِنْ أَوْصَتْ بِالثُّلُثِ لَمْ يُمْكِنْك أَنْ تَزِيدَ عَلَى السَّبْعَةِ مِثْلَ نِصْفِهَا بِجُزْءٍ صَحِيحٍ فَتَضْرِبُ الْفَرِيضَةَ بِعَوْلِهَا فِي ثَلَاثَةٍ فَتَكُونُ إحْدَى وَعِشْرِينَ فَمِنْهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ، وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِثُلُثٍ وَرُبُعٍ لَضَرَبْت ثَلَاثَةً فِي أَرْبَعَةٍ، ثُمَّ تَضْرِبُ مَا اجْتَمَعَ فِي الْفَرِيضَةِ فَمَا اجْتَمَعَ فَمِنْهُ تَصِحُّ الْفَرِيضَةُ مَعَ الْوَصِيَّتَيْنِ.

[فَصْلٌ فِي الْمُنَاسَخَاتِ]

(فَصْلٌ) :

فِي الْمُنَاسَخَاتِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَمُوتَ مَيِّتٌ فَلَا يُقْسَمُ مَالُهُ حَتَّى يَمُوتَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ.
فَوَجْهُ الْعَمَلِ فِي ذَلِكَ أَنْ تُصَحِّحَ مَسْأَلَةَ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ تُصَحِّحُ مَسْأَلَةَ الثَّانِي، ثُمَّ تُقْسِمُ سِهَامَ الْمَيِّتِ الثَّانِي الَّتِي وَرِثَهَا مِنْ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عَلَى سِهَامِ مَسْأَلَتِهِ فَإِنْ انْقَسَمَتْ فَقَدْ صَحَّتْ الْمَسْأَلَتَانِ مِمَّا صَحَّتْ مِنْهُ الْأُولَى مِثَالُ ذَلِكَ أَنْ تُخَلِّفَ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا وَأُخْتَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ تَصِحُّ مِنْ سَبْعَةٍ فَإِنْ مَاتَتْ إحْدَى الْأُخْتَيْنِ فَخَلَّفَتْ بِنْتَهَا وَأُخْتَهَا فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْنِ وَلَهَا مِنْ الْأُولَى سَهْمَانِ تَنْقَسِمُ عَلَى مَسْأَلَتِهِمَا فَقَدْ صَحَّتْ الْمَسْأَلَتَانِ مِنْ سَبْعَةٍ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْأُخْتِ سَهْمَانِ مِنْ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَسَهْمٌ مِنْ الثَّانِيَةِ وَلِبِنْتِ الْمَيِّتَةِ سَهْمٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ السِّهَامُ الَّتِي وَرِثَهَا الْمَيِّتُ الثَّانِي عَلَى سِهَامِ الْمَسْأَلَةِ وَلَمْ تُوَافِقْهَا فَاضْرِبْ مَسْأَلَتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَتَانِ مِثَالُ ذَلِكَ أَنْ تُخَلِّفَ ابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، ثُمَّ مَاتَتْ إحْدَى الِابْنَتَيْنِ وَخَلَّفَتْ زَوْجًا وَابْنًا وَبِنْتًا مَسْأَلَتُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَقَدْ مَاتَتْ عَنْ سَهْمٍ لَا يَنْقَسِمُ وَلَا يُوَافِقُهَا فَاضْرِبْ مَسْأَلَتَهَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَتَانِ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مَضْرُوبٌ لَهُ فِي أَرْبَعَةٍ وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ لَهُ فِي السَّهْمِ الَّذِي مَاتَتْ عَنْهُ الثَّانِيَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ السِّهَامُ الَّتِي وَرِثَهَا الْمَيِّتُ الثَّانِي عَلَى مَسْأَلَتِهِ وَوَافَقَهَا فَاضْرِبْ وَفْقَ الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ

الْأُولَى فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَتَانِ مِثَالُ ذَلِكَ أَنْ تُخَلِّفَ ابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الِابْنَيْنِ وَخَلَّفَ امْرَأَةً وَبِنْتًا وَثَلَاثَةَ بَنِي ابْنٍ مَسْأَلَتُهُمْ مِنْ ثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ وَقَدْ مَاتَ عَنْ سَهْمَيْنِ تُوَافِقُ مَسْأَلَتُهُ بِالنِّصْفِ فَاضْرِبْ نِصْفَ مَسْأَلَتِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ مِنْهَا تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ.

[فَصْلٌ فِي قَسْمِ التَّرِكَاتِ] 1

(فَصْلٌ) :

فِي قَسْمِ التَّرِكَاتِ إذَا أَرَدْتَ قِسْمَةَ التَّرِكَاتِ وَكَانَتْ دَنَانِيرَ، أَوْ دَرَاهِمَ، أَوْ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ وَيُجْمَعُ فِي الْقَسْمِ فَصَحِّحْ الْفَرِيضَةَ عَلَى الْوَرَثَةِ، ثُمَّ اضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِي عَدَدِ التَّرِكَةِ فَمَا اجْتَمَعَ قَسَمْته عَلَى سِهَامِ الْفَرِيضَةِ فَمَا خَرَجَ فَهُوَ نَصِيبُهُ وَإِنْ شِئْت قَسَمْت التَّرِكَةَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ فَمَا خَرَجَ ضَرَبْتُهُ فِي سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ فَمَا خَرَجَ فَهُوَ نَصِيبُهُ فَإِنْ وَافَقَ عَدَدُ التَّرِكَةِ سِهَامَ الْمَسْأَلَةِ فَخُذْ وَفْقَهَا جَمِيعًا، ثُمَّ اعْمَلْ فِي وَفْقِهَا مَا كُنْت عَامِلًا فِيهَا، إمَّا أَنْ تَضْرِبَ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِي وَفْقِ التَّرِكَةِ فَمَا اجْتَمَعَ قَسَمْتَهُ عَلَى وَفْقِ الْمَسْأَلَةِ فَمَا خَرَجَ فَهُوَ نَصِيبُهُ أَوْ تَقْسِمَ وَفْقَ التَّرِكَةِ عَلَى وَفْقِ الْمَسْأَلَةِ فَمَا خَرَجَ بِالْقِسْمَةِ ضَرَبْتَهُ.

(249/6)

لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَمِيرَاثَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَمِيرَاثَ الْأَخَوَاتِ لِلْأُمِّ وَوَرِثَتْ الْجَدَّةُ بِالَّذِي جَاءَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهَا وَالْمَرْأَةُ تَرِثُ مَنْ أَعْتَقَتْ هِيَ نَفْسُهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ} [الأحزاب: 5] .

(مِيرَاثُ أَهْلِ الْمِلَلِ) (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عُمَرَ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ») .

[المنتقى]

[مَنْ لَا مِيرَاثَ لَهُ]

(ش) : وَعَلَى مَا ذُكِرَ أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ وَأَهْلَ الْمَدِينَةِ لَا يُوَرِّثُونَ ذَوِي الْأَرْحَامِ مِنْ الرِّجَالِ وَهُوَ ابْنُ الْأَخِ لِلْأُمِّ وَالْجَدُّ أَبُو الْأُمِّ وَالْعَمُّ لِلْأُمِّ وَالْخَالُ فَإِنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا أَهْلَ فَرْضٍ فَيَحْجُبُونَ الْعَصَبَةَ وَلَا

أَهْلَ تَعْصِيبٍ وَمِنْ النِّسَاءِ الْجَدَّةُ أُمّ أَبِي الْأُمِّ وَابْنَةُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْعَمَّةُ وَالْخَالَةُ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ قَالَ مَالِكٌ وَلَا يَرِثُ مِنْ النِّسَاءِ إلَّا مَنْ سَمَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي كِتَابِهِ وَثَبَتَتْ السُّنَّةُ بِمِيرَاثِهِ وَهِيَ سَبْعَةٌ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُنَّ وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى مِيرَاثِ جَمِيعِهِنَّ وَالْجَدَّةُ ثَبَتَ تَوْرِيثُهَا بِالسُّنَّةِ وَهَذَا مِيرَاثُ النَّسَبِ وَأَمَّا مِيرَاثُ الْوَلَاءِ فَتَرِثُ الْمَرْأَةُ مَنْ أَعْتَقَتْ، أَوْ أَعْتَقَهُ مَنْ أَعْتَقَتْ قَالَ مَالِكٌ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ {فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ} [الأحزاب: 5] وَالِاسْتِدْلَالُ مِنْ هَذَا إنَّمَا يَكُونُ بِأَنْ يَثْبُتَ الْمِيرَاثُ بِالْوَلَاءِ وَأَنْ يَكُونَ لَفْظُ الْجَمْعِ الْمُذَكَّرِ يَقَعُ تَحْتَهُ الْمُؤَنَّثُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ فَحِينَئِذٍ تَتَنَاوَلُ الْآيَةُ مِيرَاثَ الْمَرْأَةِ لِمَنْ كَانَ مَوْلًى لَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مِيرَاثُ أَهْلِ الْمِلَلِ]

(ش) : مَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ يَعْنِي مِيرَاثَ الْمُسْلِمِ مَا لَا يُخَلِّفُهُ كَافِرٌ مِمَّنْ كَانَ يَرِثُهُ لَوْ كَانَ مُسْلِمًا مِنْ أَبٍ، أَوْ ابْنٍ، أَوْ أَخٍ أَوْ غَيْرِهِمْ وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ تَعَلُّقًا بِحَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَانْتَهَى إلَى قَوْلِهِ فَكَذَلِكَ لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لِكَوْنِهِمَا أَهْلَ مِلَّتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ وَإِذَا كَانَ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ فَبِأَنْ لَا يَرِثَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ أَوْلَى.

وَرُوِيَ عَنْ مُعَاذٍ وَمُعَاوِيَةَ وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَنَفِيَّةِ يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ وَقَدْ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ الْجُمْهُورُ مِنْ أَهْلِ عَصْرِهِمْ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَلَا يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ وَمَالُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ، وَذَلِكَ فِيمَنْ صَرَّحَ بِالْكُفْرِ وَأَعْلَنَ بِهِ فَلَوْ ارْتَدَّ رَجُلٌ فَوَقَفَ لِلْقَتْلِ وَلَهُ ابْنَانِ وَأَبٌ فَمَاتَ أَحَدُ ابْنَيْهِ وَرِثَهُ أَخُوهُ وَجَدُّهُ بِنِصْفَيْنِ وَلَا مِيرَاثَ لِأَبِيهِ الْمُرْتَدِّ وَإِنْ رَاجَعَ الْإِسْلَامَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ مَوْتِ ابْنِهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِحَالِ الْمَوْتِ دُونَ غَيْرِهَا مِنْ الْأَحْوَالِ وَهَذَا فِي حَالِ مَوْتِ ابْنِهِ لَمْ يَكُنْ وَارِثًا لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الزِّنْدِيقُ وَهُوَ الَّذِي يُظْهِرُ مِنْهُ عَلَى كُفْرٍ يُسِرُّهُ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ يَدَّعِي الْإِسْلَامَ فَاخْتَلَفَ فِيهِ الْعُلَمَاءُ فَقَالَ مَالِكٌ يُقْتَلُ وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ الْإِيمَانُ إذَا أَسَرَتْهُ الْمَنِيَّةُ قَبْلَ أَنْ يَتُوبَ وَيُرَاجِعَ الْإِيمَانَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ وَلَا يُقْتَلُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ وَالثَّانِي مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَقَدْ تَعَلَّقَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحْدَهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ - فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا سُنَّتَ اللَّهِ} [غافر: 84 - 85] وَقَالُوا عَنْ جَمَاعَةٍ مِنْ أَهْلِ التَّفْسِيرِ إنَّ الْبَأْسَ فِي الْآيَةِ السَّيْفُ فَإِذَا قُلْنَا بِذَلِكَ فَهَلْ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ فَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يَرِثُهُ فَمُقْتَضَى رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقْتَلُ حَدًّا وَمُقْتَضَى رِوَايَةِ غَيْرِهِ يُقْتَلُ بِالْكُفْرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ إنَّمَا وَرِث أَبَا طَالِبٍ عَقِيلٌ وَطَالِبٌ وَلَمْ يَرِثْهُ عَلِيٌّ قَالَ فَلِذَلِكَ تَرَكْنَا نَصِيبَنَا مِنْ الشِّعْبِ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّمَا وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ عَقِيلٌ وَطَالِبٌ يُرِيدُ أَنَّهُمَا انْفَرَدَا بِمِيرَاثِهِ دُونَ عَلِيٍّ وَجَعْفَرٍ، وَذَلِكَ أَنَّ عَلِيًّا وَجَعْفَرًا تَقَدَّمَ إسْلَامُهُمَا قَبْلَ مَوْتِ أَبِي طَالِبٍ وَبَقِيَ

(250/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْأَشْعَثِ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَمَّةً لَهُ يَهُودِيَّةً أَوْ نَصْرَانِيَّةً تُوُفِّيَتْ وَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْأَشْعَثِ ذَكَرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَقَالَ لَهُ: مَنْ يَرِثُهَا؟ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا، ثُمَّ أَتَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ أَتَرَانِي نَسِيت مَا قَالَ لَك عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا) .

[المنتقى]

طَالِبٌ وَعَقِيلٌ عَلَى مِلَّتِهِمَا فَانْفَرَدَا بِمِيرَاثِهِ وَإِنَّمَا أَسْلَمَا بَعْدَ مَوْتِهِ عَامَ الْفَتْحِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِعَلِيٍّ وَلَا لِجَعْفَرٍ وَلَا لِأَحَدٍ مِنْ عَقِبِهِمَا حَظٌّ فِي الشِّعْبِ الَّذِي كَانَ لِأَبِي طَالِبٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا الْمُرَاعَى فِي التَّوَارُثِ اتِّفَاقُ الدِّينَيْنِ حَالَ الْوَفَاةِ وَلَوْ أَنَّ نَصْرَانِيًّا أَسْلَمَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهُوَ مَرِيضٌ وَرِثَهُ وَرَثَتُهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ دُونَ غَيْرِهِمْ وَجَرَى حَالُهُ فِي غُسْلِهِ وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَدَفْنِهِ مَجْرَى الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ أَنَّ كَافِرًا تُوُفِّيَ وَتَرَكَ حَمْلًا فَوُلِدَ لَهُ لَكَانَ عَلَى دِينِ أَبِيهِ وَوَرِثَهُ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ لِابْنِ الْأَشْعَثِ وَقَدْ سَأَلَهُ عَنْ عَمَّتِهِ الْيَهُودِيَّةِ مَنْ يَرِثُهَا فَقَالَ لَهُ يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا وَذَلِكَ

يَقْتَضِي التَّوَارُثُ بِالدِّينِ الْوَاحِدِ دُونَ الدِّينَيْنِ وَهَذَا إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ غَيْرَ مُسْلِمٍ دُونَ خِلَافٍ فِيهِ مِنْ الْفُقَهَاءِ فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَهُودِيًّا وَالْآخَرُ نَصْرَانِيًّا فَقَدْ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ نَصْرَانِيٍّ تَحْتَهُ يَهُودِيَّةٌ فَتُوُفِّيَ فَقَالَ مَالِكٌ لَيْسَ لِذَلِكَ إلَيْنَا فَإِنْ تَحَاكَمُوا عِنْدَنَا فَإِنَّهُمْ لَا يَتَوَارَثُونَ؛ لِأَنَّنَا نَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمَجُوسِيُّ يَتَزَوَّجُ أُمَّهُ، أَوْ ابْنَتَهُ، أَوْ أُخْتَهُ، ثُمَّ أَسْلَمُوا فَإِنَّهُمْ إنَّمَا يَتَوَارَثُونَ بِالْمِيرَاثِ الْأَصْلِيِّ الَّذِي لَا يُغَيِّرُهُ الْإِسْلَامُ وَلَوْ تَزَوَّجَ مَجُوسِيٌّ أُمَّهُ فَوُلِدَ لَهُ مِنْهَا وَلَدٌ، ثُمَّ أَسْلَمُوا فَمَاتَ الْمَجُوسِيُّ فَإِنَّ الزَّوْجِيَّةَ قَدْ بَطَلَتْ بِالْإِسْلَامِ وَثَبَتَتْ الْأُمُومَةُ وَابْنُهُ هُوَ ابْنُهُ وَأَخُوهُ لِلْأُمِّ فَإِنَّ الْأُمَّ تَرِثُ السُّدُسَ عَلَى أَنَّهَا أُمٌّ وَتَرِثُ الِابْنَ عَلَى أَنَّهُ ابْنٌ وَسَقَطَ حُكْمُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَلَوْ تَزَوَّجَ ابْنَتَهُ وَوُلِدَ لَهُ مِنْهَا وَلَدَانِ فَأَسْلَمُوا، ثُمَّ تُوُفِّيَ الرَّجُلُ فَإِنَّ لِابْنَتِهِ الْخُمُسَ وَتَسْقُطُ الزَّوْجِيَّةُ وَالْبَاقِي لِابْنَيْهِ فَإِنْ تُوُفِّيَ أَحَدُهُمَا فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ وَتَسْقُطُ الْأُخُوَّةُ وَلِأَخِيهِ الْبَاقِي وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْفَرَائِضِ: لَهَا السُّدُسُ؛ لِأَنَّهَا أُخْتٌ فَتَحْجُبُ نَفْسَهَا مَعَ الْأَخِ إلَى السُّدُسِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا عُلِمَتْ الْأَدْيَانُ فَإِنْ جُهِلَتْ مِثْلُ رَجُلٍ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ أَحَدُهُمْ صَغِيرٌ وَأَحَدُ الْكَبِيرَيْنِ مُسْلِمٌ وَالثَّانِي نَصْرَانِيٌّ فَادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا وَأَنَّ أَخَاهُ الصَّغِيرَ مُسْلِمٌ وَادَّعَى النَّصْرَانِيُّ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ نَصْرَانِيًّا وَأَنَّ أَخَاهُ الصَّغِيرَ نَصْرَانِيٌّ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي رَجُلٍ تُوُفِّيَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ أَحَدُهُمَا نَصْرَانِيٌّ وَالثَّانِي مُسْلِمٌ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ لَا يُعْرَفُ لِمَنْ هُوَ يَدَّعِيهِ رَجُلَانِ فَإِنَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَقَالَ أَبُو غَالِبٍ الْفَرَضِيّ يَتَحَالَفَانِ وَيُقْسَمُ الْمَالُ الْآنَ نِصْفَيْنِ، ثُمَّ يُقَالُ لَهُمَا إنَّكُمَا اسْتَحَقَّيْتُمَا الْمَالَ بِإِيمَانِكُمَا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا يَزْعُمُ أَنَّ الصَّغِيرَ أَخُوهُ وَشَرِيكُهُ فَلْيُعْطِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا الصَّغِيرَ شَطْرَ مَا بِيَدِهِ فَيَصِيرُ لِلصَّغِيرِ نِصْفُ مَالِ الْمُتَوَفَّى وَالنِّصْفُ الثَّانِي بَيْنَ الْكَبِيرَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقِرُّ بِأَنَّ نِصْفَ الْمَالِ لِلصَّغِيرِ وَيَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفَ الثَّانِيَ لِنَفْسِهِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا وَهُوَ تَفْسِيرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ تَرَكَ ابْنَيْنِ كَبِيرَيْنِ وَابْنَةً صَغِيرَةً لَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهَا ثُلُثَ مَا بِيَدِهِ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ اتَّفَقَا عَلَى الْإِقْرَارِ لَهَا بِهِ وَتَنَازَعَا فِي الثُّلُثَيْنِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا وَقَوْلُهُ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يُحْكَمُ فِي مَوَارِيثِهِمْ

بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِيٍّ يَمُوتُ عَلَى كُفْرِهِ، ثُمَّ يُسْلِمُ أَحَدُ وَرَثَتِهِ فَإِنَّهُمْ يَتَقَاسَمُونَ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ وَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ عَلَى مَوَارِيثِ الْإِسْلَامِ وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ أَهْلُ الْكِتَابِ وَغَيْرُهُمْ سَوَاءٌ يَتَوَارَثُونَ عَلَى مَوَارِيثِ الْإِسْلَامِ وَقَالَهُ سَحْنُونٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفُ الْحَالِ فِي الْأَصْلِ فَإِنْ كَانَ يُعْرَفُ بِنَصْرَانِيَّةٍ وَلَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ

(251/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ إسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّ نَصْرَانِيًّا أَعْتَقَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ هَلَكَ قَالَ إسْمَاعِيلُ فَأَمَرَنِي عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنْ أَجْعَلَ مَالَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ الثِّقَةِ عِنْدَهُ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ يَقُولُ أَبَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يُوَرِّثَ أَحَدًا مِنْ الْأَعَاجِمِ إلَّا أَحَدًا وُلِدَ فِي الْعَرَبِ قَالَ مَالِكٌ وَإِنْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ حَامِلٌ مِنْ أَرْضِ الْعَدُوِّ فَوَضَعَتْهُ فِي أَرْضِ الْعَرَبِ فَهُوَ وَلَدُهَا يَرِثُهَا إنْ مَاتَتْ وَتَرِثُهُ إنْ مَاتَ مِيرَاثُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالسُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا وَالَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّهُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِقَرَابَةٍ وَلَا وَلَاءٍ وَلَا رَحِمٍ وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ لَا يَرِثُ إذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهُ وَارِثٌ

[المنتقى]

فِي الْمُدَوَّنَةِ هُوَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى يَثْبُتَ إسْلَامُهُ بِبَيِّنَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ شَهِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ وَتَكَافَأَتْ الْبَيِّنَتَانِ فَإِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ أَيْضًا وَلَيْسَتْ الصَّلَاةُ عَلَيْهِ بِشَهَادَةٍ تَامَّةٍ فِي كَوْنِهِ مُسْلِمًا وَقَالَ سَحْنُونٌ الْمَالُ لِلْمُسْلِمِ مَعَ يَمِينِهِ، وَبَيِّنَةُ الْإِسْلَامِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُمْ زَادُوا فِي شَهَادَتِهِمْ عَلَى الْأُخْرَى وَهَذَا أَيْضًا إذَا لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفَ الْحَالِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ فَإِنْ كَانَ مَعْلُومَ النَّصْرَانِيَّةِ ثُمَّ ادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّهُ أَسْلَمَ وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً فَهُوَ أَوْلَى، وَكَذَلِكَ لَوْ تَقَدَّمَ الْعِلْمُ بِإِسْلَامِهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَكَانَتْ

بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ أَوْلَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْمَوْرُوثُ كَافِرًا وَجَمِيعُ وَرَثَتِهِ كُفَّارًا فَاحْتَكَمُوا إلَيْنَا فَإِنْ رَضُوا أَجْمَعُونَ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وُرِّثُوا عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ أَبَاهُ أَحَدُهُمْ رُدُّوا إلَى حَكَمٍ بَيْنَهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَالَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ يُرِيدُ أَنَّهُ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَصْرَانِيًّا فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهُ بِالْوَلَاءِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ مُشَبَّهٌ بِالنَّسَبِ فَإِذَا مَنَعَ الْكُفْرُ التَّوَارُثَ بِالنَّسَبِ مَنَعَ التَّوَارُثَ بِالْوَلَاءِ، وَكَذَلِكَ الصِّهْرُ فَأَمَّا الْعَبْدُ يَمُوتُ وَلَهُ مَالٌ فَإِنَّ الْمَالَ لِسَيِّدِهِ، وَلَيْسَ عَلَى وَجْهِ الْمِيرَاثِ، وَلَكِنْ عَلَى وَجْهِ الْمِلْكِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ وَلِذَلِكَ لَا يُورَثُ بِسَبَبِهِ وَهُوَ أَقْوَى أَسْبَابِ التَّوَارُثِ فَكُلُّ مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ مِنْ مُعْتَقٍ إلَى أَجَلٍ، أَوْ مُكَاتَبٍ، أَوْ مُدَبَّرٍ، أَوْ أُمِّ وَلَدٍ فَإِنَّهُ لَا يُورَثُ وَإِنَّمَا يَكُونُ مَالُهُ لِسَيِّدِهِ بِالْمِلْكِ إلَّا الْمُكَاتَبَ يَتْرُكُ وَفَاءً فَإِنَّهُ إنْ تَرَكَ وَرَثَةً أَحْرَارًا، أَوْ تَرَكَ زَوْجَةً وَأَوْلَادًا مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ، أَوْ أَوْلَادًا وُلِدُوا لَيْسُوا مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَإِنَّ الزَّوْجَةَ وَالْأَوْلَادَ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَالَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْكِتَابَةِ يَعْتِقُونَ بِأَدَاءِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ فَمَا بَقِيَ مِنْ الْمَالِ لَمْ تَرِثْ مِنْهُ زَوْجَتُهُ وَلَا أَوْلَادُهُ الْأَحْرَارُ وَوَرِثَهُ أَوْلَادُهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَالَّذِينَ وُلِدُوا فِيهَا قَالَهُ مَالِكٌ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا فِي الْمُكَاتَبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(ش) : قَوْلُهُ أَبَى عُمَرُ أَنْ يُوَرِّثَ أَحَدًا مِنْ الْأَعَاجِمِ إلَّا أَنْ يُولَدَ فِي الْعَرَبِ وَأَمَّا مَنْ وُلِدَ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ أَسْبَابُ التَّوَارُثِ بَيْنَهُمَا ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى وَالْإِقْرَارِ فَأَمَّا أَنْ يُسَمَّى رَجُلَانِ يَذْكُرُ أَنَّهُمَا أَخَوَانِ فَإِنَّهُمَا لَا يُمْنَعَانِ مِنْ الِانْتِسَابِ بِالْأُخُوَّةِ، وَلَكِنْ لَا تَوَارُثَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ لَوْ سُبِيَتْ امْرَأَةٌ وَهِيَ حَامِلَةٌ طِفْلًا تَزْعُمُ أَنَّهُ ابْنُهَا فَإِنَّهُ يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهَا فِي أَنَّهُ لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَلَكِنَّهُمَا لَا يَتَوَارَثَانِ بِذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَلَوْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ حَامِلًا فَوَلَدَتْ بِبَلَدِ الْإِسْلَامِ تَوَارَثَا وَلَوْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ تَوَارَثَا بِالْأُخُوَّةِ لِأَبٍ وَأُمٍّ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ شَهِدَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ مِنْ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مِنْهُمْ فَإِنْ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ مِثْلُ الْأَسْرَى يَكُونُونَ عِنْدَهُمْ فَيَعْلَمُونَ ذَلِكَ وَيَشْهَدُونَ بِهِ فَإِنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِذَلِكَ وَأَمَّا إنْ شَهِدَ بِهِ بَعْضُهُمْ مِمَّنْ أَسْلَمَ وَعُرِفَتْ عَدَالَتُهُ فَإِنَّهُمْ لَا يَتَوَارَثُونَ بِذَلِكَ لِمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مِنْ التُّهْمَةِ أَنْ يَشْهَدَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ بِمِثْلِ هَذَا فَيَتَوَصَّلُونَ بِذَلِكَ إلَى قَصْرِ أَمْوَالِهِمْ عَلَيْهِمْ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ أَسْلَمَ أَهْلُ بَلَدٍ بِجُمْلَتِهِمْ فَبَقُوا فِي مَكَانِهِمْ أَوْ تَحَمَّلُوا بِجَمَاعَتِهِمْ فَيَشْهَدُونَ بِذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّ خَبَرَهُمْ يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ وَيَبْعُدُ عَنْ الْعَدَدِ الْكَبِيرِ التَّوَاطُؤُ عَلَى مِثْلِ هَذَا فَزَالَتْ التُّهْمَةُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالسُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا وَالَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّهُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِقَرَابَةٍ وَلَا وَلَاءٍ وَلَا رَحِمٍ وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ لَا يَرِثُ إذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهُ وَارِثٌ فَإِنَّهُ لَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ) .

(252/6)

فَإِنَّهُ لَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ) .

مَنْ جُهِلَ أَمْرُهُ بِالْقَتْلِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ أَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَثْ مَنْ قُتِلَ يَوْمَ الْجَمَلِ وَيَوْمَ صِفِّينَ وَيَوْمَ الْحَرَّةِ، ثُمَّ كَانَ يَوْمُ قَدِيدٍ فَلَمْ يَرِثْ أَحَدٌ مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا إلَّا مَنْ عُلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ قَبْلَ صَاحِبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَلَا شَكَّ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِي كُلِّ مُتَوَارِثَيْنِ هَلَكَا بِغَرَقٍ، أَوْ قَتْلٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْمَوْتِ إذَا لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ لَمْ يَرِثْ أَحَدٌ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا وَكَانَ مِيرَاثُهُمَا لِمَنْ بَقِيَ مِنْ وَرَثَتِهِمَا يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَرَثَتُهُ مِنْ الْأَحْيَاءِ قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَرِثَ أَحَدٌ أَحَدًا بِالشَّكِّ وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ أَحَدًا إلَّا بِالْيَقِينِ مِنْ الْعِلْمِ وَالشُّهَدَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ يَهْلِكُ هُوَ وَمَوْلَاهُ الَّذِي أَعْتَقَهُ أَبُوهُ فَيَقُولُ بَنُو الرَّجُلِ الْعَرَبِيِّ قَدْ وَرِثَهُ أَبُونَا فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُمْ أَنْ يَرِثُوهُ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا شَهَادَةٍ أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَهُ وَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ مِنْ الْأَحْيَاءِ)

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِقَرَابَةٍ وَلَا وَلَاءٍ رَحِمٍ وَلَا مُصَاهَرَةٍ وَلَا يُحْجَبُ مَنْ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ سَوَاءٌ فِي الْحَجْبِ فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مُسْلِمًا تُوُفِّيَ وَتَرَكَ أَبًا كَافِرًا وَأَخًا مُسْلِمًا وَرِثَهُ أَخُوهُ دُونَ

أَبِيهِ وَلَوْ تَرَكَ أَبَوَيْنِ مُسْلِمَيْنِ وَأَخَوَيْنِ كَافِرَيْنِ لَوَرِثَتْ الْأُمُّ الثُّلُثَ وَلَمْ يَحْجُبْهَا الْأَخَوَانِ الْكَافِرَانِ عَنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَرِثُ لَا يَحْجُبُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ فَأَمَّا مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ قَدْ يَحْجُبُ وَإِنْ لَمْ يَرِثْ فَإِنْ مَنَعَهُ غَيْرُهُ عَنْ الْمِيرَاثِ كَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَخَوَيْنِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّ الْأَخَوَيْنِ لَا يَرِثَانِ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يَحْجُبُهُمَا وَمَا يَرُدَّانِ الْأُمَّ إلَى السُّدُسِ، وَكَذَلِكَ الْإِخْوَةُ مِنْ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ مَعَ الزَّوْجِ وَالْجَدِّ فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى بَعْدَ مِيرَاثِ الزَّوْجِ وَالْجَدِّ إلَّا الثُّلُثُ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ يَحْجُبُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ فَرْضٍ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ عَصَبَةٌ وَلَا حَقَّ لِلْعَصَبَةِ مَعَ ذَوِي الْفُرُوضِ، ثُمَّ الْجَدُّ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ الْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ مَعَ وُجُودِ وَارِثٍ ذَكَرٍ مِنْ عَمُودِ النَّسَبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَنْ جُهِلَ أَمْرُهُ بِالْقَتْلِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَثْ مَنْ قُتِلَ يَوْمَ الْجَمَلِ وَيَوْمَ صِفِّينَ وَيَوْمَ الْحَرَّةِ وَيَوْمَ قَدِيدٍ، وَذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ الْأَيَّامَ كَانَتْ فِيهَا حُرُوبٌ شِدَادٌ قُتِلَ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا عَدَدٌ عَظِيمٌ مِنْ النَّاسِ حَتَّى تَنَاوَلَ ذَلِكَ كَثِيرًا مِمَّنْ كَانَ يَتَوَارَثُ فَجُهِلَ الْمَقْتُولُ مِنْهُمْ أَوَّلًا فَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمْ تَوَارُثٌ لِذَلِكَ وَمِثَالُ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ أَخَوَانِ لِأَبَوَيْنِ فَيَقْتَتِلَانِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْيَوْمِ فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا قُتِلَ أَوَّلًا فَهَذَانِ لَا يَرِثُ أَحَدُهُمَا مِنْ الْآخَرِ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْجُبُ عَنْ مَالِهِ وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْ بَقِيَ مِنْ وَرَثَتِهِ إنْ كَانَ بَقِيَ لَهُ وَارِثٌ خَاصٌّ فَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُ وَارِثٌ خَاصٌّ فَبَيْتُ الْمَالِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ كُلَّ مُتَوَارِثَيْنِ جُهِلَ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا فَإِنَّهُمَا لَا يَتَوَارَثَانِ، وَكَذَلِكَ الْقَوْمُ يَكُونُونَ فِي الْبَيْتِ فَيَنْهَدِمُ عَلَيْهِمْ فَيَمُوتُونَ فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمْ أَسْبَقُ مَوْتًا فَهَؤُلَاءِ لَا يَتَوَارَثُونَ وَلَا يَرِثُ قَرَابَةُ أَحَدِهِمْ مِنْ الْآخَرِ بِأَيِّ وَجْهٍ كَانَتْ قَرَابَتُهُ بِأُبُوَّةٍ أَوْ بُنُوَّةٍ، أَوْ أُخُوَّةٍ، أَوْ عَصَبَةٍ، أَوْ بِوَلَاءٍ، أَوْ مُصَاهَرَةٍ مَا لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمْ مَاتَ أَوَّلًا، وَكَذَلِكَ الْقَوْمُ يَكُونُونَ فِي السَّفِينَةِ فَيَغْرَقُونَ فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمْ مَاتَ أَوَّلًا وَلَوْ رُئِيَ أَحَدُهُمْ رَافِعًا رَأْسَهُ، ثُمَّ غَرِقَ لَمْ يَرِثْ وَلَمْ يُورَثْ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ هَلْ مَاتَ مَنْ كَانَ يَتَوَارَثُ مَعَهُ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ وَأَصْلُ ذَلِكَ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَقَدْ تُوُفِّيَتْ أُمُّ كُلْثُومٍ بِنْتُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – مِنْ فَاطِمَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – وَهِيَ زَوْجُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَابْنُهَا مِنْهُ زَيْدٌ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فَلَمْ يُدْرَ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا فَلَمْ يَرِثْ أَحَدُهُمَا مِنْ الْآخَرِ، وَكَذَلِكَ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنْ التَّابِعِينَ عَلَى هَذَا الْحُكْمِ فِي الْأَيَّامِ الْمَذْكُورَةِ قَبْلَ هَذَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ أَحَدًا بِالشَّكِّ وَلَا يَرِثُهُ إلَّا بِيَقِينٍ مِنْ الْعِلْمِ وَالشُّهَدَاءِ يُرِيدُ أَنْ يَعْلَمَ ذَلِكَ الشُّهَدَاءُ وَيَتَيَقَّنُونَهُ، ثُمَّ يَشْهَدُونَ بِهِ وَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الْعَدْلِ لَمْ يُوَرَّثْ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَعْلَمُونَ حَيَاةَ الْوَارِثِ حِينَ وَفَاةِ الْمَوْرُوثِ وَحَيَاةَ الْمَوْرُوثِ قَبْلَ وَفَاتِهِ فَأَمَّا مَنْ لَمْ تُعْلَمْ حَيَاتُهُ فَلَا يَرِثُ وَلَا يُورِثُ فَإِذَا وُلِدَ مَوْلُودٌ فَعُلِمَتْ حَيَاتُهُ بِصُرَاخِهِ وَرِثَ وَإِنْ لَمْ يَصْرُخْ لَمْ يَرِثْ وَلَمْ يُورِثْ وَرَوَى أَبُو غَالِبٍ الْفَرَضِيُّ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الْمَوْلُودِ يُولَدُ فَيَتَحَرَّكُ أَنْ يَرْضَعَ وَيَعْطِسَ، أَوْ يَمْكُثُ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَهُوَ حَيٌّ يَتَنَفَّسُ وَيَرْضَعُ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ وَلَمْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا أَنَّهُ لَا يَرِثُ وَلَا يُورِثُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ وَالِاسْتِهْلَالُ الصُّرَاخُ وَهُوَ الْبُكَاءُ وَالصِّيَاحُ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا أَنَّ حَرَكَتَهُ دَلِيلٌ عَلَى حَيَاتِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ إنَّ هَذِهِ حَرَكَةٌ عَرِيَتْ عَنْ الصُّرَاخِ فَلَمْ تَدُلَّ عَلَى الْحَيَاةِ كَالِاخْتِلَاجِ.

(فَرْعٌ) فَأَمَّا طُولُ الرَّضَاعِ فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنْ أَقَامَ أَيَّامًا فَإِنَّهَا تَثْبُتُ بِذَلِكَ حَيَاتُهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا حَرَكَةٌ عَرِيَتْ عَنْ الصُّرَاخِ كَالْمُدَّةِ الْقَلِيلَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مِنْ الْحَرَكَاتِ مَا يُشْبِهُ الِاخْتِلَاجَ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ وَمِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ وَهَذَا مَوْجُودٌ وَمُشَاهَدٌ فِي الْكَثِيرِ وَإِنَّمَا الْجَوَابُ عِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ ذَلِكَ بِوَجْهٍ مَعَ عَدَمِ الصُّرَاخِ، وَذَلِكَ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ اُخْتُلِفَ فِي الْعُطَاسِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَتْ أُمُّهُ، أَوْ مَوْرُوثُهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا، ثُمَّ اسْتَهَلَّ صَارِخًا بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ رَوَى أَبُو غَالِبٍ أَنَّ الِاسْتِهْلَالَ ثَابِتٌ لَهُ بِصُرَاخِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ بِهِ يُعْلَمُ وُجُودُ حَيَاتِهِ فِي وَقْتِ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

مِيرَاثُ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدُ الزِّنَى (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقُولُ فِي وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدِ الزِّنَى أَنَّهُ إذَا مَاتَ وَرِثَتْهُ أُمُّهُ حَقَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ وَيَرِثُ الْبَقِيَّةَ مَوَالِيَ أُمِّهِ إنْ كَانَتْ مَوْلَاةً وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً وَرِثَتْ حَقَّهَا وَوَرِثَ إخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْمُسْلِمِينَ قَالَ مَالِكٌ وَبَلَغَنِي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْت أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا) .

[المنتقى]

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الْأَخَوَانِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يَمُوتَانِ وَلِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ وَالْآخَرُ لَا وَلَدَ لَهُ وَلَهُمَا أَخٌ لِأَبِيهِمَا فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ فَمِيرَاثُ الَّذِي لَا وَلَدَ لَهُ لِأَخِيهِ لِأَبِيهِ، وَلَيْسَ لِبَنِي أَخِيهِ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ شَيْءٌ قَالَ مَالِكٌ وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنْ تَهْلِكَ الْعَمَّةُ وَابْنُ أَخِيهَا، أَوْ ابْنَةُ الْأَخِ وَعَمُّهَا وَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ لَمْ يَرِثْ الْعَمُّ مِنْ ابْنَةِ أَخِيهِ شَيْئًا وَلَا يَرِثُ الْأَخُ مِنْ عَمَّتِهِ شَيْئًا) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْأَخَوَيْنِ لِلْأَبَوَيْنِ إذَا مَاتَا وَلِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ وَالْآخَرِ لَا وَلَدَ لَهُ وَلَهُمَا أَخٌ لِلْأَبِ فَلَا يُعْلَمُ أَيُّ الشَّقِيقَيْنِ مَاتَ أَوَّلًا فَمِيرَاثُ الَّذِي لَا وَلَدَ لَهُ لِأَخِيهِ لِأَبِيهِ وَمِيرَاثُ الْأَخِ لِأَبِيهِ وَلَا يُورَثُ أَحَدُ الشَّقِيقَيْنِ مِنْ الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ جُهِلَ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا وَعَلَى ذَلِكَ سَائِرُ الْمَوَارِيثِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مِيرَاثُ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدُ الزِّنَى]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ تَرِثُهُ أُمُّهُ وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَهُ عَلَى سُنَّةِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى لِأُمِّهِ الثُّلُثُ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخَوَانِ فَأَكْثَرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَخَوَانِ فَأَكْثَرُ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ وَلِأَخِيهِ السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ وَأَمَّا زَوْجُ أُمِّهِ الَّذِي انْتَفَى مِنْهُ بِاللِّعَانِ فَلَا تَوَارُثَ بَيْنَهُمَا وَلَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَاسْتَلْحَقَهُ، وَذَلِكَ فِي حَيَاةِ الِابْنِ فَإِنَّ الْأَبَ يُجْلَدُ حَدَّ الْفِرْيَةِ وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ فَيَتَوَارَثَانِ وَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ مَوْتِ الِابْنِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لِلِابْنِ وَلَدٌ أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ جُلِدَ الْحَدَّ وَلَمْ يَرِثْهُ وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ذَكَرٌ، أَوْ أُنْثَى جُلِدَ الْحَدَّ وَوَرِثَهُ مَعَ وَلَدِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا يُسْتَلْحَقُ الْحَيُّ فَإِذَا

(ص) : (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْعَتَاقَةِ وَالْوَلَاءِ) (مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ) (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»)

[المنتقى]

مَاتَ وَلَمْ يَخْلُفْ وَلَدًا يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِالِاسْتِلْحَاقِ وَلَمْ يَكُنْ لِلِاسْتِلْحَاقِ تَأْثِيرٌ وَلَا مَعْنًى وَإِذَا تَرَكَ وَلَدًا صَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ نَفَى الزَّوْجُ حَمْلُ امْرَأَتِهِ بِلِعَانٍ فَوَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ فَإِنَّهُمَا يَتَوَارَثَانِ إخْوَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ أُمَّهُ وَأَخَاهُ التَّوْأَمَ مَعَهُ وَرِثَتْ أُمُّهُ الثُّلُثَ وَوَرِثَ أَخُوهُ الْبَاقِي وَلَوْ كَانَ لِأُمِّهِ وَلَدٌ مِنْ الزَّوْجِ الَّذِي نَفَى هَذَا الْحَمْلَ وَلَدَتْهُ قَبْلَ هَذَا الْحَمْلِ فَمَاتَ أَحَدُ التَّوْأَمَيْنِ فَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدَتْهُ حَالَ الزَّوْجِيَّةِ أَخُو الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ فَيَرِثُ مِنْهُ السُّدُسَ وَتَرِثُ أُمُّهُ السُّدُسَ وَيَرِثُ الْبَاقِيَ التَّوْأَمُ مَعَهُ وَأَمَّا وَلَدُ الزِّنَى فَلَوْ أَنَّ مُغْتَصَبَةً، أَوْ زَانِيَةً وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ فِي بَطْنٍ فَإِنَّهُمَا يَتَوَارَثَانِ بِالْأُمُومَةِ خَاصَّةً، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ عَنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ دَرَأَتْ الْحَدَّ عَنْهَا فَلِذَلِكَ تَرِثُ وَلَدَهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ وَأَمَّا وَلَدُ الْمُغْتَصَبَةِ وَوَلَدُ الزَّانِيَةِ فَلَيْسَ فِي الْوَطْءِ الَّذِي هُمَا عَنْهُ شُبْهَةٍ وَإِنَّمَا هُوَ مَحْضُ الزِّنَى فَلَيْسَ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ إلَّا بِالْأُمُومَةِ وَأَمَّا وَلَدُ الْمَسْبِيَّةِ تَخْرُجُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ حَامِلًا فَإِنَّ التَّوْأَمَيْنِ عِنْدَ الْمُغِيرَةِ أَخَوَانِ وَذَكَرَ ابْنُ سَحْنُونٍ فِي كِتَابِ السِّرِّ هُمَا أَخَوَانِ لِأُمٍّ وَأَبٍ وَبِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ قَالَ وَالْفَرْقُ بَيْنَ تَوْأَمَيْ الزِّنَى وَالْمُغْتَصَبَةِ أَنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا لَا يُعْرَفُ لَهُمَا أَبٌ الْآنَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْرَفَ بَعْدَ هَذَا بِخِلَافِ تَوْأَمَيْ الزِّنَى فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمَا أَبٌ بِوَجْهٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَرِثَ الْبَقِيَّةَ مَوَالِي أُمِّهِ إنْ كَانَتْ مَوْلَاةً يُرِيدُ أَنَّهُمْ عَصَبَةُ الَّذِينَ أَعْتَقُوا أُمَّهُ فَهُمْ مِنْ مَوَالِيهِمْ فَهُمْ يَرِثُونَهُ بِالْوَلَاءِ لَمَّا عَدِمَ النَّسَبَ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً وَرِثَتْ حَقَّهَا وَوَرِثَ إخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْمُسْلِمِينَ يُرِيدُ أَنْ تَكُونَ عَرَبِيَّةً بَاقِيَةً عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ وَلَوْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً قَدْ أُسِرَتْ لَكَانَ حُكْمُهَا مَا تَقَدَّمَ وَأَمَّا الْحُرَّةُ فَإِنَّ عَشِيرَتَهَا لَيْسُوا بِعَصَبَةِ وَلَدِهَا وَإِنَّمَا هُمْ أَخْوَالُهُ فَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمِيرَاثِ وَأَمَّا الْوَلَاءُ فَإِنَّ الرَّجُلَ يَرِثُ مَنْ تَعْتِقُهُ أُخْتُهُ وَابْنَتُهُ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمَ التَّعْصِيبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَوَارُثُ الْمُتَلَاعِنَيْنِ فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ تَمَامِ اللِّعَانِ فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ أَكْمَلَ لِعَانَهُ، ثُمَّ مَاتَتْ الزَّوْجَةُ بَعْدَ أَنْ شَرَعَتْ وَأَكْمَلَتْ الْأَرْبَعَ أَيْمَانٍ وَلَمْ يَبْقَ عَلَيْهَا إلَّا أَنْ تُخَمِّسَ بِالْغَضَبِ فَإِنَّهُ يَرِثُهَا وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا الْتَعَنَ وَتَمَّ لِعَانُهُ بِالْخَمْسِ فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمَرْأَةِ الْتَعِنِي وَادْرَئِي عَنْ نَفْسِك الْعَذَابَ فَإِنَّ الْتَعَنَتْ تَمَّ بِذَلِكَ اللِّعَانُ بَيْنَهُمَا وَوَجَبَتْ الْفُرْقَةُ وَلَمْ تَرِثْهُ وَإِنْ نَكَلَتْ عَنْ اللِّعَانِ فَلَهَا الْمِيرَاثُ مِنْ زَوْجِهَا وَعَلَيْهَا الْجَلْدُ إنْ كَانَتْ بِكْرًا وَالرَّجْمُ إنْ كَانَتْ مُحْصَنَةً وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ بِتَمَامِ اللِّعَانِ بَيْنَهُمَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ وَيَبْطُلُ الْمِيرَاثُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[كِتَابُ الْعَتَاقَةِ وَالْوَلَاءِ]

[مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ]

(ش) : قَوْله مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ لَفْظٌ عَامٌّ فِي كُلِّ مُعْتَقٍ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا لِمُسْلِمَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ قُوِّمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ نَصْرَانِيًّا لِمُسْلِمَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا يُقَوَّمُ عَلَى الْمُعْتَقِ مِنْهُمَا، وَكَذَلِكَ إذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا لِنَصْرَانِيَّيْنِ يُرِيدُ أَنَّ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ لِنَصْرَانِيَّيْنِ يُعْتِقُ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ يُقَوَّمُ عَلَى الْمُعْتِقِ حِصَّةُ شَرِيكِهِ وَبِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ حَكَاهُ عَنْهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٌ وَحُكِيَ عَنْ الْمَذْهَبِ نَفْيُ التَّقْوِيمِ قَالَ: وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ

(255/6)

. . . .

[المنتقى]

تَكْمِيلَ الْعِتْقِ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَالْكُفَّارُ لَا يُؤْخَذُونَ بِحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى قَالَ وَوَجْهُ إيجَابِ التَّقْوِيمِ أَنَّ فِي تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ثَلَاثَةَ حُقُوقٍ: أَحَدُهَا لِلَّهِ تَعَالَى وَالثَّانِي لِلشَّرِيكِ، وَالثَّالِثُ لِلْعَبْدِ فَيَجِبُ عَلَى هَذَا أَنْ يُكْمِلَ عَلَى النَّصْرَانِيِّ الْمُعْتَقِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ مِنْ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَ نَصْرَانِيٍّ وَمُسْلِمٍ وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ نَصْرَانِيًّا لِمُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَأَعْتَقَ حِصَّتَهُ الْمُسْلِمُ قُوِّمَتْ عَلَيْهِ حِصَّةُ النَّصْرَانِيِّ وَإِنْ أَعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ حِصَّتَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِصَّةُ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ النَّصْرَانِيَّ لَوْ كَانَ جَمِيعُهُ لِلنَّصْرَانِيِّ فَأَعْتَقَ بَعْضَهُ، أَوْ جَمِيعَهُ لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ بِعِتْقِهِ سَحْنُونٌ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: يُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَطُلِبَ فِيهِ حُكْمُ الْإِسْلَامِ كَمَا لَوْ كَانَ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ لِنَصْرَانِيٍّ وَمُسْلِمٍ وَأَمَّا إنْ كَانَ الْعَبْدُ النَّصْرَانِيُّ لِمُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَابْتَدَأَ الْمُسْلِمُ الْعِتْقَ فَإِنَّهُ تُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِصَّةُ النَّصْرَانِيِّ وَإِنْ أَعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ فَلَا تَقْوِيمَ عَلَيْهِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ تُقَوَّمُ عَلَى مَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَبْدَ الْمُعْتَقَ وَالْمُبْتَدِئَ لِعِتْقِهِ هُمَا نَصْرَانِيَّانِ فَلَيْسَ لِحَاكِمِ الْإِسْلَامِ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحَقَّ فِي ذَلِكَ لِلشَّرِيكِ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَلَزِمَ أَنْ يُحْكَمَ فِيهِ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ لِعَبْدٍ وَحُرٍّ فَأَعْتَقَ الْعَبْدُ حِصَّتَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا عِتْقَ لَهُ إلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ فَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ كَانَ لِلْعَبْدِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ بِغَيْرِ إذْنِهِ، ثُمَّ أَجَازَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ وَيَسْتَوْعِبُ فِي ذَلِكَ مَالَ السَّيِّدِ وَإِنْ اُحْتِيجَ إلَى بَيْعِ رَقَبَةِ الْعَبْدِ قَالَ سَحْنُونٌ وَهُوَ فِي الْعُتْبِيَّةِ لِأَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَوْ قَالَ السَّيِّدُ: قَوِّمُوهُ عَلَى الْعَبْدِ فِيمَا بِيَدِهِ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ فِي هَذَا إنَّمَا هِيَ مِنْ قِبَلِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا إذْنُهُ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُ الْعَبْدِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِي مَالِهِ، ثُمَّ إنْ شَاءَ هُوَ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَ الْعَبْدِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ يُرِيدُ نَصِيبًا لَهُ فِي عَبْدٍ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي نَفَاذَ عِتْقِهِ فِي حِصَّتِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ سَوَاءٌ أَعْتَقَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا بُدَّ أَنْ يُقَوَّمَ، أَوْ يُعْتِقَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجُوزُ إذْنُ السَّيِّدِ فِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ يَقْتَضِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ إنْ كَانَ مُوسِرًا بِثَمَنِ الْعَبْدِ ثَبَتَ عَلَيْهِ حُكْمُ التَّقْوِيمِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا فَلَوْ كَانَ مُعْسِرًا فَهَلْ لِشَرِيكِهِ التَّقْوِيمُ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟ قَالَ مَالِكٌ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ حِصَّتَهُ وَيَتْبَعَهُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ ضَرَرِ التَّأْخِيرِ عَلَى الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ وَلَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُعْتِقِ وَهُوَ جَانٍ فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَتْبَعَ ذِمَّتَهُ بِجِنَايَتِهِ وَهِيَ مَا أُدْخِلَ فِي حِصَّتِهِ مِنْ ضَرَرِ شَرِيكِهِ الْمُعْتِقِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهِ دُونَ ذِمَّتِهِ فَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُعَلِّقَ ذَلِكَ بِذِمَّتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ مُعْسِرًا يَوْمَ الْعِتْقِ فَرُفِعَ إلَى الْحَاكِمِ فَحَكَمَ بِسُقُوطِ التَّقْوِيمِ، ثُمَّ أَيْسَرَ فَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَلَوْ لَمْ يُرْفَعْ حَتَّى أَيْسَرَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا إثْبَاتُ التَّقْوِيمِ عَلَيْهِ وَالْأُخْرَى نَفْيُهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَجْهُ إثْبَاتِ التَّقْوِيمِ عُمُومُ الْخَبَرِ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَكَانَ لَهُ مَالٌ، وَذَلِكَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْأَوْقَاتِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا مُوسِرٌ حِينَ التَّقْوِيمِ عَلَيْهِ لَمْ يُحْكَمْ بِعُسْرِهِ قَبْلَ ذَلِكَ فَلَزِمَهُ التَّقْوِيمُ كَالَّذِي أَيْسَرَ يَوْمَ الْعِتْقِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ هَذِهِ جِنَايَةٌ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِيُسْرِ الْجَانِي يَوْمَ الْفِعْلِ دُونَ يَوْمِ الْجِنَايَةِ كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ وَفِي هَذَا الدَّلِيلِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ سَائِرَ الْجِنَايَاتِ مَتَى أَيْسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ لَزِمَهُ أَرْشُ الْجِنَايَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِمَّا يُعْلَمُ بِهِ عُسْرُهُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ وَيُسْأَلُ عَنْهُ جِيرَانُهُ وَمَنْ يَعْرِفُهُ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا مَالًا لَهُ أُحْلِفَ وَلَمْ يُسْجَنْ قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَ سَحْنُونٌ.

وَقَالَهُ

(256/6)

. . . .

[المنتقى]

أَصْحَابُنَا جَمِيعًا إلَّا الْيَسِيرَ فَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُمْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ ظَاهِرَ عَدَمِهِ يَكْفِي مِنْهُ مَا تَقَدَّمَ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَحْلِفَ لِيَبْرَأَ بَاطِنُهُ كَالْمُفْلِسِ بِالدَّيْنِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذِهِ يَمِينٌ نَكَلَ عَنْهَا لَمْ يُسْجَنْ وَلَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْمَالِ فَلَا تَأْثِيرَ لَهَا فَوَجَبَ أَنْ يَبْطُلَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَتُبَاعُ فِي ذَلِكَ دَارُهُ وَشُوَارُ بَيْتِهِ وَكِسْوَتُهُ مِنْ فُضُولِ الثِّيَابِ وَيُتْرَكُ لَهُ كِسْوَةُ ظَهْرِهِ وَعَيْشُهُ الْأَيَّامَ قَالَ أَشْهَبُ إنَّمَا يُتْرَكُ لَهُ مَا يُوَارِيهِ لِصَلَاتِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ إنَّمَا يُتْرَكُ لَهُ مَا لَا يُبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمُفْلِسِ بَلْ أَشَدُّ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْعِتْقِ بِهِ وَمَنْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْعِتْقِ بِمَالِهِ لَمْ يُتْرَكْ لَهُ إلَّا مَا يُوَارِيهِ لِلصَّلَاةِ كَالرَّقَبَةِ تَلْزَمُهُ لِظِهَارِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ لَهُ مُدَبَّرُونَ، أَوْ مُعْتَقُونَ إلَى أَجَلٍ فَلَا حُكْمَ لِلْقِيمَةِ فِي مِثْلِ هَذِهِ لِبُعْدِهِ وَأَمَّا دُيُونُهُ فَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَمْلِيَاءَ حُضُورٍ، وَأَمَدُهَا قَرِيبٌ قُوِّمَتْ فِي ذَلِكَ وَتَتْبَعُ ذِمَّتُهُ وَإِنْ كَانَتْ مَنْسِيَّةً، أَوْ أَهْلُهَا غُيَّبٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُخْرِجَ مِنْهَا عَبْدَهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يُنْتَظَرُ دَيْنُهُ وَيُمْنَعُ شَرِيكُهُ مِنْ الْبَيْعِ وَيُنْتَظَرُ لَهُ تِلْوَ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَتَى يُرَاعَى حَالُهُ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ إنَّمَا يُنْظَرُ إلَى حَالِهِ يَوْمَ التَّقْوِيمِ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ يَوْمَ الْعِتْقِ مُعْسِرًا.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ أَعْتَقَ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَإِنْ كَانَ عَدَمُهُ بَيِّنًا عِنْدَ النَّاسِ كُلِّهِمْ، ثُمَّ أَيْسَرَ فَلَا

تَقْوِيمَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ غَائِبًا وَرَوَى ذَلِكَ كُلَّهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ حَالَ الْعَبْدِ إنَّمَا يُعْتَبَرُ حَالَ التَّقْوِيمِ فَكَذَلِكَ حَالَ الْعِتْقِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْعِتْقُ بِلَفْظِ الْعِتْقِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِهِ إذَا تَضَمَّنَ مَعْنَى الْعِتْقِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قَالَ أَحَدُهُمَا لِلْعَبْدِ قَدْ وَهَبْتُك نَصِيبِي مِنْك فَإِنَّهُ يَعْتِقُ وَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِصَّةُ شَرِيكِهِ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدٍ يَمْلِكُ جَمِيعَهُ وَهَبْتُك نَفْسَكَ لَكَانَ عِتْقًا.

وَقَالَهُ سَحْنُونٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا عَتَقَ بِهِ الْكُلُّ عَتَقَ بِهِ الْبَعْضُ كَلَفْظِ الْعِتْقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ عِتْقُ الْجُزْءِ مِنْ الْعَبْدِ مُعَجَّلًا، أَوْ مُؤَجَّلًا فَإِنْ كَانَ مُعَجَّلًا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَابْنِ سَحْنُونٍ فِيمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ إلَى سَنَةٍ عَنْ مَالِكٍ وَالْمُغِيرَةِ وَابْنِ الْقَاسِمِ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْآنَ لِيُعْتَقَ إلَى الْأَجَلِ قَالَ سَحْنُونٌ.

وَقَالَ آخَرُونَ إنْ شَاءَ التَّمَسُّكَ قُوِّمَ عَلَيْهِ السَّاعَةَ وَكَانَ جَمِيعُهُ حُرًّا إلَى السَّنَةِ وَإِنْ شَاءَ تَمَاسَكَ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ السَّنَةِ إلَّا مِنْ شَرِيكِهِ فَإِذَا تَمَّتْ السَّنَةُ قُوِّمَ عَلَى مُبْتَدِئِ الْعِتْقِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ التَّقْوِيمِ وَقَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ وَهَذَا إنْ تَمَاسَكَ الثَّانِي وَلَوْ عَجَّلَ الثَّانِي الْعِتْقَ فَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقَوَّمُ خِدْمَتُهُ إلَى السَّنَةِ فَيُؤْخَذُ مِنْ مُعَجِّلِ الْعِتْقِ وَيُدْفَعُ إلَى صَاحِبِهِ قَالَ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ يَقْضِي عَلَيْهِ بِعِتْقِ نِصْفِهِ الْآنَ وَنِصْفِهِ إلَى سَنَةٍ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ هَذَا قِيمَةُ خِدْمَتِهِ، وَوَلَاؤُهُ لِغَيْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ بَتَلَ الْأَوَّلُ وَأَجَّلَ الثَّانِي فَفِي الْمُدَوَّنَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ يَفْسَخُ مَا صَنَعَ وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ حِصَّتَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ إنْ أَعْتَقَ الثَّانِي حِصَّتَهُ إلَى أَجَلٍ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ دَبَّرَ وَشَرِيكُهُ مُوسِرٌ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ وَلَوْ كَانَ مُعْسِرًا جَازَ ذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا أَعْتَقَ الثَّانِي إلَى أَجَلٍ فَهُوَ كَمَنْ لَمْ يُعْتِقْ وَدُفِعَتْ إلَيْهِ الْقِيمَةُ وَنَجَزَ الْعِتْقُ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يَقَعُ الْعِتْقُ مُنْجَزًا مِنْهُمَا وَرَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ الْمُغِيرَةِ قَالَ لِأَنَّ الثَّانِيَ تَرَكَ التَّقْوِيمَ وَاسْتَثْنَى مِنْ الرِّقِّ مَا لَيْسَ لَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ حِصَّتَهُ بَعْدَ إعْتَاقِ الْمُعْسِرِ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ حِصَصُ شُرَكَائِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ ذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ لِتَبْعِيضِ الْعِتْقِ وَقَعَتْ مِنْ غَيْرِ جِهَتِهِ وَسَابِقَةً لِإِعْتَاقِهِ وَالتَّقْوِيمُ إنَّمَا يَلْزَمُ بِالْجِنَايَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ يُرِيدُ حِصَّةَ الِاشْتِرَاكِ مِنْهُ قُوِّمَ قِيمَةَ عَدْلٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ

(257/6)

. . . .

[المنتقى]

أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ قَالَ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ بَعْضَ ذَلِكَ فَقَدْ رَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ مِنْ نَصِيبِ شَرِيكِهِ بِقَدْرِ مَالِهِ فَيُعْتَقُ عَلَيْهِ وَيَبْقَى مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لِشَرِيكِهِ عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ قَالَ سَحْنُونٌ إنْ وَجَدَ عِنْدَهُ بَعْضَ الْقِيمَةِ عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ تَافِهًا لَا يَنْزِعُ مِثْلَهُ لِغُرَمَائِهِ مِنْ الثَّوْبِ لَهُ وَالْفَضْلُ فِي قُوَّتِهِ وَالشَّيْءُ الْخَفِيفُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّ مَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ بِتَقْوِيمِ السُّلْطَانِ لَا قَبْلَ ذَلِكَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُعْتِقَ حِصَّتَهُ إنْ شَاءَ.

وَقَدْ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَوْ أَقَامَ شَهْرًا، أَوْ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ سَاكِتًا كَانَ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَمَعْنَى ذَلِكَ إنَّمَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْحُكْمِ لَا بِالسِّرَايَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهُوَ أَظْهَرُ الرِّوَايَتَيْنِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا أَعْتَقَ عَلَيْهِ بِالتَّقْوِيمِ وَقَفَ الشَّرِيكُ أَوَّلًا فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْتِقَ فَذَلِكَ لَهُ دُونَ الْمُبْتَدِئِ بِالْعِتْقِ وَإِنْ لَمْ يُرِدْ الْمُبْتَدِئُ بِالْعِتْقِ إتْمَامَ عِتْقِ الْعَبْدِ وَقَدْ قِيلَ فِي الْمُبْتَدِئِ يُعْتِقُ نَصِيبَهُ يَعْتِق عَلَيْهِ بِالسِّرَايَةِ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَأَنَّهُ ضَامِنٌ لِنَصِيبِ شَرِيكِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ الْعَبْدُ فَشَرَطَ فِي عِتْقِهِ التَّقْوِيمَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ تَصَرُّفَ الْإِنْسَانِ فِي مِلْكِهِ لَا يَسْرِي إلَى مِلْكِ غَيْرِهِ كَالْبَيْعِ؛ وَلِأَنَّ التَّقْوِيمَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ الشَّرِيكِ إنَّمَا يَكُونُ بِالْحُكْمِ كَالشُّفْعَةِ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ لَا يُعْتَقُ بِالسِّرَايَةِ فِي أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ وَهَذَا يَقْتَضِي رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّ الْعِتْقَ يَكُونُ بِالسِّرَايَةِ: وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّهُ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدٍ فَيَكْمُلُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ فَوَجَبَ أَنْ يَكْمُلَ

بِالسِّرَايَةِ كَمَا لَوْ كَانَ جَمِيعُهُ لَهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا يَكْمُلُ إلَّا بِحُكْمٍ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرِهِ لَيْسَ لِلشَّرِيكِ أَنْ يَقُولَ أَنَا أَرْضَى بِبَقَاءِ حِصَّتِي عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ وَلَا أُرِيدُ التَّقْوِيمَ عَلَى مُبْتَدِئِ الْعِتْقِ وَرَوَى الْبَصْرِيُّونَ عَنْ مَالِكٍ لَا يُنْظَرُ إلَى قَوْلِ الْعَبْدِ لَا أُرِيدُ تَكْمِيلَ عِتْقِي وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ وَلَا لِلْعَبْدِ إسْقَاطُهُ كَمَا لَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا رَدُّ عِتْقِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ يُرِيدُ قِيمَةً لَا زِيَادَةَ فِيهَا وَلَا نَقْصَ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يُعْتِقُ عَلَيْهِ بِمَا أَفَادَ بَعْدَ عِتْقِ الْجُزْءِ مِنْهُ مِنْ مَالٍ، أَوْ وَلَدٍ مِنْ أَمَتِهِ وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً قُوِّمَتْ بِمَالِهَا وَوَلَدِهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ دَخَلَهُ عَيْبٌ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَشْهَبُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي الْعَبْدِ الزَّارِعِ يَنْقُصُ ثَمَنُهُ بِالْفُسْطَاطِ يُقَوَّمُ بِمَوْضِعِهِ وَلَا يُنْقَلُ إلَى الْفُسْطَاطِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي جَارِيَةٍ بَيْنَ رَجُلٍ وَزَوْجَتِهِ أَرَادَ شِرَاءَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ زَوْجَتُهُ فَتَزَايَدَا فِيهَا حَتَّى بَلَغَتْ سِتَّمِائَةِ دِينَارٍ فَشَاوَرَ الْمَخْزُومِيَّ وَاسْتَغْلَاهَا فَقَالَ لَهُ أَعْتِقْ حَظَّك مِنْهَا وَلَا يَلْزَمُك إلَّا الْقِيمَةُ فَفَعَلَ فَرُفِعَ إلَى ابْنِ عُمَرَ فَأَمَرَ بِإِعَادَةِ النِّدَاءِ عَلَيْهَا فَإِنْ زِيدَ عَلَى سِتِّمِائَةٍ وَإِلَّا أَلْزَمَهَا بِالسِّتِّمِائَةِ فَاسْتَحْسَنَ ذَلِكَ وَكَانَ ابْنُ أَبِي حَازِمٍ يَقُولُ دُمِّرَ الْمِسْكِينُ دُمِّرَ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أُعْطِيَ بِرَأْسٍ لَهُ ثَمَنًا، ثُمَّ قَتَلَهُ رَجُلٌ بِحِدْثَانِ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ الْأَكْثَرُ مِنْ الثَّمَنِ، أَوْ الْقِيمَةُ قَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يَلْزَمُهُ إلَّا الْقِيمَةُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ادَّعَى مُبْتَدِئُ الْعِتْقِ فِيهِ عَيْبًا كَالْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْمُتَمَسِّكُ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْهُ فَقَالَ لَا يَحْلِفُ بِدَعْوَاهُ وَيُقَوَّمُ سَلِيمًا، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يَحْلِفُ قَالَ أَصْبَغُ وَبِهِ آخُذُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا مُجَرَّدُ دَعْوَى فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا يَمِينٌ فِي عَيْبٍ كَالْمُشْتَرِي يَدَّعِي عَيْبًا فِيمَا اشْتَرَاهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمُعْتَقَ يَدَّعِي عَلَى التَّمَسُّكِ بِالرِّقِّ مَا يُوجِبُ نَقْصَ الْقِيمَةِ وَيُضِيفُ ذَلِكَ إلَى عِلْمِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَهَا عَلَيْهِ إلَّا بَعْدَ يَمِينِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى فَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ مَعِيبًا وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا أُحْلِفَ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُتَمَسِّكُ

. . . .

[المنتقى]

مَا عَلِمَ بِمَا ذُكِرَ مِنْ الْعَيْبِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يُوجِبُ الشَّاهِدُ عَلَى الْعَدْلِ يَمِينًا وَقَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ يَحْلِفُ لِلْمُتَمَسِّكِ إذَا شَهِدَ بِالْعَيْبِ غَيْرَ الْعَدْلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُقَوَّمُ عَلَيْهِ لَفْظٌ يَقْتَضِي أَنَّ الْمُبْتَدِئَ بِالْعِتْقِ وَاحِدٌ وَلَوْ كَانَا اثْنَيْنِ ابْتَدَآ بِالْعِتْقِ مَعًا فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِمَا فَلَوْ كَانَ لِأَحَدِ الشُّرَكَاءِ نِصْفُهُ وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهُ وَلِلثَّالِثِ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الثُّلُثِ وَالسُّدُسِ مَعًا فَلِمَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقَوَّمُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَالِهِ فِيهِ كَالشُّفْعَةِ فِي اخْتِلَافِ الْأَنْصِبَاءِ قَالَ سَحْنُونٌ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ يُقَوَّمُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ وَكَانَ يَقُولُ بِالْأَوَّلِ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ قَالَ سَحْنُونٌ وَبِالْقَوْلِ الثَّانِي قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَرَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ الشُّرَكَاءِ فَكَانَ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ كَالشُّفْعَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمُوجِبَ لِلتَّقْوِيمِ عَلَيْهِمَا الْجِنَايَةُ بِالْعِتْقِ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِقِلَّةِ السَّهْمِ وَكَثْرَتِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَا فِي ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُعْسِرًا وَالْآخَرُ مُوسِرًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ مَالِكًا وَأَصْحَابَهُ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ يُتِمُّ عِتْقَهُ عَلَى الْمُوسِرِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إلَّا مَا كَانَ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ لَوْ كَانَ صَاحِبُهُ مُوسِرًا قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ الْمِصْرِيِّينَ قَالَ وَرَوَاهُ سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ وَقَوْمٍ مِنْ أَصْحَابِنَا لَمْ يُسَمِّهِمْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُوسِرَ لَوْ انْفَرَدَ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ لَلَزِمَهُ قِيمَةُ بَاقِي الْعَبْدِ وَالْمُعْسِرَ لَوْ انْفَرَدَ بِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ فَلَمْ يَكُنْ لِجِنَايَةِ الْمُعْسِرِ تَأْثِيرٌ كَمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْجِنَايَةَ مَوْجُودَةٌ مِنْهُمَا وَهِيَ تُوجِبُ التَّقْوِيمَ فَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَى أَحَدِهِمَا إلَّا عَلَى حَسْبِ مَا يَقْتَضِيهِ الِاشْتِرَاكُ كَمَا لَوْ كَانَا مَلِيَّيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا وَهُوَ مُعْسِرٌ، ثُمَّ أَعْتَقَ الثَّانِي بَعْدَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَفِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ قَالَ مَالِكٌ وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ لَا يُقَوَّمُ عَلَى الثَّانِي.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ يُقَوَّمُ عَلَى الثَّانِي إنْ كَانَ مَلِيًّا وَعَابَ ذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ سَحْنُونٌ وَاحْتَجَّ ابْنُ نَافِعٍ لِذَلِكَ

فَقَالَ أَرَأَيْت إنْ أَرَادَ الْمُتَمَسِّكُ أَنْ لَا يُقَوَّمَ وَيَرْضَى بِالضَّرَرِ وَأَبَى الْعَبْدُ أَلَيْسَ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ فِيهِ حَقٌّ لِلْعَبْدِ وَالثَّانِي قَدْ أَدْخَلَ فِيهِ مِنْ تَبْعِيضِ الْعِتْقِ مَا أَدْخَلَهُ الْأَوَّلُ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ أَنْ يُقَوَّمَ عَلَى الْأَوَّلِ لِعُسْرِهِ قُوِّمَ عَلَى الثَّانِي وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ التَّقْوِيمَ إنَّمَا يَخْتَصُّ بِمَنْ ابْتَدَأَ الْعِتْقَ وَلِذَلِكَ لَا يَلْزَمُ الشَّرِيكُ الْمُتَمَسِّكُ بِالرِّقِّ وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْتَدِئْ الْعِتْقَ فَلَا يَلْزَمُهُ التَّقْوِيمُ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ وَرِثَ جُزْءًا مِنْ أَبِيهِ لَمْ يَتِمَّ عَلَيْهِ عِتْقُهُ، ثُمَّ إنْ ابْتَاعَ مِمَّا رَقَّ مِنْهُ شَيْئًا، أَوْ وَهَبَ لَهُ أَعْتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ فَقَطْ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَيْهِ بَاقِيهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَوَجْه ذَلِكَ أَنَّ الْجُزْءَ الَّذِي أَعْتَقَ عَلَيْهِ بِالْمِيرَاثِ هُوَ ابْتِدَاءُ الضَّرَرِ فِي الْمِلْكِ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ فِعْلِهِ فَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ، ثُمَّ مَا ابْتَاعَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ بَاقِيهِ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الضَّرَرِ قَدْ وَقَعَ بِجُزْءِ الْمِيرَاثِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ وَلِذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى أَوْ قَبِلَ الْهِبَةَ بَعْدَ مَا وَرِثَ مِنْهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمِيرَاثَ مَعْنًى يَعْتِقُ بِهِ عَلَيْهِ مَا مَلَكَ مِنْهُ فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ مَا ابْتَاعَ مِنْهُ بَعْدَهُ كَمَا لَوْ ابْتَاعَ جُزْءًا فَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ ابْتَاعَ جُزْءًا آخَرَ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ وَهَبَ لَهُ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ فَقَبِلَهُ تَمَّ عَلَيْهِ عِتْقُهُ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ عَتَقَ الْجُزْءُ وَحْدَهُ رَوَاهُ ابْن الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ قَبِلَهُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ لَا تَقْوِيمَ عَلَيْهِ وَيَعْتِقُ ذَلِكَ الشِّقْصُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ فِي الْهِبَةِ إنْ لَمْ يَقْبَلْهُ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إذَا قَبِلَهُ فَقَدْ وَجَدَ الْقَبُولَ لِإِدْخَالِ الضَّرَرِ فِي الْعِتْقِ كَمَا لَوْ ابْتَاعَهُ وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْقَبُولُ فَلَمْ يُوجَدْ مِنْ جِهَتِهِ ضَرَرٌ فَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ وَرِثَهُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ قَبُولَهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي رَدِّ الْهِبَةِ وَمَنْعِ مَا وَهَبَ مِنْ الْعِتْقِ فَلَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ التَّقْوِيمَ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ قَبِلَ مَا وَرِثَ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ الْهِبَةَ لَا تَتِمُّ إلَّا

(259/6)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يُعْتِقُ سَيِّدُهُ مِنْهُ شِقْصًا ثُلُثَهُ، أَوْ رُبْعَهُ أَوْ نِصْفَهُ، أَوْ سَهْمًا مِنْ الْأَسْهُمِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ مِنْهُ إلَّا مَا أَعْتَقَ سَيِّدُهُ وَسَمَّى مِنْ ذَلِكَ الشِّقْصَ، وَذَلِكَ أَنَّ عَتَاقَةَ ذَلِكَ الشِّقْصِ إنَّمَا وَجَبَتْ وَكَانَتْ بَعْدَ وَفَاةِ الْمَيِّتِ وَأَنَّ سَيِّدَهُ كَانَ مُخَيَّرًا فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ فَلَمَّا وَقَعَ الْعِتْقُ لِلْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ الْمُوصِي لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى إلَّا مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُعْتَقْ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ فَكَيْفَ يُعْتَقُ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ عَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ لَيْسُوا هُمْ ابْتَدَءُوا الْعَتَاقَةَ وَلَا أَثْبَتُوهَا وَلَا لَهُمْ الْوَلَاءُ وَلَا يَثْبُتُ لَهُمْ، وَإِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْمَيِّتُ وَهُوَ الَّذِي أَعْتَقَ وَأُثْبِتَ لَهُ الْوَلَاءُ فَلَا

يُحْمَلُ ذَلِكَ فِي مَالِ غَيْرِهِ إلَّا أَنْ يُوصِيَ بِأَنْ يُعْتَقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِي مَالِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لِشُرَكَائِهِ وَوَرَثَتِهِ وَلَيْسَ لِشُرَكَائِهِ أَنْ يَأْبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ)

[المنتقى]

بِالْقَبُولِ فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الْقَبُولُ لَمْ تَصِحَّ الْهِبَةُ وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَعْطَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ مَا لَهُ فِي الْعَبْدِ مِنْ الْقِيمَةِ الَّتِي لَزِمَتْ الْمُعْتِقَ بِالتَّقْوِيمِ وَأُعْتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ يُرِيدُ أَنَّ الْعِتْقَ يَكُونُ لَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ وَلَاءَ الْعَبْدِ يَكُونُ لَهُ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ يُعْطِي الْوَرِقَ» ، وَمِنْ جِهَةٍ أُخْرَى «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وَقَدْ وُجِدَ مِنْهُ الْأَمْرُ أَنَّ الْعِتْقَ وَإِعْطَاءَ الْوَرِقِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ظَاهِرُهُ» أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِاتِّصَالِهِ بِحَدِيثِهِ، وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَنْفِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ رَوَاهُ مَالِكٌ وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

وَقَالَ أَيُّوبُ عَنْ نَافِعٍ مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ، أَوْ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ مِنْ الْمَالِ مَا يَبْلُغُ قِيمَتَهُ بِقِيمَةِ عَدْلٍ فَهُوَ عِتْقٌ قَالَ نَافِعٌ وَإِلَّا فَقَدْ أَعْتَقَ مِنْهُ مَا أَعْتَقَ قَالَ أَيُّوبُ لَا أَدْرِي أَشَيْءٌ قَالَهُ نَافِعٌ أَوْ شَيْءٌ فِي الْحَدِيثِ وَقَوْلُ مَالِكٍ وَعُبَيْدُ اللَّهِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ حَقَّقَا الرِّوَايَةَ وَلَمْ يَشُكَّا وَمَالِكٌ وَعُبَيْدُ اللَّهِ أَثْبَتُ مِنْ نَافِعٍ وَمِنْ أَيُّوبَ وَإِنْ كَانَ أَيُّوبُ ثَبْتًا مُقَدَّمًا فِيهِ، وَذَلِكَ يَقْضِي أَنَّهُ يَقْضِي بِالْعِتْقِ عِنْدَ عُمَرَ مُبْتَدِئِ الْعِتْقِ عَلَى مَنْ أَعْتَقَ مِنْهُ وَهَذَا يَمْنَعُ الِاسْتِسْعَاءَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَسْتَسْعِي الْعَبْدَ فِي قِيمَتِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ اسْتِسْعَاءٌ فَلَمْ يَكُنْ لَازِمًا كَالْكِتَابَةِ وَالْعَبْدُ لَمْ يَحُزْ وَلَاءَ سَيِّدِهِ الْمُتَمَسِّكِ بِنَصِيبِهِ فَكَمَا لَا يَلْزَمُهُمَا الِاسْتِسْعَاءُ قَبْلَ أَنْ يَبْدَأَ الْعِتْقَ فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْ الْمَالِ مَا يُقَوَّمُ مِنْهُ بَعْضُ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ وَاسْتَرَقَّ الْبَاقِي الْمُتَمَسِّكُ بِالرِّقِّ وَيَجْرِي الْحُكْمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ فِي عَمَلِهِ وَغَلَّتِهِ وَنَفَقَتِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا مِنْ حُكْمِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

- 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا الْحُكْمُ فِي عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ فَأَمَّا إنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدِهِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُكَمِّلُ عَلَيْهِ عِتْقَهُ إذَا كَانَ الْبَاقِي لِغَيْرِهِ وَيُزَال عَنْهُ مِلْكُ الْغَيْرِ وَيُجْبَرُ عَلَى شِرَائِهِ فَبِأَنْ يُكَمِّلَ عَلَيْهِ عِتْقُهُ وَهُوَ مِلْكٌ لَهُ أَوْلَى وَأَحْرَى؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ بَاقِي الْعَبْدِ لَهُ كَانَ مُوسِرًا بِعِتْقِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْحُكْمِ، أَوْ بِالسِّرَايَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ اُخْتُلِفَ فِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ فَعَنْهُ فِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا بِالْحُكْمِ وَالثَّانِيَةُ بِالسِّرَايَةِ: وَجْهُ قَوْلِنَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْحُكْمِ أَنَّهُ عِتْقٌ يُتَمَّمُ عَلَى مُبْتَدِئَهُ فَثَبَتَ بِالْحُكْمِ كَالَّذِي يُعْتِقُ حِصَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ بِالسِّرَايَةِ أَنَّ الْعِتْقَ يُبْنَى عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ فَإِذَا بَعَّضَهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ سَرَى إلَى جَمِيعِهِ كَمَا لَوْ قَالَ يَدُكَ حُرٌّ، أَوْ رِجْلُكَ حُرٌّ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يُعْتِقُ سَيِّدُهُ مِنْهُ شِقْصًا ثُلُثَهُ، أَوْ رُبْعَهُ أَوْ نِصْفَهُ، أَوْ سَهْمًا مِنْ الْأَسْهُمِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ مِنْهُ إلَّا مَا أَعْتَقَ سَيِّدُهُ وَسَمَّى مِنْ ذَلِكَ الشِّقْصَ، وَذَلِكَ أَنَّ عَتَاقَةَ ذَلِكَ الشِّقْصُ إنَّمَا وَجَبَتْ وَكَانَتْ بَعْدَ وَفَاةِ الْمَيِّتِ وَأَنَّ سَيِّدَهُ كَانَ مُخَيَّرًا فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ فَلَمَّا وَقَعَ الْعِتْقُ لِلْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ الْمُوصِي لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى إلَّا مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُعْتَقْ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ فَكَيْفَ يُعْتَقُ مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ عَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ لَيْسُوا هُمْ ابْتَدَءُوا الْعَتَاقَةَ وَلَا أَثْبَتُوهَا وَلَا لَهُمْ الْوَلَاءُ وَلَا يَثْبُتُ لَهُمْ، وَإِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْمَيِّتُ وَهُوَ الَّذِي أَعْتَقَ وَأُثْبِتَ لَهُ الْوَلَاءُ فَلَا يُحْمَلُ ذَلِكَ فِي مَالِ غَيْرِهِ إلَّا أَنْ يُوصِيَ بِأَنْ يُعْتَقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِي مَالِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لِشُرَكَائِهِ وَوَرَثَتِهِ وَلَيْسَ لِشُرَكَائِهِ أَنْ يَأْبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْعَبْدَ يُعْتِقُ سَيِّدُهُ مِنْهُ حِصَّةً بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سَحْنُونٌ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ قَالَ وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ أَصْحَابِنَا وَقَوْلُ مَالِكٍ فِي مُوَطَّئِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ

(260/6)

(ص) :.

(قَالَ مَالِكٌ وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّجُلُ ثُلُثَ عَبْدِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ فَثَبَتَ عِتْقُهُ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الَّذِي يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَوْ عَاشَ رَجَعَ فِيهِ وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ وَأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي يَبِتُّ سَيِّدُهُ عِتْقَ ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ إنْ عَاشَ وَإِنْ مَاتَ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَ الْمَرِيضِ جَائِزٌ فِي ثُلُثِهِ كَمَا أَنَّ أَمْرَ الصَّحِيحِ جَائِزٌ فِي مَالِهِ كُلِّهِ)

[المنتقى]

الْمَالَ يَنْتَقِلَ عَنْهُ إلَى الْوَرَثَةِ بِمَوْتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مِنْهُ إلَّا مَا تَمَسَّكَ بِهِ مِنْ ثُلُثِهِ وَلَمْ يَتَمَسَّكْ إلَّا بِمَا أَوْصَى بِعِتْقِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لِوَرَثَتِهِ بَاقِي الْعِتْقِ فَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِمْ وَهُمْ لَا يُحِبُّوا الْعِتْقَ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُ ذَلِكَ الشِّقْصِ فَإِنَّ بَاقِيَهُ يَرِقُّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُتَمَّمَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُقَوَّمُ فِي ثُلُثِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ تَمَسَّكَ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنْ مَالِهِ فَلَزِمَ أَنْ يُعْتَقَ عَلَيْهِ فِيهِ كَالْحَيِّ الْغَنِيِّ.

(فَصْلٌ) :

وَلَيْسَ لِشُرَكَائِهِ أَنْ يَأْبَوْا ذَلِكَ وَيَلْزَمُهُمْ وَيَلْزَمُ وَرَثَتُهُ يُرِيدُ أَنَّهُ إذَا أَوْصَى بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِوَرَثَتِهِ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ إذْ الثُّلُثُ يَحْمِلُهُ وَلَا يَكُونُ لِشَرِيكِهِ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ أَنْ يَنْفُذَ عِتْقُهُ، أَوْ يُقَوَّمَ عَلَى الْمُوصِي قَالَ سَحْنُونٌ لِلْمُتَمَسِّكِ أَنْ يُعْتِقَ نَصِيبَهُ وَلَا يُقَوَّمُ وَقَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ قَالَ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُعْتِقَ وَيَلْزَمُهُ التَّقْوِيمُ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ جَمِيعَهُ فَأَمَّا قَوْلُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ؛ فَلِأَنَّ هَذَا مُبْتَدِئُ عِتْقِ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ فَكَانَ لِشَرِيكِهِ إنْفَاذُ عِتْقِ حِصَّتِهِ كَمَا لَوْ أَنْفَذَ عِتْقَ ذَلِكَ الشِّقْصَ وَهُوَ صَحِيحٌ وَالَّذِي رَوَاهُ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ يُعْتَقُ بِالسِّرَايَةِ قَالَ سَحْنُونٌ، وَرَأَيْت رِوَايَةً لِابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ وَهِيَ وَهْمٌ لَا أَعْرِفُهَا إذَا أَبَى شَرِيكُهُ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ مَا مَلَكَ فَقَطْ وَبَاقِي الثُّلُثِ لِلْوَرَثَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ عَتَاقَةَ ذَلِكَ الشِّقْصِ إنَّمَا وَجَبَتْ بَعْدَ وَفَاةِ الْمُوصِي وَكَانَ مُخَيَّرًا فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ يُرِيدُ أَنَّ مَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ شِقْصٍ مِنْ عَبْدِهِ، أَوْ بِعِتْقِ شِقْصٍ لَهُ مِنْ عَبْدٍ سَائِرُهُ لِغَيْرِهِ فَإِنَّهُ لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْآنَ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ سَائِرُهُ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ بَعْدُ لَمْ يَلْزَمْ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ بِمَوْتِهِ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ عَنْهُ فِي حَيَاتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ كُمِّلَ عَلَيْهِ بَاقِيهِ فِي ثُلُثِهِ وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ جُزْءٍ مِنْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَفِي تَكْمِيلِهِ رِوَايَتَانِ: إحْدَاهُمَا وُجُوبُهُ وَالْأُخْرَى نَفْيُهُ: وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ مُخْتَارٌ لِتَبْعِيضِ الْعِتْقِ فَلَزِمَ التَّقْوِيمُ فِي مَالِهِ كَمَا لَوْ أَنْفَذَ عِتْقَهُ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِعِتْقِ بَعْضِ عَبْدٍ فَالْعِتْقُ إنَّمَا يَقَعُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَحِينَئِذٍ

يُوجَدُ التَّبْعِيضُ مِنْهُ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ، وَذَلِكَ وَقْتَ لَا مَالَ لَهُ لَا سِيَّمَا وَلَمْ يَسْتَثْنِ مِنْهُ شَيْئًا فَأَشْبَهَ الْمُعْسِرَ يُعْتِقُ بَعْضَ عَبْدٍ فَإِنَّهُ لَا يُتَمَّمُ عَلَيْهِ (ص) :.

(قَالَ مَالِكٌ وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّجُلُ ثُلُثَ عَبْدِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ فَثَبَتَ عِتْقُهُ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الَّذِي يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَوْ عَاشَ رَجَعَ فِيهِ وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ وَأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي يَبِتُّ سَيِّدُهُ عِتْقَ ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ إنْ عَاشَ وَإِنْ مَاتَ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَ الْمَرِيضِ جَائِزٌ فِي ثُلُثِهِ كَمَا أَنَّ أَمْرَ الصَّحِيحِ جَائِزٌ فِي مَالِهِ كُلِّهِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ: إنَّ الْمَرِيضَ إذَا أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ فَإِنَّهُ يُعْتِقُ جَمِيعَهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ إنْ مَاتَ فِي مَرَضِهِ ذَلِكَ وَفَرَّقَ مَالِكٌ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الَّذِي يُوصِي بِعِتْقِ ثُلُثِ عَبْدِهِ بِأَنَّ هَذَا قَدْ لَزِمَهُ الْعِتْقُ وَإِنْ عَاشَ تُمِّمَ عَلَيْهِ وَالَّذِي أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِ عَبْدِهِ لَوْ عَاشَ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَتَى يُقَوَّمُ بَاقِي الْعَبْدِ الَّذِي أَعْتَقَ الْمَرِيضُ شِقْصًا مِنْهُ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الَّذِي يُعْتِقُ شِقْصًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ سَوَاءٌ عَثَرَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ حَتَّى يَصِحَّ فَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، أَوْ يَمُوتَ فَيُعْتَقُ فِي ثُلُثِهِ مَا أَعْتَقَ وَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ وَإِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ لَا يَلْزَمُ إلَّا فِي عِتْقٍ يَتَعَجَّلُ أَوْ يَتَأَجَّلُ إلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ لَا يَرُدُّهُ دَيْنٌ وَهَذَا قَدْ يَرُدُّهُ الدَّيْنُ إلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ أَمْوَالٌ مَأْمُونَةٌ فَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيُعَجَّلُ لَهُ الْعِتْقُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُوقَفُ فَإِنْ مَاتَ قُوِّمَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ، أَوْ مَا حُمِلَ مِنْهُ وَإِنْ كَانَتْ لَهُ أَمْوَالٌ مَأْمُونَةٌ قُوِّمَ فِيهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ ابْتِدَاءَ الْعِتْقِ

(261/6)

. . . .

[المنتقى]

جِنَايَةٌ فَلَمْ يَمْنَعْ مَرَضُهُ مِنْ مُطَالَبَتِهِ بِهَا وَلَا تَفُوتُ بِمَوْتِهِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مِنْ بَابِ الْبِرِّ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ بِذَلِكَ ثُلُثَهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا لَهُ فَلَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثُ فَأَجَازَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ حِصَّتَهُ فَلَا تَقْوِيمَ عَلَيْهِ وَالْوَلَاءُ لِلْمَيِّتِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا أَجَازَ فِعْلَ الْمَيِّتِ فَلَمْ يُدْخِلْ ضَرَرًا فِي الْمِلْكِ.

وَقَدْ رَوَى مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ إِنْ أَعْتَقَ الْوَارِثُ سَهْمَهُ مِمَّا رَقَّ مِنْهُ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ وَلَهُ وَلَاءُ تِلْكَ الْحِصَّةِ وَإِنْ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْتَدِئْ بِإِدْخَالِ الضَّرَرِ وَقَدْ تَقَدَّمَهُ بِذَلِكَ الْمَيِّتُ كَثَلَاثَةِ أَشْرَاكٍ ابْتَدَأَ أَحَدُهُمْ بِعِتْقِ حِصَّتِهِ وَهُوَ مُعْسِرٌ، ثُمَّ أَعْتَقَ الثَّانِي وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَيَأْتِي عَلَى قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ فَقَدْ رَوَى فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُتَمَّمْ عَلَيْهِ حِينَ مَاتَ أَنَّهُ لَا يُتَمَّمُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ هَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا وَلَوْ مَاتَ مَكَانَهُ، أَوْ أَفْلَسَ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ، أَوْ سَهْمًا مِنْ عَبْدٍ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ فَلَمْ يُتَمَّمْ عَلَيْهِ حَتَّى أَفْلَسَ فَلَا يُتَمِّمُ مَا بَقِيَ كَمَا لَوْ مَاتَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَقَّ الْغَيْرِ قَدْ يُعَلَّقُ بِالْمَالِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ حَالِ الْمُعْسِرِ بَلْ هُوَ أَشَدُّ حَالًا مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ مُتَيَقِّنُ الْعَدَمِ وَالْمُفْلِسُ مَطْلُوبٌ بِحُقُوقٍ مُتَقَدِّمَةٍ وَلَمْ يَدْفَعُوهُ لِلْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ بَاقٍ بِيَدِهِ إِنَّمَا أُدْخِلَ عَلَيْهِ فِيهِ ضَرَرٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ فِي صِحَّتِهِ فَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ حَتَّى مَاتَ بِحَدَثَانِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ جَمِيعَهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ قَدْ ثَبَتَ لِشَرِيكِهِ وَلَمْ يُفَرِّطْ وَلَوْ طَالَ ذَلِكَ لَمْ يُقَوَّمْ فِي رَأْسِ مَالِ الْمَيِّتِ وَلَا ثُلُثِهِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ مِثْلَ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَقَالَ هُوَ كَالْمُمْتَنِعِ يَمُوتُ وَلَمْ يُهْدِ فَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ أُهْدِيَ عَنْهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَهُوَ بِخِلَافِ مُعْتِقِ بَعْضِ عَبْدِهِ فَإِنَّهُ لَا يُتَمَّمُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ وَإِنْ مَاتَ بِحِدْثَانِهِ.

وَجْهُ تَسْوِيَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ بَيْنَ مَنْ أَعْتَقَ حِصَّةً مِنْ عَبْدِهِ وَبَيْنَ مَنْ أَعْتَقَ حِصَّةً مِنْ عَبْدٍ لِغَيْرِهِ بَاقِيهِ أَنَّ الْعِتْقَ عَمَلُ يَدٍ فَإِذَا جَازَ أَنْ يُتَمَّمَ عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ فَبِأَنْ لَا يُتَمَّمَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ أَوْلَى، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُعْسِرَ يُتَمَّمُ عَلَيْهِ عِتْقُ عَبْدِهِ وَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِصَّةُ غَيْرِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ أَنَّ حَقَّ الْغَيْرِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهِ بِجِنَايَتِهِ عَلَيْهِ فَيَلْزَمُ أَدَاؤُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ إِلَّا أَنْ يُوجَدَ مِنْ صَاحِبِ الْحَقِّ مِنْ التَّفْرِيطِ مَا يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ وَالتَّرْكَ فَلَا يَبْقَى إِلَّا حَقُّ الْبَارِي تَعَالَى فِي تَتْمِيمِ الْعِتْقِ فَيَكُونُ حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ حِصَّةً مِنْ عَبْدِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ سَحْنُونٌ.

وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ مَنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُتَمَّمَ عَلَيْهِ عِتْقَ عَبْدِهِ أَنَّهُ لَا يُتَمَّمُ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنْ عُثِرَ عَلَى

ذَلِكَ فِي مَرَضِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ فِيمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ، أَوْ نَصِيبًا مِنْ عَبْدٍ لِغَيْرِهِ بَاقِيهِ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ فَعُلِمَ بِذَلِكَ فِي مَرَضِهِ فَإِنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ بَاقِيهِ فِي ثُلُثِهِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ فِي صِحَّتِهِ وَقُيِّمَ عَلَيْهِ وَهُوَ مَرِيضٌ فَإِنَّهُ إنْ صَحَّ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ وَإِنْ مَاتَ فَالْبَاقِي فِي ثُلُثِهِ وَخَالَفَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فَقَالَ: إنْ قُيِّمَ عَلَيْهِ فِي مَرَضِهِ فَلَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إنْ مَاتَ.

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ وُجِدَ مِنْهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ مَا يَلْزَمُهُ الْعِتْقُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَكَانَ ذَلِكَ فِي حَيَاتِهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ ثُلُثِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي وَهُوَ الْمَشْهُورُ مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّهُ يُتَمَّمُ عَلَى الْمَرِيضِ الْعِتْقُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ إذَا أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ لِغَيْرِهِ بَاقِيهِ فَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ حَتَّى مَرِضَ يُحْكَمُ بِالتَّقْوِيمِ إلَّا أَنْ يُوقَفَ الْمَالُ حَتَّى يُعْتَقَ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ الَّتِي كَانَتْ فِي الْمَرَضِ إنْ مَاتَ مُبْدَأً عَلَى جَمِيعِ الْوَصَايَا وَمَا أَعْتَقَ أَوَّلًا فَمِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَإِنْ صَحَّ لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ.

(262/6)

الشَّرْطُ فِي الْعِتْقِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ فَبَتَّ عِتْقَهُ حَتَّى تَجُوزَ شَهَادَتُهُ وَتَتِمَّ حُرِّيَّتُهُ وَيَثْبُتَ مِيرَاثُهُ فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا يَشْتَرِطُ عَلَى عَبْدِهِ وَلَا يَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْ الرِّقِّ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ» قَالَ مَالِكٌ فَهُوَ إذَا كَانَ لَهُ الْعَبْدُ خَالِصًا أَحَقُّ بِاسْتِكْمَالِ عَتَاقَتِهِ وَلَا يَخْلِطُهَا بِشَيْءٍ مِنْ الرِّقِّ) .

[المنتقى]

وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا يُقَوَّمُ فِي مَرَضِهِ وَلْيُوقَفْ أَبَدًا حَتَّى يَمُوتَ فَيُعْتَقَ مَا بَقِيَ فِي ثُلُثِهِ، أَوْ يَصِحَّ فَيَكُونُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ إلَّا أَنْ يُعْتِقَ الشَّرِيكُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقِيمَةَ إنَّمَا تَلْزَمُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ فِيهِ لَكِنَّهُ حُكْمٌ مُتَوَقِّفٌ لِتَجْوِيزِ الصِّحَّةِ وَالْمَوْتِ فَإِنْ صَحَّ لَزِمَتْهُ تِلْكَ الْقِيمَةُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ وَإِنْ مَاتَ لَزِمَتْ فِي ثُلُثِ مَالِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ إذَا لَمْ يَنْفُذْ الْعِتْقُ الْآنَ فَلَا مَعْنَى لِتَعْجِيلِ التَّقْوِيمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الشَّرْطُ فِي الْعِتْقِ]

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ بَتَلَ عِتْقَ عَبْدِهِ مُعَجَّلًا وَلَمْ يُعَلِّقْ ذَلِكَ بِأَجَلٍ وَلَا عَمَلٍ يَقَعُ الْعِتْقُ بَعْدَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ فِي هَذَا الْعِتْقِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ عَمَلًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُبْقِيَ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْ الرِّقِّ وَذَلِكَ مُخَالِفٌ لِلْمَالِ الْمُشْتَرَطِ عَلَيْهِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفُ دِينَارٍ فَلَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ فَذَلِكَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَرِهَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَعَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ هُوَ حُرٌّ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْن الْقَاسِم أَنَّهُ قَالَ وَذَلِكَ أَحَبُّ إلَيَّ وَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ خَمْسِينَ دِينَارًا أَنَّ الْعَبْدَ مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ أَنْ يُتْبَعَ بِهَا وَيُعَجِّلَ عِتْقَهُ وَإِنْ كَرِهَ أَنْ يَكُونَ غَرِيمًا فَلَا عَتَاقَةَ لَهُ.

وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ نَحْوَهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهُ أَلْزَمَهُ ذَلِكَ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ كَمَا لَهُ أَنْ يُلْزِمَهُ ذَلِكَ لِغَيْرِ حُرِّيَّةٍ فَلَمْ يَزِدْ ذَلِكَ الْحُرِّيَّةَ إلَّا صِحَّةً وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ أَصْبَغُ بِأَنَّ لَهُ أَنْ يُكْرِهَهُ عَلَى النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ وَانْتِزَاعِ الْمَالِ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مُتَابَعَةِ سَعِيدٍ أَنَّ الْعِتْقَ قَدْ أَوْقَعَهُ فَيَلْزَمُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَثْنِ فِيهِ خِيَارًا وَلَا يَلْزَمُ الْعَبْدُ مَا أَلْزَمَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ مِنْ الْمَالِ كَمَا لَا يَلْزَمُهُ مَا أَلْزَمَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ مِنْ الْعَمَلِ.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَشْغَلَ ذِمَّتَهُ إلَّا بِرِضَاهُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى مَا لَيْسَ عِنْدَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ إلَّا بِرِضَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ شَرَطَ عَلَيْهِ عَمَلًا فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْعِتْقِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي سَنَةً فَذَلِكَ عَلَيْهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَمَّا إنْ كَانَ الْعَمَلُ بَعْدَ الْعِتْقِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ وَاخْدُمْنِي سَنَةً فَهُوَ حُرٌّ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَهُ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ لَا تُفَارِقَنِي قَالَ مُحَمَّدٌ هُوَ حُرٌّ وَشَرْطُهُ بَاطِلٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ مَالِكٌ مِنْ تَعْجِيلِ الْعِتْقِ مَعَ إبْقَاءِ شَيْءٍ مِنْ الرِّقِّ، وَذَلِكَ مُتَنَافٍ يَنْفُذُ الْعِتْقُ وَيَبْطُلُ مَا أَبْقَى مِنْ الِاسْتِرْقَاقِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الدَّيْنُ فِي ذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَحْكَامِ الرِّقِّ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَثْبُتُ عَلَى الْأَحْرَارِ وَيَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِمْ أَكْثَرُ مِنْ تَعَلُّقِهِ بِذِمَمِ الْعَبْدِ فَلَا يُنَافِي الْحُرِّيَّةَ بَلْ إذَا تَعَلَّقَ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ عَلَى وَجْهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْحُرِّ أَكَّدَ الْحُرِّيَّةَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لَفْظَ: أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْك كَذَا هُوَ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلِ مَنْ يَرَى لُزُومَ ذَلِكَ

لِلْعَبْدِ وَأَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْك كَذَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ اللَّفْظَانِ سَوَاءٌ وَيَثْبُتُ فِيهِمَا الْخِيَارُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا وَلَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَ إلَيَّ كَذَا فَقَالَ هَذَا

(263/6)

مَنْ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَا يَمْلِكُ مَالًا غَيْرَهُمْ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ «أَنَّ رَجُلًا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ سِتَّةً عِنْدَ مَوْتِهِ فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ ثُلُثَ تِلْكَ الْعَبِيدِ» قَالَ مَالِكٌ وَبَلَغَنِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِذَلِكَ الرَّجُلِ مَالٌ غَيْرُهُمْ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلًا فِي إمَارَةِ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَهُ كُلَّهُمْ جَمِيعًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَأَمَرَ أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ بِتِلْكَ الرَّقِيقِ فَقُسِّمَتْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَسْهَمَ عَلَى أَيِّهِمْ يَخْرُجُ سَهَمَ الْمَيِّتِ فَيُعْتَقُونَ فَوَقَعَ السَّهْمُ عَلَى أَحَدِ الْأَثْلَاثِ فَعَتَقَ الثُّلُثُ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ السَّهْمُ)

[المنتقى]

لَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ وَيَقْبَلُ ذَلِكَ الْعَبْدُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي قَالَ لَهُ عَلَى أَنَّ عَلَيْك عَلَّقَ الْعِتْقَ بِشَيْءٍ يَتَعَجَّلُ وَهُوَ ثُبُوتُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ وَالَّذِي قَالَ عَلَى أَنْ تُؤَدِّيَ إلَيَّ، أَوْ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي عَلَّقَ الْعِتْقَ بِشَيْءٍ لَا يُوجَدُ بِنَفْسِ الْعِتْقِ وَلَا يُوجَدُ إلَّا بِمَعْنًى مُسْتَأْنَفٍ وَرُبَّمَا تَعَجَّلَ الْأَمَدُ الْبَعِيدُ وَرُبَّمَا تَعَذَّرَ فَكَانَ الْعِتْقُ يَتَأَجَّلُ بِتَأَجُّلِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ أَنْتِ حُرَّةٌ عَلَى أَنْ تُسْلِمِي فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ إنْ أَبَتْ لَا حُرِّيَّةَ لَهَا كَقَوْلِهِ إنْ شِئْت، وَلَيْسَ كَقَوْلِهِ أَنْتِ حُرَّةٌ عَلَى أَنْ تَنْكِحِي فُلَانًا، ثُمَّ تَأْبَى أَنَّ الْعِتْقَ مَاضٍ فِي هَذِهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهَا إنْ رَضِيَتْ بِذَلِكَ فَبِنَفْسِ الْعِتْقِ تَكُونُ مُسْلِمَةً كَقَوْلِهِ عَلَى أَنَّ عَلَيْكِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ وَقَوْلُهُ عَلَى أَنْ تَنْكِحِي فُلَانًا فَإِنَّمَا شَرَطَ عَلَيْهَا عَمَلًا تَعْمَلُهُ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ يَصِحُّ أَنْ يَتَأَخَّرَ الزَّمَنُ الطَّوِيلُ وَهُوَ إبَاحَةُ بَعْضِهَا وَقَبُولُ الزَّوْجِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهَا عَمَلًا، أَوْ خِدْمَةً، أَوْ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ أَنْتِ حُرَّةٌ عَلَى أَنْ لَا تُفَارِقِينِي فَإِنَّهَا تَكُون حُرَّةً وَلَا يَلْزَمُهَا الشَّرْطُ.

[مَنْ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَا يَمْلِكُ مَالًا غَيْرَهُمْ]

(ش) : هَذَا الْحَدِيثُ مُرْسَلٌ وَقَدْ أُسْنِدَ مِنْ حَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ مِنْ رِوَايَةِ إسْمَاعِيلَ ابْنِ عُلَيَّةَ عَنْ أَيُّوبَ عَنْ أَبِي قِلَابَةَ عَنْ أَبِي الْمُهَلَّبِ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ «أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ عَبِيدٍ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَرَقَّ أَرْبَعَةً وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا» وَأَخْرَجَهُ مِنْ حَدِيثِ الثَّقَفِيِّ عَنْ أَيُّوبَ أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ أَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ فَأَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ وَالْأَوَّلُ أَكْثَرُ رَوَاهُ ابْنُ عُلَيَّةَ وَحَمَّادٌ عَنْ أَيُّوبَ وَرَوَاهُ هِشَامُ بْنُ حَسَّانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ وَرَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَسْهَمَ بَيْنَ السِّتَّةِ الْأَعْبُدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ رَجُلٌ عِنْدَ مَوْتِهِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ» وَحَكَمَ بِذَلِكَ عِنْدَهُمْ بِالْمَدِينَةِ مَالِكٌ، وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا تَدْخُلُ الْقُرْعَةُ فِي الْعِتْقِ وَيَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَهُ وَيُسْتَسْعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ فَإِذَا أَدَّاهَا إلَى الْوَرَثَةِ عَتَقَ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ وَيَقْتَضِي الْعِتْقَ بِالْقُرْعَةِ وَفِي ذَلِكَ أَدِلَّةٌ أَحَدُهَا حُكْمَ بِالْقُرْعَةِ وَأَبُو حَنِيفَةَ يَنْفِيهَا وَالثَّانِي أَنَّهُ قَالَ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَرَقَّ أَرْبَعَةً وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَكْمُلُ عِتْقُ أَحَدِهِمْ وَلَا يُرَقُّ جَمِيعُ أَحَدِهِمْ وَإِنَّمَا يُعْتَقُ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، ثُمَّ يَسْتَسْعِي، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْمَرِيضَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ جَمِيعَ عَبِيدِهِ إذَا كَانُوا جَمِيعَ مَالِهِ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَعْتِقْ إلَّا ثُلُثُهُمْ وَاحْتِيجَ إلَى الْقُرْعَةِ لِتَمَيُّزِ الثُّلُثِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ قَالَ سَحْنُونٌ قِيلَ بَتَلَهُمْ وَقِيلَ أَوْصَى بِهِمْ فَنَحْنُ نَسْتَعْمِلُ الْقُرْعَةَ فِيمَا جَاءَ فِيهِ الْخَبَرُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ، أَوْ الْوَصِيَّةِ فِي جُمْلَةٍ بِعِتْقِهِمْ يَضِيقُ ثُلُثُهُ عَنْهُمْ، وَكَذَلِكَ فِي الْمَجْهُولِينَ مِنْ جُمْلَةِ رَقِيقٍ إذَا كَانَ فِي مَرَضِهِ، أَوْ وَصِيَّتِهِ وَلَا يُسْهَمُ بَيْنَ الْمُدَبَّرِينَ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّنَا لَا نَعْدُو

(264/6)

. . . .

[المنتقى]

مَا جَاءَ فِيهِ الْخَبَرُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَنْ يُعْتِقَهُمْ لِتَقَعَ حُرِّيَّتُهُمْ بِمَوْتِهِ فَيُحْتَمَلُ

قَوْلُ سَحْنُونٍ فَقِيلَ بَتَلَهُمْ وَقِيلَ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ بَيْنَهُمْ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ بَلَغَتْهُ الرِّوَايَتَانِ مِنْ وَجْهٍ يَجُوزُ لَهُ التَّعَلُّقُ بِهَا فَحَمَلَهَا عَلَى قِصَّتَيْنِ أَوْ عَلَى قِصَّةٍ ثَبَتَ فِيهَا حُكْمَانِ لَا يَتَنَافَيَانِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِمَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِهِمْ فَلَا خِلَافَ يُعْلَمُ فِي الْمَذْهَبِ فِي أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِالسَّهْمِ وَأَمَّا إنْ بَتَلَهُمْ فِي الْمَرَضِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ.

وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ وَأَصْبَغُ وَالْحَارِثُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِغَيْرِ سَهْمٍ وَإِنَّمَا السَّهْمُ فِي الْوَصِيَّةِ وَإِنَّمَا وَجَبَ الِاخْتِلَافُ فِي هَذَا لِاخْتِلَافِ لَفْظِ الْحَدِيثِ فَفِي حَدِيثِ عَبْدِ الْوَهَّابِ أَنَّ مَا حَكَمَ فِيهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْقُرْعَةِ إنَّمَا كَانَ فِي وَصِيَّةِ الْأَنْصَارِيِّ بِعِتْقِ سِتَّةِ أَعْبُدٍ لَهُ وَرَوَى إسْمَاعِيلُ ابْنُ عُلَيَّةَ وَحَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ إيقَاعَ الْعِتْقِ بِالْقُرْبِ مِنْ وَقْتِ مَوْتِهِ وَظَاهِرُهُ حَالَ الْمَرَضِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَجْهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الْمَرَضِ خَارِجٌ مِنْ الثُّلُثِ فَأَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ عِتْقٌ لَا رُجُوعَ لَهُ فِيهِ كَالْعِتْقِ فِي الصِّحَّةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا: إنَّ الْقُرْعَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الْعِتْقِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ لَا يُسْهَمُ فِي الرَّقِيقِ فِي الْعِتْقِ إذَا كَانَ لِلْمَالِكِ شَيْءٌ مِنْ مَالٍ وَأَمَّا السَّهْمَانِ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ إلَّا ذَلِكَ الرَّقِيقُ فَقَطْ وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَإِنَّمَا أَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الرَّقِيقِ السِّتَّةِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ رَبُّهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا غَيْرَهُمْ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ وَسَمِعْت مُطَرِّفًا يَقُولُ مِثْلَ ذَلِكَ فَقُلْت لَهُ هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فَقَالَ هُوَ الَّذِي لَا يُعْرَفُ غَيْرُهُ وَهُوَ الَّذِي رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْقُرْعَةَ لَا تَكُونُ إلَّا لِمَنْ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ رَقِيقِي أَحْرَارٌ وَلَمْ يَدَعْ مَالًا غَيْرَهُمْ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ بَتَلَهُمْ فِي مَرَضِهِ، أَوْ بَتَلَ بَعْضَهُمْ أَوْ أَوْصَى بِعِتْقٍ فَلَمْ يَحْمِلْهُمْ الثُّلُثُ فَلْيُقْرِعْ بَيْنَهُمْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ، أَوْ لَمْ يَكُنْ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ سَحْنُونٍ وَرِوَايَةِ غَيْرِهِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُسْهَمُ بَيْنَهُمْ إذَا ضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ لَهُ مَالًا غَيْرَهُمْ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ تَعَلُّقُهُ بِلَفْظِ حَدِيثِ إسْمَاعِيلَ ابْنِ عُلَيَّةَ وَحَمَّادِ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ وَأَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ لَمْ يَدْخُلْ التَّبْعِيضُ فِي عِتْقِهِ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الْإِجْمَالَ فَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إلَى الْقُرْعَةِ لِيَتَمَيَّزَ مَنْ يَجُوزُ عِتْقُهُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ قَصَدَ التَّبْعِيضَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ بِالْعِتْقِ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ فَإِذَا أَعْتَقَ ثُلُثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَمْ يُخَالِفْ صُورَةَ مَا فَعَلَهُ بِعِتْقِهِ مِنْ التَّبْعِيضِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي التَّعَلُّقُ بِلَفْظِ حَدِيثِ مَالِكٍ، وَلَيْسَ

فِيهِ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ فَجَعَلَ عِلَّةَ الْقُرْعَةِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَظَاهِرُهُ حَالَ الْمَرَضِ أَوْ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ الثُّلُثُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ -.

(فَرْعٌ) وَلَوْ قَالَ: ثُلُثُ رَقِيقِي أَحْرَارٌ ثَبَتَ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْقُرْعَةِ وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ رَقِيقِي حُرٌّ لَمْ يُقْرَعْ بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَيَّزَ نَصِيبَ الْعِتْقِ مِنْ نَصِيبِ الرِّقِّ وَبَيَّنَ أَنَّهُ قَصَدَ التَّبْعِيضَ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَلَوْ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ أَعْتِقُوا عَبْدِي فِي ثُلُثِي، أَوْ مَا حَمَلَ ثُلُثِي مِنْهُمَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ لَا قُرْعَةَ فِيهِمَا وَيُعْتَقُ مِنْهُمَا بِالْحِصَصِ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ.

وَقَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَلِكَ سَوَاءٌ وَفِيهِ الْقُرْعَةُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّ إضَافَةَ ذَلِكَ إلَى الثُّلُثِ مُخَالَفَةٌ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ؛ لِأَنَّهُ إذَا أُطْلِقَ اللَّفْظُ لَمْ يُقْصَدْ التَّبْعِيضُ وَإِذَا أَضَافَ ذَلِكَ إلَى الثُّلُثِ قُصِدَ التَّبْعِيضُ فَلَمْ يَحْتَجْ إلَى الْقُرْعَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْعِتْقَ تَنَاوَلَ جُمْلَتَهُمْ دُونَ تَبْعِيضِ الْعِتْقِ فِيهِمْ وَلَا يَتَمَيَّزُ مَا يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فَلَزِمَتْ الْقُرْعَةُ لِتَمْيِيزِ ذَلِكَ.

1 -

(فَرْعٌ) وَقَالَ سَحْنُونٌ يَفْتَرِقُ عِنْدَنَا عَلَى حُكْمِ التَّسْمِيَةِ مِنْ غَيْرِهَا فَإِذَا قَالَ مَيْمُونٌ وَمَرْزُوقٌ حُرَّانِ تَحَاصَّا فِي ضِيقِ الثُّلُثِ وَإِنْ قَالَ عَبْدَايَ حُرَّانِ أَوْ غِلْمَانِي أَحْرَارٌ أُقْرِعَ

(265/6)

الْقَضَاءُ فِي مَالِ الْعَبْدِ إذَا عَتَقَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا كُوتِبَ تَبِعَهُ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ الْمُكَاتِبُ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ هُوَ عَقْدُ الْوَلَاءِ إذَا تَمَّ ذَلِكَ وَلَيْسَ مَالُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ مَا كَانَ لَهُمَا مِنْ وَلَدٍ إنَّمَا أَوْلَادُهُمَا بِمَنْزِلَةِ رِقَابِهِمَا لَيْسُوا بِمَنْزِلَةِ أَوْلَادِهِمَا؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ وَأَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا كُوتِبَ تَبِعَهُ مَالُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتَبَ إذَا أَفْلَسَا أُخِذَتْ أَمْوَالُهُمَا وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِمَا وَلَمْ تُؤْخَذْ أَوْلَادُهُمَا؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا

[المنتقى]

بَيْنَهُمْ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ سَوَاءٌ سَمَّاهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ، أَوْ قَالَ رَقِيقِي كُلُّهُمْ أَحْرَارٌ، أَوْ ثُلُثُهُمْ فَإِنَّهُ يُسْهِمُ بَيْنَهُمْ كَمَا جَاءَ الْخَبَرُ قَالَ، وَكَذَلِكَ قَالَ لِي أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَجْهُ قَوْلِ

سَحْنُونٍ أَنَّ التَّسْمِيَةَ تَقْتَضِي أَنْ لَا يُعَدَّى أَحَدٌ مِمَّنْ سَمَّى مِنْ الْعِتْقِ لِاخْتِلَافِ أَسْمَائِهِمْ الَّتِي نَصَّ عَلَيْهَا فَلَا يَخْلُو اسْمٌ مِنْ تِلْكَ الْأَسْمَاءِ مِنْ تَنَاوُلِ الْعِتْقِ لِاخْتِلَافِ أَسْمَائِهِمْ الَّتِي نَصَّ عَلَيْهَا وَإِذَا لَمْ يُسَمِّهِمْ وَعَلَّقَ الْعِتْقَ عَلَى الْعَبِيدِ فَإِنَّ عِتْقَ بَعْضِهِمْ لَا يَخِلُّ بِعِتْقِ مَنْ عَلَّقَهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبِيدِهِ وَإِذَا أَعْتَقَ بَعْضَهُمْ بِالسَّهْمِ فَقَدْ تَنَاوَلَ الْعِتْقُ مَنْ يَقَعُ عَلَيْهِ هَذَا الِاسْمُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لَفْظَ الْعَبِيدِ إذَا أُضِيفَ إلَيْهِ تَنَاوَلَ كُلَّ عَبْدٍ لَهُ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُسَمِّيَهُمْ فَإِذَا كَانَ السَّهْمُ يَجْرِي فِي عِتْقِهِ عَبِيدِهِ فَكَذَلِكَ إذَا سَمَّاهُمْ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ قَالَ أَعْتِقُوا ثَلَاثَةً مِنْ رَقِيقِي أَوْ عَشَرَةً وَهُمْ خَمْسُونَ أَوْ عِشْرُونَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يَجْعَلُ ذَلِكَ الْعَدَدَ جُزْءًا مِنْ الْجُمْلَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَدَدَ مِنْ الْجُمْلَةِ إذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ فَهُوَ كَالْجُزْءِ مِنْهَا فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَهَا.

(فَرْعٌ) وَإِذَا سَمَّى عَدَدًا فَهَلَكَ بَعْضُهُمْ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يَكُونُ ذَلِكَ الْعَدَدُ جُزْءًا مِنْ الْبَاقِي وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ سَوَاءٌ سَمَّى جُزْءًا، أَوْ عَدَدًا فَإِنَّهُ يَعْتِقُ مِمَّنْ بَقِيَ مِثْلُ مَا كَانَ يَعْتِقُ مِنْ الْجَمِيعِ لَوْ بَقَوْا مِثْلَ أَنْ يُوصِيَ بِخَمْسَةٍ وَجَمِيعُهُمْ ثَلَاثُونَ فَيَمُوتُونَ إلَّا خَمْسَةً فَإِنَّهُ يَعْتِقُ سُدُسُهُمْ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ إنْ أَمَرَ أَنْ يُعْتَقَ خَمْسَةٌ مِنْ رَقِيقِهِ وَهُمْ ثَلَاثُونَ فَمَاتُوا إلَّا عَشَرَةً أَعْتَقَ نِصْفَهُمْ: أَنَّ الْخَمْسَةَ نِصْفُ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ حَتَّى لَا يَبْقَى إلَّا خَمْسَةٌ، أَوْ أَقَلُّ فَيَعْتِقُ جَمِيعُهُمْ وَأَمَّا الِاعْتِبَارُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ فَبِقَدْرِ التَّسْمِيَةِ مِنْ الْجُمْلَةِ حِينَ الْحُكْمِ وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ الِاعْتِبَارُ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْرِهَا مِنْ الْعَدَدِ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ لَا يُسْهِمُ فِي عِتْقِ الصِّحَّةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُعْتِقَ جَمِيعَ رَقِيقِهِ فِي صِحَّتِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْفُذُ وَلَا يُرَدُّ عِتْقُ أَحَدٍ مِنْهُمْ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِهِ فَلَمْ يُعَيِّنْهُ حَتَّى مَاتَ وَهُمْ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ يَعْتِقُ رُبْعُهُمْ بِالسَّهْمِ وَقِيلَ يَكُونُ الْخِيَارُ لِوَرَثَتِهِ فِي عِتْقِ أَحَدِهِمْ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَرَدْت الْقُرْعَةَ بَيْنَ الرَّقِيقِ فَإِنْ انْقَسَمُوا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ مُعْتَدِلَةٍ قَسَمْتَهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَيَأْخُذُ ثَلَاثَ بِطَاقَ فَيَكْتُبُ فِي كُلِّ بِطَاقَةٍ أَسْمَاءَ مَنْ فِي الْجُزْءِ مِنْ الْعَبِيدِ وَتُلَفُّ كُلُّ بِطَاقَةٍ فِي طِينٍ بِحَضْرَةِ الْعُدُولِ وَتُعْطَى لِمَنْ يُدْخِلُهَا فِي كُمِّهِ مِنْ صَغِيرٍ، أَوْ كَبِيرٍ، ثُمَّ يُخْرِجُ وَاحِدَةً فَتُفَضُّ فَيُعْتَقُ مَنْ فِيهَا رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ

عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَإِنْ لَمْ يَعْتَدِلْ الرَّقِيقُ فِي الْقِسْمَةِ عَلَى أَجْزَاءِ الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يَكْتُبُ اسْمَ كُلِّ عَبْدٍ فِي بِطَاقَةٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ بَعْدَ أَنْ تُعْرَفَ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَتُكْتَبَ قِيمَتُهُ مَعَ اسْمِهِ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ عَتَقَ إنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ وَإِلَّا فَمَا حَمَلَ مِنْهُ وَرَقَّ بَاقِيهِ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ الثُّلُثِ أُعِيدَ السَّهْمُ حَتَّى يُسْتَوْفَى الثُّلُثُ وَرَوَى مِثْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي الْمَدِينَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(266/6)

بِأَمْوَالٍ لَهُمَا قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا بِيعَ وَاشْتَرَطَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مَالَهُ لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُهُ فِي مَالِهِ قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا جُرِحَ أُخِذَ هُوَ وَمَالُهُ وَلَمْ يُؤْخَذْ وَلَدُهُ) .

[المنتقى]

[الْقَضَاءُ فِي مَالِ الْعَبْدِ إذَا عَتَقَ]

(ش) : قَوْلُهُ مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَلَا يَكُونُ لِسَيِّدِهِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ إذَا أَعْتَقَهُ وَلَمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعِتْقِ لَمْ يَتَنَاوَلْ مَالَهُ وَإِنَّمَا قَوِيَ مِلْكُهُ لَهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَنَاوَلُ أَيْضًا إلَّا الْعَبْدَ دُونَ مَالِهِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ إلَى مَالِكٍ لَهُ مِنْ انْتِزَاعِ مَالِهِ مَا لِلْأَوَّلِ فَكَانَ الْأَوَّلُ أَحَقَّ بِهِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ دُونَ مَالِهِ بِمَنْزِلَةِ انْتِزَاعِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ عِتْقِهِ الْمُبَاشِرِ الْبَتَلُ وَالْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْعِتْقِ عِتْقٌ فَيَلْزَمُ أَنْ يَتْبَعَ الْمَالُ الْمُعْتَقَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَيْسَ لِلْوَرَثَةِ انْتِزَاعُ مَالِ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ قَبْلَ إنْفَاذِ عِتْقِهِ إنْ كَانَ الْعِتْقُ مُعَجَّلًا وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا بَعْدَ الْمَوْتِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لِلْوَرَثَةِ انْتِزَاعُهُ مَا لَمْ يَقْرُبْ الْأَجَلُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَيْسَ لِلْوَرَثَةِ ذَلِكَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ أَنَّ حُكْمَ الْوَرَثَةِ حُكْمُ الْمَوْرُوثِ فَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ إلَى أَجَلٍ كَانَ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهِ مَا لَمْ يَقْرُبْ الْأَجَلُ فَكَذَلِكَ وَرَثَةُ الْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُوصَى بِهِ إلَى أَجَلٍ لِرَجُلٍ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَالَ الْعَبْدِ لِلْمُوصَى لَهُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ بِخِلَافِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يَتْبَعُهُ مَالُهُ فِي وَصِيَّةٍ وَلَا هِبَةٍ وَلَا

صَدَقَةٍ وَلَا بَيْعٍ وَلَا رَهْنٍ إلَّا فِي عِتْقِ جَمِيعِهِ، أَوْ بَعْضِهِ أَوْ الْكِتَابَةِ، أَوْ الْجِنَايَةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْوَصِيَّةِ وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْوَصِيَّةِ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِالْعَبْدِ كَالْوَصِيَّةِ بِعِتْقِهِ وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ وَهِيَ رِوَايَةُ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ أَخْرَجَ الْعَبْدُ إلَى مَالِكٍ فَلَمْ يَتْبَعْهُ مَالُهُ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْهِبَةَ إنَّمَا يَنْتَزِعُ الْمَالَ الْوَاهِبُ وَيَقُولُ لَمْ أُرِدْ إتْبَاعَ الْعَبْدِ مَالَهُ وَأَمَّا فِي الْوَصِيَّةِ فَإِنَّمَا يُرِيدُ انْتِزَاعَ مَالِ الْعَبْدِ الْوَرَثَةُ لَا الْمُوصِي.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْهِبَةُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ وَهَبَ عَبْدًا لِلثَّوَابِ أَوْ لِغَيْرِ الثَّوَابِ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ فَإِنَّ مَالَهُ لَا يَتْبَعُهُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْعِتْقِ أَنَّهُ يَتْبَعُ الْعَبْدَ مَالُهُ وَفِي الْبَيْعِ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِهِ وَهِبَتِهِ لِغَيْرِ عِوَضٍ وَالتَّصَدُّقِ بِهِ وَإِسْلَامُهُ فِي الْجِنَايَةِ فَعَنْهُ فِيهِ رِوَايَتَانِ: إحْدَاهُمَا أَنَّ مَالَهُ يَتْبَعُهُ وَالثَّانِيَةُ لَا يَتْبَعُهُ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ لِاخْتِلَافِ تَعْلِيلِ الْأَصْلَيْنِ: الْبَيْعُ وَالْعِتْقُ فَمَنْ قَالَ إنَّ فِي الْبَيْعِ إخْرَاجًا عَنْ مَالِكٍ بِعِوَضٍ فَلِذَلِكَ لَمْ يَتْبَعْهُ مَالُهُ وَفِي الْعِتْقِ أَخْرَجَهُ إلَى غَيْرِ مَالِكٍ فَلِذَلِكَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَمَنْ قَالَ إنَّهُ يَتْبَعُهُ مَالُهُ فِي الْوَصِيَّةِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَالْعِتْقِ.

وَقَالَ فِي الْجِنَايَةِ لَا يَتْبَعُهُ مَالُهُ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِعِوَضٍ وَمَنْ عَلَّلَ فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ إلَى مَالِكٍ فَلِذَلِكَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَفِي الْعِتْقِ أَخْرَجَهُ إلَى غَيْرِ مَالِكٍ فَلِذَلِكَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ وَالْجِنَايَةِ وَالْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ مِنْ مِلْكِهِ إلَى مَالِكٍ كَالْبَيْعِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمِمَّا يُبَيِّنُ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ هُوَ عَقْدُ الْوَلَاءِ يُرِيدُ أَنَّهُ عَقْدٌ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْوَلَاءِ كَالْعِتْقِ وَهُوَ بِمَعْنَى قَوْلِنَا إنَّهُ خَرَجَ الْعَبْدُ عَنْ مِلْكِهِ إلَى غَيْرِ مَالِكٍ فَهَذَا حُكْمُ الْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَإِنْ افْتَرَقَا فِي أَنَّ الْكِتَابَةَ عِتْقٌ بِعِوَضٍ، وَكَذَلِكَ الْقِطَاعَةُ وَالْعِتْقُ الْمُطْلَقُ عِتْقٌ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّعْلِيلَ الصَّحِيحَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ خَارِجٌ إلَى غَيْرِ مَالِكٍ وَلَوْ عَلَّلَ بِأَنَّهُ خَارِجٌ بِغَيْرِ عِوَضٍ لَبَطَلَ بِالْكِتَابَةِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ – وَأَمَّا الْكِتَابَةُ فَحَقٌّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ الْعَبْدِ بِنَقْلِهِ إلَى مَالِكٍ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ فَتَبِعَهُ مَالُهُ كَالْوِرَاثَةِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَلَيْسَ مَالُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ مَا كَانَ لَهُمَا مِنْ وَلَدٍ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ بِمَنْزِلَةِ الرَّقَبَةِ لَا بِمَنْزِلَةِ

(267/6)

عِتْقُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَجَامِعُ الْقَضَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا وَلَا يُوَرِّثُهَا وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ) .

[المنتقى]

الْمَالِ يُرِيدُ أَنَّ رَقَبَتَهُ مِلْكٌ لِغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ رَقَبَةُ وَلَدِهِ وَمَالُهُ مِلْكٌ لَهُ وَلِذَلِكَ إذَا أُعْتِقَ بَقِيَ مَالُهُ عَلَى مِلْكِهِ وَبَقِيَ مَالُهُ عَلَى مِلْكِ سَيِّدِهِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَهَذَا فِي الْعِتْقِ الْبَتْلِ، وَكَذَلِكَ الْمُعْتَقَةُ إلَى أَجَلٍ فِيمَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ الْعِتْقِ فَأَمَّا مَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ ثَبَتَ فِي الْأُمِّ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ فِي كُلِّ مَنْ تَلِدُهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ كَالرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ فَبِمَنْزِلَةِ مَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَلِكَ الْمُدَبَّرَةُ مِنْ أَمَتِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَلَدَتْهُ بَعْدَ عَقْدٍ لَازِمٍ بِحُرِّيَّتِهَا فَكَانَ حُكْمُ الْوَلَدِ حُكْمَهَا كَالْمُعْتَقِ إلَى أَجَلٍ وَأُمِّ الْوَلَدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُوصَى بِعِتْقِهَا، أَوْ لِفُلَانٍ فَمَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَرَقِيقٌ لِوَرَثَتِهِ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْوَصِيَّةُ وَمَا تَلِدُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ رَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ أَنَّ عَقْدَ عِتْقِهَا قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ غَيْرُ لَازِمٍ وَهُوَ بَعْدَ الْمَوْتِ لَازِمٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ حَلَفَ بِحُرِّيَّةِ أَمَتِهِ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا فَوَلَدَتْ بَعْدَ الْيَمِينِ وَقَبْلَ الْحِنْثِ فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا قَالَهُ مَالِكٌ وَأَمَّا مَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ الْيَمِينِ فَلَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْيَمِينُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ قَدْ تَعَلَّقَ بِهَا تَعَلُّقًا لَازِمًا لَا يَخْرُجُ عَنْهُ إلَّا بِعَمَلٍ وَتَكَلُّفٍ فَكَانَ وَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ -.

(فَصْلٌ) :

قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ أَنَّ الْوَلَدَ مُخَالِفٌ لِمَالِ الْعَبْدِ أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتَبَ إذَا أَفْلَسَا أُخِذَتْ أَمْوَالُهُمَا وَأُمَّهَاتُ

أَوْلَادِهِمَا وَلَمْ يُؤْخَذْ أَوْلَادُهُمَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِذِمَّتِهِ بِوَلَدِهِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِهِ وَلَوْ كَانَ مِنْ مَالِهِ لَقَضَى مِنْهُ دَيْنَهُ قَالَ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَ الْمُبْتَاعُ مَالَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدُهُ يُرِيدُ أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْمَالِ وَلَا حُكْمُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ إذَا جُرِحَ أُخِذَ هُوَ وَمَالُهُ وَلَمْ يُؤْخَذْ وَلَدُهُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ الْمَالَ يَتْبَعُ الْعَبْدَ فِي الْجِنَايَةِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[عِتْقُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَجَامِعُ الْقَضَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا وَلَا يُوَرِّثُهَا، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا فِي جِنَايَةٍ وَلَا سَبِيلَ لِغُرَمَائِهِ عَلَيْهَا فِي فَلَسٍ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إخْرَاجُهَا عَنْ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّ مَا ذُكِرَ مِنْ ذَلِكَ هُوَ مُعْظَمُ الْوُجُوهِ الَّتِي يَخْرُجُ بِهَا الرَّقِيقُ عَنْ مِلْكِ السَّيِّدِ فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ إخْرَاجُهَا عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ وَلَا غَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إلَّا إبْقَاؤُهَا عَلَى مِلْكِهِ، أَوْ تَعْجِيلِ عِتْقِهَا وَعَلَى هَذَا فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ بِمَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الذِّمِّيِّ عُرِضَ عَلَيْهِ أَنْ يُسْلِمَ فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ عَلَى مَا كَانَتْ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ تُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْحُكْمِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ قَالَ تُعْتَقُ، ثُمَّ قَالَ تُوقَفُ إلَّا أَنْ يَمُوتَ، أَوْ يُسْلِمَ، ثُمَّ رَجَعَ إلَى الْعِتْقِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا وُقِفَتْ حَتَّى يَمُوتَ، أَوْ يُسْلِمَ فَتَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ تُوقَفُ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً فَإِنْ أَسْلَمَ فِيهَا وَإِلَّا عَتَقَتْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِتَعْجِيلِ عِتْقِهَا أَنَّهُ إنَّمَا لَهُ فِيهَا الِاسْتِمْتَاعُ فَإِذَا حَرُمَ عَجَّلَ عِتْقَهَا إلَى أَنْ يَرَى أَنَّ الْمُعْتَقَ إلَى أَجَلٍ إذَا وَهَبَهُ سَيِّدُهُ خِدْمَتَهُ عَجَّلَ عِتْقَهُ لَمَّا لَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ تَصَرُّفٌ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ لَمْ يَحْرُمْ عَلَيْهِ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا عَلَى التَّأْبِيدِ وَإِنَّمَا حَرُمَ لِسَبَبٍ يُمْكِنُ زَوَالُهُ كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ -.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ قَدْ عَتَقَتْ أُمُّ وَلَدِهِ

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَتَتْهُ وَلِيدَةٌ قَدْ ضَرَبَهَا سَيِّدُهَا بِنَارٍ أَوْ أَصَابَهَا بِهَا فَأَعْتَقَهَا)

[المنتقى]

بِالرِّدَّةِ فَلَا تَرْجِعُ إلَيْهِ كَفِرَاقِهِ زَوْجَتَهُ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تَحْرُمُ عَلَيْهِ بِالرِّدَّةِ فَإِنْ تَابَ رَجَعَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَإِنْ قُتِلَ عَتَقَتْ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْهُ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ قِيَاسِهِ الطَّلَاقَ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا مِلْكٌ لَهُ فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهَا بِرِدَّتِهِ وَإِنَّمَا يَبْقَى مُرَاعَاةً لِسَائِرِ رَقِيقِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَيَسْتَمْتِعُ بِهَا يُرِيدُ أَنَّ لَهُ جِمَاعَهَا وَمَا يَتْبَعُهُ مِنْ أَنْوَاعِ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا؛ لِأَنَّ اسْمَ الِاسْتِمْتَاعِ يَشْتَمِلُ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ وَجَعَلَ لَهُ الِاسْتِمْتَاعَ مِنْهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ لَهُ اسْتِخْدَامَهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ لَهُ اسْتِخْدَامُهَا فِيمَا يَقْرُبُ وَلَا يَشُقُّ وَقَالَ فِي الْإِشْرَافِ لَيْسَ لَهُ إجَارَتُهَا خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الْعِوَضِ كَانَ يَمْلِكُهُ عَلَيْهَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ بَعْدَهُ كَبَيْعِ رَقَبَتِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ يُرِيدُ أَنَّهَا تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لَا يَرُدُّهَا دَيْنٌ وَلَا غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بَقِيَ لَهُ فِيهَا إلَّا مَعْنًى يَخْتَصُّ بِهِ وَهُوَ الِاسْتِمْتَاعُ وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ فِيهَا عَلَى غَيْرِهِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَإِذَا مَاتَ لَمْ يَبْقَ لِغَيْرِهِ فِيهَا تَصَرُّفٌ فَوَجَبَ أَنْ تُعْتَقَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا اشْتَرَى السَّفِيهُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ أَمَةً فَأَوْلَدَهَا رُدَّ عَلَيْهِ مَا أَعْطَى مِنْ ثَمَنِهَا وَهَلْ تَكُونُ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ أَمْ لَا.

(ش) : الْإِصَابَةُ بِالنَّارِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْعَمْدُ وَالثَّانِي الْخَطَأُ فَأَمَّا الْعَمْدُ فَمُؤَثِّرٌ فِي إنْجَازِ الْعِتْقِ وَأَمَّا الْخَطَأُ فَلَيْسَ بِمُؤَثِّرٍ فِيهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ ضَرَبَ عَبْدَهُ بِسَوْطٍ فِي أَمْرٍ عَتَبَ عَلَيْهِ فِيهِ فَفَقَأَ عَيْنَهُ قَالَ لَا يُعْتَقُ

عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّمَا كَانَ يَعْتِقُ مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْعَمْدِ لَا عَلَى وَجْهِ الْخَطَأِ يُرِيدُ أَنْ يَقْصِدَ فَقْءَ عَيْنِهِ وَأَمَّا إنْ قَصَدَ ضَرْبَهُ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ عَيْنَهُ فَفَقَأَهَا فَلَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَمَنْ ضَرَبَ رَأْسَ عَبْدِهِ فَنَزَلَ الْمَاءُ فِي عَيْنَيْهِ فَلَيْسَ بِمُثْلَةٍ يُعْتَقُ بِهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا قَصَدَ الضَّرْبَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَمَّا الْعَمْدُ وَهُوَ الْقَصْدُ إلَى إتْلَافِ عُضْوٍ، أَوْ إحْدَاثِ مَا يَتَوَلَّدُ عَنْهُ الشَّيْنُ فَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ يَبْلُغُ بِالْعَمْدِ شَيْئًا فَاحِشًا فَهَذَا يُعْتَقُ بِهِ الْعَبْدُ عَلَى فَاعِلِهِ الْمَالِكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ لَمْ يُعْتَقْ بِهِ فَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِاجْتِمَاعِ: أَمْرَيْنِ الْعَمْدُ وَبُلُوغُ الشَّيْنِ الْفَاحِشِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَبْدُهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَتَعَلَّقَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ» وَلَمْ أَرَهُ مِنْ وَجْهٍ صَحِيحٍ - وَاَللَّهُ أَعْلَم - وَرَوَى سَلَّامَةُ بْنُ رَوْحِ بْنِ زِنْبَاعٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ «قَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَدْ خَصَى غُلَامًا لَهُ فَأَعْتَقَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالْمُثْلَةِ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ يُعْتَقُ عَلَيْهِ زَجْرًا عَنْ مُعَاوَدَةِ مِثْلِهِ كَالْقَاتِلِ عَمْدًا يُمْنَعُ الْمِيرَاثَ.

1 -

(فَرْعٌ) وَمَنْ أَبَقَ عَبْدُهُ فَوَسَمَ فِي وَجْهِهِ، أَوْ جَبْهَتِهِ كَتَبَ فِيهِ أَبَقَ يُرِيدُ بِنَارٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَصْبَغُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ قَالَ أَصْبَغُ فَأَمَّا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي ذِرَاعَيْهِ، أَوْ بَاطِنِ جَسَدِهِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ لِمَا فِي الْوَجْهِ مِنْ التَّشْوِيهِ الْبَيِّنِ وَأَمَّا فِي الذِّرَاعِ، أَوْ بَاطِنِ الْجَسَدِ فَهُوَ حَرْقٌ قَلِيلٌ، وَلَيْسَ فِيهِ شَيْنٌ فَاحِشٌ فَافْتَرَقَا لِذَلِكَ وَأَمَّا لَوْ وَسَمَهُ فِي وَجْهِهِ بِمِدَادٍ، أَوْ إبْرَةٍ عَلَى مَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ فَقَدْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يُعْتَقُ عَلَيْهِ قَالَ أَشْهَبُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ مَا فِيهِ مِنْ الْمُثْلَةِ وَالتَّشْوِيهِ وَتَغْيِيرِ الْخِلْقَةِ الظَّاهِرَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ إنَّمَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ عَلَى وَجْهِ الْجَمَالِ مَعَ مَا فِيهِ مِنْ قِلَّةِ الْأَلَمِ وَقِلَّةِ الشَّيْنِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ مَنْ وَسَمَ وَجْهَ عَبْدِهِ عَمْدًا عَتَقَ عَلَيْهِ وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ نَارٍ وَغَيْرِهَا.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَطَعَ

. . . .

[المنتقى]

مِنْ عَبْدِهِ عُضْوًا الْيَدَ، أَوْ الرِّجْلَ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ مَنْ عَمَدَ لِقَطْعِ أُنْمُلَةٍ، أَوْ طَرَفِ أُذُنٍ، أَوْ أَرْنَبَةٍ، أَوْ قَطْعِ بَعْضِ الْجَسَدِ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَيُعَاقَبُ قَالَ أَشْهَبُ وَيُسْجَنُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغَ مَنْ قَطَعَ طَرَفَ أُنْمُلَةِ عَبْدِهِ أَوْ قَطَعَ ظُفْرَهُ، أَوْ شَرَفَ أُذُنِهِ أُعْتِقَ عَلَيْهِ وَوَجْهُ هَذَا كُلِّهِ أَنَّهُ أَتَى عَلَى وَجْهِ الْعَمْدِ مَا فِيهِ نَقْصٌ مِنْ الْخِلْقَةِ وَشَيْنٌ فَيُعْتَقُ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا فِيمَا يَبِينُ مِنْ الْأَعْضَاءِ كَالْيَدِ وَالرِّجْلِ وَالْأُصْبُعِ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٌ عَنْ أَبِيهِ وَأَمَّا مَا يَعُودُ مِنْ الْجِرَاحِ فَلَيْسَ بِمُثْلَةٍ وَهَذَا الْقَوْلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - فِيمَا عَادَ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ وَأَمَّا مَا عَادَ عَلَى شَيْنٍ فَاحِشٍ فَقَدْ تَقَدَّمَ فِيهِ الْقَوْلُ فِي حَرْقِ النَّارِ وَأَمَّا قَطْعِ الْعُضْوِ فَهُوَ شَيْنٌ فِي نَفْسِهِ فَلَا يَحْتَاجُ مِنْ الشَّيْنِ إلَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَلْعُ الْأَسْنَانِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ مُثْلَةٌ تُوجِبُ الْعِتْقَ، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي جُلِّ الْأَسْنَانِ وَأَمَّا الضِّرْسُ الْوَاحِدَةُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ قَلَعَ ضِرْسَهُ، أَوْ سِنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ لَا أَرَى ذَلِكَ إلَّا فِي جُلِّ الْأَسْنَانِ أَوْ الْأَضْرَاسِ وَأَمَّا السِّنُّ الْوَاحِدَةُ، أَوْ الضِّرْسُ الْوَاحِدَةُ فَلَا وَجْهُ قَوْلِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ أَنَّ السِّنَّ الْوَاحِدَةَ بَعْضُ عُضْوٍ كَالْأُنْمُلَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ السِّنَّ الْوَاحِدَةَ لَيْسَ فِيهَا شَيْنٌ ظَاهِرٌ وَلَا نَقْصُ عُضْوٍ وَإِنَّمَا هُوَ عَظْمٌ عَارٍ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ سَحَلَ أَسْنَانَ عَبْدِهِ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ نَقْصِ الْأَعْضَاءِ؛ لِأَنَّ سَحْلَ الْأَسْنَانِ هُوَ أَنْ يَبْرُدَهَا حَتَّى يُذْهِبَهَا وَأَمَّا إنْ سَحَلَ لَهُ سِنًّا وَاحِدَةً فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَقَالَ أَصْبَغُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي السِّنِّ الْوَاحِدَةِ، وَشَأْنُهَا خَفِيفٌ وَعَلَى قَوْلِ عِيسَى هَذَا مَنْ قَلَعَ لَهُ سِنًّا وَاحِدَةً يُعْتَقُ عَلَيْهِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا حَلْقُ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ فِي حَلْقِ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ

لَيْسَ ذَلِكَ بِمُثْلَةٍ فِي عَبْدٍ وَلَا أَمَةٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يُؤَدَّبُ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِعَبْدِهِ، أَوْ حَلَقَ رَأْسَ جَارِيَتِهِ عَلَى وَجْهِ الْغَضَبِ قَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ التَّاجِرُ النَّبِيلُ الْوَجِيهُ اللَّاحِقُ بِالْأَحْرَارِ فِي هَيْئَةٍ يَحْلِقُ سَيِّدُهُ لِحْيَتَهُ وَالْأَمَةُ الْفَارِهَةُ الرَّفِيعَةُ يَحْلِقُ سَيِّدُهَا رَأْسَهَا فَإِنَّهَا مُثْلَةٌ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا شَعْرٌ، وَلَيْسَ فِي إزَالَتِهِ أَلَمٌ وَإِنَّمَا هُوَ جَمَالٌ فَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ الْوَغْدُ وَالْأَمَةُ الَّتِي لَا خَطَرَ لَهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُثْلَةٍ فِي حَقِّهَا لِضَعَتِهَا، وَأَمَّا الْعَبْدُ النَّبِيلُ الَّذِي قَدْ عَظُمَ قَدْرُهُ، أَوْ الْجَارِيَةُ الَّتِي لَهَا قَدْرٌ رَفِيعٌ لَا تَصْلُحُ لِلِامْتِهَانِ فَإِنَّ ذَلِكَ مُثْلَةٌ فِي حَقِّهَا فَمَنْ بَلَغَهُ مِنْهُمَا عَتَقَا عَلَيْهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ عَضَّ جَسَدَ جَارِيَتِهِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي امْرَأَةٍ عَضَّتْ لَحْمَ جَارِيَتِهَا وَأَثَّرَتْ بِذَلِكَ أَثَرًا شَدِيدًا تُبَاعُ عَلَيْهَا قَالَ أَشْهَبُ وَلَوْ عَضَّهَا لَمْ تُعْتَقْ مَا لَمْ يَقْطَعْ بِذَلِكَ شَيْئًا مِنْ جَسَدِهَا، أَوْ يَبِينُ مِنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ فِيهِ شَيْنٌ وَلَا قَطْعُ عُضْوٍ فَلَا يُعْتَقُ بِذَلِكَ وَلَمَّا كَانَ فِيهِ مِنْ الْأَلَمِ الشَّدِيدِ وَالتَّعْذِيبِ بِيعَتْ عَلَيْهِ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْهَا قَالَ أَشْهَبُ، وَذَلِكَ لِمَنْ تَتَابَعَ مِنْهُ فَإِنَّ مَنْ كَانَتْ هَذِهِ مِنْهُ فَلْتَةٌ فَإِنَّهَا لَا تُبَاعُ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْجَلْدُ السَّرَفُ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ لَيْسَ فِيهِ مُثْلَةٌ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ ضَرَبَ عَبْدَهُ فَأَنْهَكَهُ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَبْلُغَ مِنْهُ مَا يَكُونُ مُثْلَةً شَدِيدَةً مِثْلُ ذَهَابِ لَحْمِهِ وَرُبَّمَا تَأَكَّلَ لَحْمُهُ لِذَلِكَ وَبَقِيَ جِلْدُهُ عَلَى عَظْمٍ فَيُعْتَقُ عَلَيْهِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ وَمِثْلُ أَنْ يُحَدَّ وَيُؤَدَّبَ مِنْ ضَرْبِهِ وَتَبْلُغُ الزَّمَانَةُ الظَّاهِرَةُ وَالْبَاطِنَةُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَيُعَاقَبُ عَتَقَ عَلَيْهِ، أَوْ لَمْ يُعْتَقْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ مِائَةَ سَوْطٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ قَدْ أَسَاءَ وَيُتْرَكُ وَإِيَّاهُ فَإِنْ ضَرَبَهُ بَرَّ وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً حَامِلًا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يَمْنَعُهُ السُّلْطَانُ مِنْ ضَرْبِهَا وَهِيَ حَامِلٌ فَإِنْ ضَرَبَهَا بَرَّ فِي يَمِينِهِ وَأَثِمَ عِنْدَ رَبِّهِ وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ مِائَةٍ مِمَّا فِيهِ عَطَبٌ عَجَّلَ عِتْقَهُ.

وَقَالَ أَصْبَغُ أَرَى الْمِائَةَ مِمَّا فِيهِ الْعَطَبُ فَلْيُعَجِّلْ

. . . .

[المنتقى]

عِتْقَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا حَدٌّ وَلَوْ كَانَ يَخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكَ لَمَا حَدَّ بِهِ مَنْ يُرَادُ اسْتِبْقَاءَ حَيَاتِهِ فَلِذَلِكَ مُكِّنَ مِنْ ضَرْبِهِ وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ الضَّرْبِ الَّذِي يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ أَصْبَغُ أَنَّهُ قَدْرٌ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ الْعَطَبُ فَلَا يُمَكَّنُ مِنْ ضَرْبِهِ وَلْيُعَجَّلْ عِتْقَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَمَنْ أُعْتِقَ عَلَى سَيِّدِهِ بِالْمُثْلَةِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُعْتَقُ إلَّا بِالْحُكْمِ وَقَالَ أَشْهَبُ بِالْمُثْلَةِ يَصِيرُ حُرًّا وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ بِهِ فَهُوَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ أَمَّا الْمُثْلَةُ الْمَشْهُورَةُ لَا شَكَّ فِيهَا فَهُوَ حُرٌّ بِنَفْسِ الْمُثْلَةِ وَأَمَّا مَا يَشُكُّ فِيهِ فَلَا يُعْتَقُ إلَّا بِحُكْمٍ كَالْإِيلَاءِ الْبَيِّنِ فَأَجَلُهُ مِنْ وَقْتِ الْيَمِينِ وَأَمَّا مَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ فَمِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ فِعْلٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعِتْقَ إلَى حُكْمٍ كَتَبْعِيضِ الْعِتْقِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ مَعْنًى يُوجِبُ عِتْقَ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ فَوَجَبَ أَنْ يَقَعَ الْعِتْقُ بِوُجُودِهِ أَصْلُ ذَلِكَ شِرَاءُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْوَلِيدَةُ الَّتِي أَعْتَقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ تَعَمَّدَ سَيِّدُهَا ضَرْبَهَا بِنَارٍ أَثَّرَتْ فِي جَسَدِهَا شَيْئًا فَاحِشًا فَحَكَمَ بِحُرِّيَّتِهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أُخْبِرَ بِوُقُوعِ الْعِتْقِ عَلَيْهَا حِينَ الضَّرْبِ وَحَكَمَ بِإِخْرَاجِهَا عَنْ يَدِهِ وَتَمْلِيكِهَا أَمْرَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ أَوْ امْرَأَتِهِ فَادَّعَى الْخَطَأَ وَادَّعَى الْعَبْدُ، أَوْ الْمَرْأَةُ الْعَمْدَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ قَالَ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ حَتَّى يَظْهَرَ الْعَدَاءُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ ضَرَبَهُ عَمْدًا وَإِنَّمَا يُرَاعَى أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ الْمُثْلَةَ وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْعَبْدُ وَلَا الْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ الضَّرْبِ فَكَانَ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ مَحْمُولًا عَلَى الْعَمْدِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ ابْتِدَاءُ عَمَلٍ مُبَاحٍ فَلَمْ يَضْمَنْ جِنَايَتَهُ إلَّا أَنْ يَثْبُتَ تَعَمُّدَهُ كَالطَّبِيبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ مَثَّلَ الذِّمِّيُّ بِعَبْدِهِ النَّصْرَانِيِّ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَ أَشْهَبُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمُثْلَةِ وَلَوْ كَانَ مُعَاهَدًا حَرْبِيًّا لَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُعْتَقُ عَلَى الذِّمِّيِّ إلَّا أَنْ يُمَثِّلَ بِهِ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ وَقَالَهُ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ تَلْزَمُهُ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ فِي التَّظَالُمِ كَالْمُسْلِمِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ حُكْمٌ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الشَّرَائِعِ فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلُوا فِيهِ عَلَى شَرِيعَتِهِمْ وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا غَلَبَ حُكْمُ الْإِسْلَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا مَثَّلَ السَّفِيهُ بِعَبْدِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَأَشْهَبُ، ثُمَّ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَقَالَ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي الْعُتْبِيَّةِ وَابْنُ حَبِيبٍ فِي الْوَاضِحَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ فِعْلٌ يَثْبُتُ بِهِ الْحُكْمُ فَكَانَ حُكْمُ السَّفِيهِ فِيهِ حُكْمَ الْمَالِكِ لِأَمْرِهِ كَالِاسْتِيلَادِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ كُلَّ مَنْ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ فَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمُثْلَةِ كَالصَّغِيرِ وَمَنْ يَجُوزُ عِتْقُهُ فَهَذَا الَّذِي يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمُثْلَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا مَثَّلَتْ ذَاتُ الزَّوْجِ بِعَبْدِهَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ يُعْتَقُ رَضِيَ الزَّوْجُ، أَوْ كَرِهَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا يُعْتَقُ إذَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ رَوَاهُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي الْمِدْيَانِ وَالْعَبْدِ فَقَالَ أَشْهَبُ يُعْتَقُ عَلَى الْعَبْدِ وَالْحُرُّ يُحِيطُ الدَّيْنُ بِمَالِهِ بِالْمُثْلَةِ وَرَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَى أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِالْمُثْلَةِ عَلَى الْعَبْدِ وَلَا عَلَى الْمِدْيَانِ وَلَا عَلَى السَّفِيهِ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَرِيضِ يُمَثِّلُ بِعَبْدِهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ فَإِنْ صَحَّ فَفِي رَأْسِ مَالِهِ وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا إنَّ السَّفِيهَ إنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فَقَدْ رَوَى الْعُتْبِيُّ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمُثْلَةِ وَلَا يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْهُ يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ إنَّمَا أَعْتَقَ عَلَيْهِ بِالْمُثْلَةِ، وَذَلِكَ لَا يَتَعَدَّى إلَى مَالِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ عِتْقٌ لَمْ يَسْتَثْنِ فِيهِ الْمَالَ فَتَبِعَ الْعَبْدَ كَالْعِتْقِ الْمُبْتَدَإِ يَقَعُ مِمَّنْ يَبْتَدِئُ حُرِّيَّتَهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي مَالِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لِمَالِكٍ مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدٍ لِعَبْدِهِ، أَوْ لِأُمِّ وَلَدِهِ أُعْتِقَ عَلَيْهِ وَمَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أُعْتِقَ عَلَيْهِ وَغُرِّمَ الْقِيمَةَ وَمَنْ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ رَجُلٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ وَأَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْغُلَامِ حَتَّى يَحْتَلِمَ أَوْ يَبْلُغَ الْمُحْتَلِمُ وَأَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فِي مَالِهِ وَإِنْ بَلَغَ الْحُلُمَ حَتَّى يَلِيَ مَالَهُ) .

[المنتقى]

مَثَّلَ بِعَبْدٍ لِزَوْجَتِهِ غُرِّمَ مَا نَقَصَهُ إلَّا أَنْ تَكُونَ مُثْلَةً مُفْسِدَةً فَإِنَّهُ يُعْتَقُ وَيُوَفَّى الْقِيمَةَ كَعَبْدِ الْأَجْنَبِيِّ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ: إنَّ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ فَإِنَّهُ لَا يَبْتَدِئُ عِتْقَ عَبْدِهِ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَأَعْتَقَ عَبْدَهُ فَإِنَّ لِلْغُرَمَاءِ رَدَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ حَاكِمٍ، وَلَيْسَ لَهُمْ رَدُّهُ دُونَ الْإِمَامِ فَإِنْ رَدُّوهُ وَبَاعُوهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَرُدُّ الْإِمَامُ بَيْعَهُمْ وَيُعْتِقُهُمْ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ يَرُدُّهُمْ إلَى الْحَالَةِ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا، ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْرِهِمْ فَإِنْ كَانَ مُتَّصِلَ الْعَدَمِ رَدَّ عِتْقَهُمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَكَمٌ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَالْعَبْدِ فَلَيْسَ لَهُ إمْضَاؤُهُ وَالنَّظَرُ فِيهِ وَإِنَّمَا يُمْضِيهِ دُونَهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَمْسَكَ الْغُرَمَاءُ عَنْ الْقِيَامِ فِي ذَلِكَ بَعْدَ الْعِتْقِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ إنْ قَامَ الْغُرَمَاءُ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ، أَوْ أَرْبَعٍ وَهُوَ فِي الْبَلَدِ وَقَالُوا لَمْ نَعْلَمْ فَذَلِكَ لَهُمْ كَانُوا رِجَالًا، أَوْ نِسَاءً حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُمْ عَلِمُوا وَأَمَّا فِي أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَسْتَحْسِنُ أَنَّهُ إذَا طَالَ الزَّمَانُ حَتَّى يُوَارِثَ الْأَحْرَارَ وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ وَنَحْوُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُرِيدُ أَنْ يَشْتَهِرَ بِالْحُرِّيَّةِ وَيَثْبُتَ لَهُ أَحْكَامُهَا بِالْمُوَارَثَةِ وَقَبُولِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ الْغُرَمَاءُ فَإِنَّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى الرِّضَا بِعِتْقِهِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ إنَّ ذَلِكَ إنَّمَا هُوَ فِي التَّطَاوُلِ الَّذِي لَعَلَّهُ أُثْبِتَ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ أَوْقَاتُ يُسْرٍ وَلَوْ تَيَقَّنَ بِشَهَادَةٍ قَاطِعَةٍ أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ عَدِيمًا مُتَّصِلَ الْعَدَمِ مَعَ غَيْبَةِ الْغُرَمَاءِ وَمِنْ غَيْرِ عِلْمِهِمْ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عِتْقَهُ وَلَوْ وُلِدَ لَهُ سَبْعُونَ وَلَدًا.

(فَرْعٌ) وَلَوْ قَالَ الْغَرِيمُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ وَأَرْبَعٍ عَلِمْت بِعِتْقِهِ وَلَمْ أُنْكِرْهُ لِمَا اعْتَقَدْتُ أَنَّ الدَّيْنَ لَا يُحِيطُ بِمَالِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا يَنْفَعُهُ ذَلِكَ وَيَنْفُذُ عِتْقُهُ.

وَقَالَ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ لَا يُرَدُّ لِدَيْنِ هَذَا الْغَرِيمِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ غَرِيمٌ غَيْرُهُ رُدَّ ذَلِكَ الْغَرِيمُ وَدَخَلَ مَعَهُ هَذَا قَالَ أَصْبَغُ بَلْ يُرَدُّ لِهَذَا الْغَرِيمِ وَإِنْ كَانَ وَحْدَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَيْسَرَ الْمُعْتِقُ، ثُمَّ قَامَ عَلَيْهِ الْغُرَمَاءُ وَقَدْ أَعْسَرَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يُرَدُّ عِتْقُهُ وَلَوْ رَدَّ الْإِمَامُ عِتْقَهُ، ثُمَّ أَيْسَرَ السَّيِّدُ قَبْلَ بَيْعِهِ تَعْتِقُ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَ: وَلَيْسَ رَدُّ السُّلْطَانِ بِرَدٍّ حَتَّى يُبَاعَ مَا لَمْ يُقَسَّمْ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، أَوْ لَمْ يَفُتْ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ لَا أَعْرِف هَذِهِ الرِّوَايَةَ وَالَّذِي أَعْرِفُ أَنَّ رَدَّ السُّلْطَانِ رَدُّهُ لِلْعِتْقِ وَإِنْ لَمْ يَبِعْ فِي الدَّيْنِ فَلَا يُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ أَفَادَ مَالًا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى إنْ رَدَّ السُّلْطَانُ لَيْسَ بِحُكْمٍ وَإِنَّمَا هُوَ تَوْقِيفٌ وَنَظَرٌ وَلَوْ مَاتُوا لَكَانُوا مِنْ السَّيِّدِ فَإِذَا طَرَأَ لَهُ مَالٌ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَبْطُلْ نَظَرُهُ وَتَوْقِيفُهُ الْعِتْقَ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ إنَّ حُكْمَ السُّلْطَانِ فِي ذَلِكَ حُكْمٌ بِرَدِّ الْعِتْقِ وَإِثْبَاتِ الْمِلْكِ وَيَلْزَمُ عَلَى هَذَا أَنْ يَكُونُوا مِنْ ضَمَانِ الْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَهُمْ رَدٌّ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِرِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَرَدَّ السُّلْطَانُ عِتْقَ الرَّقِيقِ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ الْوَطْءُ وَلَهُ اسْتِخْدَامُهُمْ فَإِنْ أَفَادَهُ مِثْلَ دَيْنِهِ عَتَقُوا وَإِنْ أَفَادَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ فِي كَلِمَةٍ بِيعَ مِنْهُمْ بِمَا بَقِيَ بِالْحِصَصِ وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ بِيعَ الْآخَرُ وَأَعْتَقَ مَنْ بَقِيَ كَمَنْ أَعْتَقَ وَلَهُ وَفَاءٌ بِبَعْضِ دَيْنِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَالَ عَبْدِي يَخْدُمُ فُلَانًا سَنَةً، ثُمَّ هُوَ لِفُلَانٍ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ رَدُّهُ حَتَّى تَنْقَضِي السَّنَةُ وَيَخْلُصَ لِلثَّانِي بَتْلًا فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لِلْغُرَمَاءِ رَدُّهُ وَإِجَازَتُهُ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مَنَافِعَهُ لَا اعْتِرَاضَ لِلْغُرَمَاءِ فِيهَا وَلَا تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِهَا وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ عَتَاقَةُ الْغُلَامِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، أَوْ يَبْلُغَ مَبْلَغَ الْمُحْتَلِمِ يُرِيدُ أَنَّ الصَّغِيرَ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ سِنَّ الِاحْتِلَامِ لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ لِعَبْدِهِ وَلَوْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ كَالْمَجْنُونِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَحْتَلِمَ، أَوْ يَبْلُغَ مَبْلَغَ الْمُحْتَلِمِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ الشَّكِّ مِنْ الرَّاوِي وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

مَا يَجُوزُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِلَالِ بْنِ أُسَامَةَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْحَكَمِ أَنَّهُ قَالَ «أَتَيْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ جَارِيَةً لِي كَانَتْ تَرْعَى غَنَمًا لِي فَجِئْتُهَا وَقَدْ فَقَدَتْ شَاةً مِنْ الْغَنَمِ فَسَأَلْتهَا عَنْهَا فَقَالَتْ أَكَلَهَا الذِّئْبُ فَأَسِفْت عَلَيْهَا

وَكُنْت مِنْ بَنِي آدَمَ فَلَطَمْت وَجْهَهَا وَعَلَيَّ رَقَبَةٌ أَفَأَعْتِقُهَا فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَيْنَ اللَّهُ فَقَالَتْ فِي السَّمَاءِ فَقَالَ مَنْ أَنَا فَقَالَتْ أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْتِقْهَا» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ «أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ جَاءَ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِجَارِيَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ عَلَيَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً فَإِنْ كُنْت تَرَاهَا مُؤْمِنَةً أَعْتِقْهَا فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَتَشْهَدِينَ أَنْ لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ فَقَالَتْ: نَعَمْ قَالَ: أَتَشْهَدِينَ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ أَتُوقِنِينَ بِالْبَعْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ؟ قَالَتْ نَعَمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْتِقْهَا») .

[المنتقى]

أَنْ يَكُونَ بِهِ عَلَامَاتُ الِاحْتِلَامِ مَوْجُودَةٌ وَهِيَ الْإِثْبَاتُ أَوْ السِّنُّ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحُكْمَ إذَا كَانَ بَيْنَ الصَّبِيِّ وَغَيْرِهِ مِنْ الْآدَمِيِّينَ وَوُجِدَتْ بِهِ عَلَامَاتُ الْبُلُوغِ حُكِمَ لَهُ بِحُكْمِ الرِّجَالِ الْبَالِغِينَ، وَذَلِكَ أَنْ يُوجَدَ قَدْ أَنْبَتَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فِي مَالِهِ وَإِنْ بَلَغَ الْحُلُمَ يُرِيدُ أَنَّ السَّفِيهَ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ لَا سِيَّمَا إذَا كَانَ مُوَلًّى عَلَيْهِ مَمْنُوعًا مِنْ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكِمَ بِرَدِّ أَفْعَالِهِ وَأَمَّا إنْ كَانَ غَيْرَ مُوَلًّى فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ فِي السَّفِيهِ يَلِي مَالَهُ أَنَّهُ يَجُوزُ عِتْقُهُ وَرَوَى زِيَادٌ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْبَيِّنَ سَفَهُهُ، أَفْعَالُهُ جَائِزَةٌ حَتَّى يُحْجَرَ عَلَيْهِ وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ مَالِكٍ إلَّا ابْنَ الْقَاسِمِ فَإِنَّهُ قَالَ فِي الَّذِي سَفَهُهُ بَيِّنٌ: يُحْجَرُ عَلَى مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فَجَازَتْ أَفْعَالُهُ كَالرَّشِيدِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَدَمَ الْحَجْرِ حُكْمٌ بِإِطْلَاقِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا احْتَجَّ بِهِ أَنَّ حَالَ مَنْ يُحْجَرُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا أَخْطَأَ الْحَاكِمُ فِي تَرْكِ الْحَجْرِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لَا يُبِيحُ مَالَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا أَنَّ عِتْقَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ غَيْرُ جَائِزٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِتْقَهُ وَإِنْ أَجَازَهُ وَلِيُّهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِوَلِيِّهِ إتْلَافُ مَالِهِ فَإِذَا رَشَدَ فَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَهُ رَدُّهُ إذَا رَشَدَ كَالصَّبِيِّ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا لَمْ يُرِدْ عِتْقَهُ حَتَّى رَشَدَ وَالْعَبْدُ فِي يَدِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ عِتْقُهُ وَإِنْ كَانَ زَالَ عَنْ يَدِهِ وَوَلَّى نَفْسَهُ فَتَرَكَهُ وَأَمْضَى عِتْقَهُ فَلِذَلِكَ يَلْزَمُهُ إذَا أَمْضَاهُ بَعْدَ رُشْدِهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا عِتْقُ السَّفِيهِ أُمَّ وَلَدِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَجْمَعَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ أَنَّ عِتْقَ السَّفِيهِ لِأُمِّ وَلَدِهِ لَازِمٌ جَائِزٌ وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ الْمُغِيرَةِ وَابْنِ نَافِعٍ أَنَّ عِتْقَهُ أُمَّ وَلَدِهِ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ طَلَاقِهِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِيهَا إلَّا الِاسْتِمْتَاعُ فَجَازَتْ إزَالَتُهُ كَالطَّلَاقِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ عِتْقٌ فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُ كَعِتْقِ عَبْدِهِ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يَلْزَمُهُ الْعِتْقُ فِيهَا فَهَلْ يَتْبَعُهَا مَالُهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَا يَتْبَعُهَا مَالُهَا إلَّا التَّافِهَ قَالَ سَحْنُونٌ كَانَ تَافِهًا، أَوْ غَيْرَ تَافِهٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لِأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ يَتْبَعُهَا مَالُهَا إنْ لَمْ يَسْتَثْنِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ أَنَّهُ سَفِيهٌ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إلَى إزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْ مَالِهِ بِالْقَوْلِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَالَ تَبَعٌ لِإِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْ الرَّقَبَةِ فَإِذَا صَحَّ إزَالَةُ مِلْكِهِ عَنْ الْعَيْنِ تَبِعَهَا الْمَالُ كَمَا لَوْ طَلَّقَ وَيَبْقَى الْمَهْرُ لِلزَّوْجَةِ؛ وَلِأَنَّ الْمَالَ إنَّمَا كَانَ لِأُمِّ الْوَلَدِ وَلَمْ يَنْتَزِعْهُ بِالْعِتْقِ.

[مَا يَجُوزُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ]
(ش) : قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى فَأَسِفْت عَلَيْهَا يُرِيدُ غَضِبْت عَلَيْهَا قَالَ عِيسَى فِي قَوْله تَعَالَى {فَلَمَّا آسَفُونَا انْتَقَمْنَا مِنْهُمْ} [الزخرف: 55] مَعْنَاهُ أَغْضَبُونَا وَقَوْلُهُ وَكُنْت مِنْ بَنِي آدَمَ يَعْنِي أَنَّهُ يُدْرِكُهُ مِنْ الْغَضَبِ مَا يُدْرِكُهُمْ وَقَوْلُهُ

(273/6)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ الْمَقْبُرِيِّ أَنَّهُ قَالَ سُئِلَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَنْ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ هَلْ يُعْتِقُ فِيهَا ابْنَ زِنًا؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِئُ عَنْهُ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ الْأَنْصَارِيِّ وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَلَدَ زِنًا؟ قَالَ: نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِئُ عَنْهُ) .

مَا لَا يَجُوزُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلَ عَنْ الرَّقَبَةِ الْوَاجِبَةِ هَلْ تُشْتَرَى بِشَرْطٍ فَقَالَ: لَا قَالَ مَالِكٌ وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِيهَا الَّذِي يُعْتِقُهَا فِيمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِشَرْطٍ عَلَى أَنْ يَعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهُ إذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِرَقَبَةٍ تَامَّةٍ؛ لِأَنَّهُ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا لِلَّذِي يَشْتَرِطُ مِنْ عِتْقِهَا)

[المنتقى]

فَلَطَمْت وَجْهَهَا وَعَلَيَّ رَقَبَةٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ عَلَيْهِ رَقَبَةً بِلَطْمِهِ إيَّاهَا إنْ كَانَ قَدْ شَجَّ وَجْهَهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ عَلَيْهِ رَقَبَةً مِنْ مَعْنًى آخَرَ كَفَّارَةٍ، أَوْ غَيْرِهَا فَأَرَادَ أَنْ يَخُصَّهَا بِالْعِتْقِ فِي ذَلِكَ لِمَا قَدْ نَالَهَا مِنْ إذْلَالِهَا، وَسُؤَالُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَهَا عَنْ مَعَانِي الْإِيمَانِ يَقْتَضِي أَنَّ الرَّقَبَةَ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَيْهِ مِنْ كَفَّارَةٍ يُشْتَرَطُ فِيهَا الْإِيمَانُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لِلتَّمْثِيلِ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِيمَانُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: لِلْجَارِيَةِ أَيْنَ اللَّهُ؟ فَقَالَتْ: فِي السَّمَاءِ لَعَلَّهَا تُرِيدُ وَصْفَهُ بِالْعُلُوِّ وَبِذَلِكَ يُوصَفُ كُلُّ مَنْ شَأْنُهُ الْعُلُوُّ فَيُقَالُ مَكَانُ فُلَانٍ فِي السَّمَاءِ بِمَعْنَى عُلُوِّ حَالِهِ وَرِفْعَتِهِ وَشَرَفِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَهَا مَنْ أَنَا؟ فَقَالَتْ: رَسُولُ اللَّهِ يَقْتَضِي أَنَّ الْإِيمَانَ لَا يَتَبَعَّضُ وَلَا يَصِحُّ الْإِيمَانُ بِاَللَّهِ مَعَ الْكُفْرِ بِمُحَمَّدٍ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْتِقْهَا يَقْتَضِي أَنَّ الْإِيمَانَ يَحْصُلُ بِالْإِقْرَارِ بِذَلِكَ وَالِاعْتِقَادِ وَإِنْ لَمْ يَقْتَرِنْ بِذَلِكَ نَظَرٌ وَلَا اسْتِدْلَالٌ.

1 –

قَالَ الْقَاضِي أَبُو جَعْفَرٍ وَفِي الْحَدِيثِ الثَّانِي أَنَّ السَّائِلَ قَالَ: إنَّ عَلَيَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً فَإِنْ كُنْت تَرَاهَا مُؤْمِنَةً أَعْتِقْهَا «فَسَأَلَهَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَتَشْهَدِينَ أَنْ لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ أَفَتَشْهَدِينَ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ أَفَتُوقِنِينَ بِالْبَعْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَمَّا قَالَتْ نَعَمْ قَالَ أَعْتِقْهَا» ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ حَكَمَ بِكَوْنِهَا مُؤْمِنَةً دُونَ أَنْ يَسْأَلَهَا عَنْ نَظَرٍ وَاسْتِدْلَالٍ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ أَتَى لِيُؤْمِنَ أَخَذْنَا عَلَيْهِ الشَّهَادَتَيْنِ فَإِذَا أَقَرَّ بِهِمَا حَكَمْنَا بِإِيمَانِهِ وَلَمْ نَسْأَلْهُ عَنْ نَظَرِهِ وَاسْتِدْلَالِهِ وَإِنْ كُنَّا نَأْمُرُهُ بِذَلِكَ وَنَحُضُّهُ عَلَيْهِ بَعْدَ إيمَانِهِ وَتَرْجَمَ مَالِكٌ عَلَى هَذَيْنِ الْحَدِيثَيْنِ بِمَا يَجُوزُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ تَأْوِيلَهُ فِي الْعِتْقِ الْمَذْكُورِ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ عِتْقٌ وَاجِبٌ وَأَنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ وَصْفُنَا لِمَا يُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُجْزِئُ فِي كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالنُّذُورِ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ

(ش) : قَوْلُهُ وَلَدُ الزِّنَا يُجْزِئُ عِتْقُهُ عَنْ الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ يُرِيدُ أَنَّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ لِكَفَّارَةٍ، أَوْ نَذْرٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ أَنْ يُعْتِقَ فِي ذَلِكَ وَلَدَ زِنًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ النَّقْصَ لَا يَخْتَصُّ بِهِ وَإِنَّمَا يَخْتَصُّ بِنَسَبِهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ فِي الْعِتْقِ كَمَا لَوْ كَانَ أَبَوَاهُ مَجُوسِيَّيْنِ.

وَقَالَ زَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ هُوَ خَيْرُ الثَّلَاثَةِ لَمْ يَعْمَلْ سُوأً قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى} [الأنعام: 164] .

وَقَالَ رَبِيعَةُ إنِّي أَجِدُ فِي الْإِسْلَامِ شَأْنَهُ تَامًّا وَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا يُعْتِقَ وَلَدَ الزِّنَا فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - وَأَحْكَمُ.

[مَا لَا يَجُوزُ مِنْ الْعِتْقِ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ كَانَتْ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ وَاجِبَةٌ عَنْ كَفَّارَةٍ أَوْ نَذْرٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِشَرْطِ الْعِتْقِ لِمَا احْتَجَّ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَحُطُّ عَنْهُ مِنْ ثَمَنِهَا لِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ عِتْقِهَا فَلَمْ يَعْتِقْ رَقَبَةً تَامَّةً وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْعِتْقَ لَا يُوقِعُهُ وَحْدَهُ بَلْ يُوقِعُهُ مَعَهُ مَنْ شَرَطَ عَلَيْهِ وَرَوَى عِيسَى فِي الْمَزِنِيَّةِ سَأَلْت ابْنَ الْقَاسِمِ عَمَّنْ اشْتَرَى رَقَبَةً بِشَرْطِ الْعِتْقِ عَنْ وَاجِبٍ أَرَأَيْت أَنْ أَعْتَقَهَا فَقَالَ إنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ عَالِمًا بِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَنْبَغِي فَعَلَيْهِ

(274/6)

. . . .

[المنتقى]

عِتْقُ رَقَبَةٍ أُخْرَى وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا لَا عِلْمَ لَهُ نُظِرَ فَإِنْ كَانَ اشْتَرَاهَا بِقِيمَتِهَا دُونَ نَقْصٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ وَضَعَ لَهُ مِنْ الثَّمَنِ شَيْءٌ لَمْ يُجْزِهِ وَعَلَيْهِ رَقَبَةٌ أُخْرَى؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقْ رَقَبَةً تَامَّةً قَالَ عِيسَى وَبَلَغَنِي عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّهُ قَالَ: إنْ كَانَ جَاهِلًا لَمْ يُؤْمَرْ بِالْإِعَادَةِ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ لَا يُجْزِئُهُ.

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: مُرَاعَاةُ الْخِلَافِ وَأَنَّهُ مَنْ اعْتَقَدَ فِي ذَلِكَ مَا يَعْتَقِدُهُ مِنْ أَنَّهُ لَا تُجْزِي فَفَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ دَخَلَ عَلَى أَنَّهَا لَا تُجْزِئُهُ وَمَنْ كَانَ يَعْتَقِدُ جَزَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ قَوْلُ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ لَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ مَا اعْتَقَدَهُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ الْعَامَّةِ إنَّمَا يَجْرِي عَلَى قَوْلِ الْمُفْتِي وَالْحَاكِمِ فَيَلْزَمُ ذَلِكَ سَائِرَ النَّاسِ بِالْفَتْوَى إنْ اسْتَفْتَوْهُ وَبِالْحُكْمِ بِذَلِكَ إذَا كَانَ مِمَّا يَفْتَقِرُ إلَى حُكْمِ حَاكِمٍ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِيمَنْ اشْتَرَى رَقَبَةً بِشَرْطِ الْعِتْقِ عَنْ وَاجِبٍ أَوْ غَيْرِ وَاجِبٍ فَقَالَ مَرَّةً يُعْتَقُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَرِهَ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ وَلَا تُجْزِئُهُ عَنْ الْوَاجِبِ إذَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْعِتْقِ قَالَ مُحَمَّدٌ، ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ فَقَالَ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ عَلَى إيجَابِ الْعِتْقِ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَالْإِيجَابُ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ لَا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ.

فَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ عَقْدُ بَيْعٍ قَدْ انْعَقَدَ عَلَى شَرْطٍ جَائِزٍ عَلَى وَجْهِ اللُّزُومِ فَوَجَبَ أَنْ يَلْزَمَهُ كَمَا لَوْ شَرَطَ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ أَوْ عَمَلًا؛ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مَلَكَ الْعَبْدَ بِهَذَا الشَّرْطِ وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَلَيْسَ لَهُ الِانْتِقَالُ إلَى غَيْرِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الشِّرَاءَ قَدْ وَقَعَ عَلَى وَجْهِ تَقَرُّرِ الْمِلْكِ وَثُبُوتِهِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ بَعْدَ ذَلِكَ الْعِتْقَ وَوُجُوبُ الْعِتْقِ يُنَافِي تَقَرُّرِ الْمِلْكِ فَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ الْإِمْسَاكُ عَنْ الْعِتْقِ؛ وَلِأَنَّ الْبَائِعَ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَشْتَرِطْ وُقُوعَهُ بِنَفْسِ الْمِلْكِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا عَلَى اخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي وَمُخْتَصًّا بِإِيقَاعِهِ دُونَ إيقَاعِ غَيْرِهِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا: إنَّ لِلْمُشْتَرِي الِامْتِنَاعَ مِنْ عِتْقِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ، أَوْ يُمْسِكَ عَنْهُ فَإِنْ قَامَ عَلَيْهِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَطْلُبَهُ بِالْعِتْقِ أَوْ الرَّدِّ قَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ شَرْطًا جَائِزًا كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ بِهِ فَإِمَّا أَنْ يُوَفِّيَهُ إيَّاهُ وَإِمَّا أَنْ يَتَرَادَّا الْبَيْعَ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ الْعَبْدُ بِعَيْنِهِ وَقَامَ الْغُرَمَاءُ بِقُرْبِ الْبَيْعِ فَإِنْ أَدْرَكَهُ عَيْبٌ، وَذَلِكَ بِقُرْبِ الْبَيْعِ بِأَيَّامٍ يَسِيرَةٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ، أَوْ يَتْرُكَ شَرْطَهُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ مَاتَ بِقُرْبِ الْبَيْعِ فَإِنْ أَدْرَكَهُ عَيْبٌ، أَوْ دَخَلَهُ عَيْبٌ مُفْسِدٌ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُبْتَاعِ وَأَمَّا إنْ مَضَى لِلْبَيْعِ شَهْرٌ فَقَدْ رَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ عَلَى الْمُبْتَاعِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْبَيْعِ بِلَا شَرْطٍ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ عِلْمٌ بِتَرْكِ الْمُبْتَاعِ الْعِتْقَ، وَمِثْلُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي وُجُوبِ الْقِيمَةِ لِمُضِيِّ الشَّهْرِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُنْفِذَ الْعِتْقَ، أَوْ يُمْسِكَ عَنْهُ وَكَانَ لِلْبَائِعِ الْمُطَالَبَةُ بِالْعِتْقِ، أَوْ تَسْوِيغُ التَّرْكِ فَكَأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى الْخِيَارِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَمَا أَصَابَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ الْمَطْلُوبِ فَهُوَ مِنْ الْبَائِعِ إنْ اخْتَارَ ارْتِجَاعَ الْعَبْدِ، وَالْبَائِعُ عَلَى خِيَارِهِ فِي إمْضَاءِ الْبَيْعِ، أَوْ رَدِّهِ فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ لَا يَصِحُّ فِيهَا الْخِيَارُ فِي الرَّقِيقِ فَإِنْ عَلِمَ الْبَائِعُ بِتَرْكِ الْمُبْتَاعِ الْعِتْقَ وَلَمْ يَعْتَرِضْ مِنْهُ الْمُدَّةَ فَقَدْ لَزِمَهُ الْبَيْعُ وَبَطَلَ شَرْطُهُ مِنْ الْعِتْقِ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْ زِيَادَةِ الْقِيمَةِ وَلَا يَلْزَمُ الْمُبْتَاعَ عِتْقُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَهُوَ عَلَى شَرْطِهِ وَلَمَّا فَاتَ ارْتِجَاعُ الْعَبْدِ بِمَا دَخَلَهُ مِنْ الْعَيْبِ فَعَلَى الْمُبْتَاعِ قِيمَتُهُ دُونَ شَرْطٍ لِمَا تَعَدَّى بِهِ مِنْ مَنْعِ الْعِتْقِ وَهَذَا مَا كَانَتْ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ الثَّمَنِ فَلَا رُجُوعَ عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ الثَّمَنِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَحُطُّ عَنْهُ وَقَدْ سَقَطَ الشَّرْطُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا فَاتَ الْعَبْدُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ لِعَيْبٍ حَدَثَ بِهِ بَعْدَ شَهْرٍ، أَوْ طُولِ زَمَانٍ فَأَعْتَقَهُ حِينَئِذٍ الْمُشْتَرِي عَنْ ظِهَارٍ، أَوْ عِتْقٍ وَاجِبٍ أَجْزَأَهُ إنْ كَانَ الْعَيْبُ الَّذِي حَدَثَ بِهِ لَا يَمْنَعُ الْإِجْزَاءَ، وَالطُّولُ الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ السَّنَةُ وَالسَّنَةُ وَنِصْفٌ وَالسَّنَتَانِ أَبْيَنُ فَإِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ دُونَ شَرْطِ الْعِتْقِ وَأَجْزَأَهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ التَّغْيِيرَ الظَّاهِرَ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّقَبَةَ فِي التَّطَوُّعِ وَيَشْتَرِطَهُ أَنَّهُ يُعْتِقُهَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ فِيهَا نَصْرَانِيٌّ وَلَا يَهُودِيٌّ وَلَا يُعْتَقَ فِيهَا مُكَاتَبٌ وَلَا مُدَبَّرٌ وَلَا أُمُّ وَلَدٍ وَلَا مُعْتَقٌ إلَى سِنِينَ وَلَا أَعْمَى وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ وَالْيَهُودِيُّ وَالْمَجُوسِيُّ تَطَوُّعًا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً} [محمد: 4] فَالْمَنُّ الْعَتَاقَةُ قَالَ مَالِكٌ فَأَمَّا الرِّقَابُ الْوَاجِبَةُ الَّتِي ذَكَرَ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ فِيهَا إلَّا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ فِي إطْعَامِ الْمَسَاكِينِ فِي الْكَفَّارَاتِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُطْعَمَ فِيهَا إلَّا الْمُسْلِمُونَ وَلَا يُطْعَمَ فِيهَا أَحَدٌ عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ) .

[المنتقى]

فِي الشَّهْرِ، أَوْ طُولَ الْمُقَامِ دُونَ عَيْبٍ يَقْتَضِي فَوَاتَ الْعَبْدِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِذَا كَانَ الْبَائِعُ لَمْ يَعْلَمْ بِتَرْكِ الْعِتْقِ لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ قِيمَتُهُ دُونَ شَرْطٍ وَتَقَرَّرَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ سَالِمًا مِنْ الشَّرْطِ فَإِذَا أَعْتَقَهُ حِينَئِذٍ عَنْ ظِهَارٍ أَوْ أَمْرٍ وَاجِبٍ أَجْزَأَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَوْصَى بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لِيُعْتَقَ فَلْيَشْتَرِ عَلَى بَيْعِ الْبَرَاءَةِ وَلَا يَشْتَرِ بِعُهْدَةِ الثَّلَاثِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعُهْدَةَ إنَّمَا هِيَ لِيَعْلَمَ سَلَامَتَهُ مِنْ عَيْبٍ لَا يَمْنَعُ وُجُودُهُ صِحَّةَ عِتْقِهِ عَنْ ظِهَارٍ وَلَا غَيْرِهِ فَلَمْ يَحْتَجْ إلَيْهَا فِيمَا يَشْتَرِي لِلْعِتْقِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ فَمَرِضَ الْعَبْدُ مَرَضًا شَدِيدًا أَنَّهُ يُعْتَقُ إذَا اجْتَمَعَ الْمَالُ وَلَا يُؤَخَّرُ لِمَرَضِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّقَبَةَ فِي التَّطَوُّعِ وَيَشْتَرِطَهُ أَنَّهُ يُعْتِقُهَا) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ مَنْ اشْتَرَى رَقَبَةً تَطَوُّعٍ بِشَرْطِ الْعِتْقِ أَجْزَأَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ لَمْ تَلْزَمْهُ بَعْدُ وَإِنَّمَا هُوَ مُتَبَرِّعٌ بِعِتْقِ مَا مَلَكَ مِنْهَا سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ جَمِيعُهَا، أَوْ بَعْضُهَا وَمَنْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ رَقَبَةً يُعْتِقُهَا لِتَطَوُّعٍ وَقَدَّرَ لَهُ ثَمَنًا فَزَادَ الْمَأْمُورُ لَهُ فِي ثَمَنِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْمُوصِي إذَا اشْتَرَى رَقَبَةَ التَّطَوُّعِ وَاشْتَرَطَ الْعِتْقَ لَمْ يَضْمَنْ إذَا كَانَ الثَّمَنُ مَبْلَغَ وَصِيَّتِهِ قَالَهُ مَالِكٌ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا ذَكَرَ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ يَهُودِيٌّ وَلَا نَصْرَانِيٌّ وَلَا يُعْتَقُ إلَّا مُؤْمِنٌ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ} [النساء: 92] فَقَيَّدَهَا بِالْإِيمَانِ، ثُمَّ قَاسَ أَهْلُ الْعِلْمِ سَائِرَ الْكَفَّارَاتِ عَلَى كَفَّارَةِ الْقَتْلِ غَيْرَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَجَازَ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ وَكَفَّارَةِ الْأَيْمَانِ عِتْقُ رَقَبَةٍ غَيْرِ مُؤْمِنَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ مِنْ أَهْلِ الْكُفْرِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ أَعْتَقَ عَنْ ظِهَارِهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ أَجْزَأَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُجْزِئُهُ حَتَّى يُجِيبَ إلَيْهِ أَوْ يَنْمُو نَحْوَهُ وَمَنْ عَرَفَ الْقِبْلَةَ أَحَبُّ إلَيْنَا وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَنْ لَا يُقَرَّ عَلَى الْإِسْلَامِ يُرِيدُ أَهْلَ الْأَوْثَانِ فَإِنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي الِاسْتِرْقَاقِ عِنْدَهُ عَلَى دِينِهِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَا يُقَرُّ عَلَى دِينِهِ وَيُحْمَلُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَكَانَ الْغَالِبُ مِنْ جَمِيعِهِمْ الدُّخُولُ فِي الْإِسْلَامِ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَرُّ عَلَى سِوَاهُ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَمَّا يَظْهَرُ الرِّضَا بِالْإِسْلَامِ وَالْمَيْلُ إلَيْهِ فَلَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ لِجَوَازِ أَنْ يَرْضَى بِمَا يَلْقَى الْمُتَمَسِّكُ بِدِينِهِ فَإِذَا أَظْهَرَ الْإِسْلَامَ يُرِيدُ أَظْهَرَ الْإِجَابَةَ إلَيْهِ فَإِنَّهُ مُسْلِمٌ وَإِنْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ إنَّمَا هُوَ التَّصْدِيقُ بِالْقَلْبِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا أَحْسَنُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْأَعْجَمِيِّ مَنْ قَصَرَ النَّفَقَةَ يَعْنِي مَنْ أَسْلَمَ أَحَبُّ إلَيْنَا مِمَّنْ صَلَّى وَعَرَفَ الْقِبْلَةَ، أَوْ عَرَفَ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَأَمَّا قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَأْمُرْ رَبَّ السَّوْدَاءِ أَنْ يُعْتِقَهَا حَتَّى أَقَرَّتْ بِالْإِيمَانِ وَعَرَّفَتْهُ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ وَعَرَّفَتْهُ لَيْسَ فِي ظَاهِرِ الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ إقْرَارُهَا بِهِ وَإِنَّمَا فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَجُوزُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ عِتْقُ الصَّغِيرِ وَأَبَوَاهُ كَافِرَانِ إذَا كَانَ يُرِيدُ إدْخَالَهُ فِي الْإِسْلَامِ رَوَاهُ عَنْهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَالَّذِي يَقْتَضِي مَذْهَبُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ لَا يُجْزِيه؛ لِأَنَّهُ قَالَ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ حَتَّى يَفْهَمَ وَيُجِيبَ إلَى الْإِسْلَامِ وَإِذَا حَكَمْنَا لَهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ لِاعْتِقَادِ سَيِّدِهِ إدْخَالَهُ فِي الْإِسْلَامِ فَيَجِبُ أَنْ يُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنَ مَعَ الْمُسْلِمِينَ وَهَذَا إنَّمَا يُعْرَفُ مِنْ مَذْهَبِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ.

1 –

عِتْقُ الْحَيِّ عَنْ الْمَيِّتِ (ص) : (مَالِكٌ «عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ أُمَّهُ أَرَادَتْ أَنْ تُوصِيَ، ثُمَّ أَخَّرَتْ ذَلِكَ إلَى أَنْ تُصْبِحَ فَهَلَكَتْ وَقَدْ كَانَتْ هَمَّتْ بِأَنْ تُعْتِقَ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فَقُلْت لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَيَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ إنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ أُمِّي هَلَكَتْ فَهَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ «تُوُفِّيَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ فِي نَوْمٍ نَامَهُ فَأَعْتَقَتْ عَنْهُ عَائِشَةُ زَوْجُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رِقَابًا كَثِيرَةً» قَالَ مَالِكٌ وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْت إلَيَّ فِي ذَلِكَ) .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ وَلَا يُعْتَقُ فِيهَا مُكَاتَبٌ عِتْقُ الْمُكَاتَبِ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُكَاتِبَهُ، ثُمَّ يُعْتِقَهُ عَنْ ظِهَارِهِ وَالثَّانِي أَنْ يَشْتَرِيَ مُكَاتَبًا، ثُمَّ يُعْتِقَهُ عَنْ ظِهَارِهِ فَأَمَّا الَّذِي يُعْتِقُهُ بَعْدَ مُكَاتَبَتِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا يُجْزِي فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ مُكَاتَبٌ وَلَا مُدَبَّرٌ وَلَا أُمُّ وَلَدٍ وَلَا مُعْتَقٌ إلَى أَجَلٍ وَلَا مُعْتَقٌ بَعْضُهُ وَلَا مُمَثَّلٌ بِهِ وَلَا مَنْ يُعْتَقُ بِالْقَرَابَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ عِتْقٌ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ رَدُّهُ فَلَيْسَ لَهُ صَرْفُهُ إلَى وَجْهٍ آخَرَ وَجَبَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَنْ كَاتَبَهُ هُوَ، أَوْ دَبَّرَهُ فَإِنْ كَاتَبَهُ غَيْرُهُ فَاشْتَرَاهُ هُوَ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ عَنْ ظِهَارِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ لَا يُجْزِئُهُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ الْأَوَّلِ الَّذِي قَالَ يُرَدُّ عِتْقُهُ وَيُنْقَضُ الْبَيْعُ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَفِي قَوْلِهِ الْآخَرِ يُجْزِئُهُ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ عِتْقَهُ فَوْتًا وَلَمْ يَرُدَّهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَهَذَا أَحَبُّ إلَيَّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَمَّا عِتْقُهُ لِمُكَاتَبِهِ فَلَا يُجْزِئُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ ابْتَاعَ مُدَبَّرًا كَتَمَهُ الْبَائِعُ تَدْبِيرَهُ فَأَعْتَقَهُ عَنْ وَاجِبٍ أَجْزَأَهُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُجْزِئُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَجُوزُ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ عِتْقُ عَبْدٍ مُرْتَهَنٍ بِيَمِينٍ قَالَهُ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ عِتْقٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى إزَالَتِهِ عَنْهُ لِغَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ صَرْفُهُ إلَى غَيْرِهِ.

وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فِيمَنْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقُ عَبْدِي مَيْمُونَ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ عَنْ ظِهَارِهِ فَإِنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ عَنْ ظِهَارِهِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَفُتْ لِنَذْرِهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْعِتْقِ عَنْ ظِهَارِهِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ فَأَعْتَقَهَا عَنْ وَاجِبٍ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلًا مِنْهُ أَجْزَأَتْهُ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ لَمْ تُجْزِهِ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالشِّرَاءِ أُمَّ وَلَدٍ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ لَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ وَتُجْزِئُهُ إنْ كَانَتْ بَيِّنَةَ الْحَمْلِ فَإِنْ شَكَّ فِيهَا انْتَظَرَ فَإِذَا وَضَعَتْهُ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الشِّرَاءِ أَجْزَأَتْهُ وَإِنْ وَضَعَتْهُ لِأَكْثَرَ لَمْ تُجْزِئْهُ؛ لِأَنَّهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ حَمَلَتْ بِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ تَوْجِيهُ ذَلِكَ – وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ بِرَحْمَتِهِ –.
– 1
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْتِقَ الْيَهُودِيَّ وَالنَّصْرَانِيَّ وَالْمَجُوسِيَّ تَطَوُّعًا يُرِيدُ ابْتِدَاءَ مَنْ لَمْ يَلْزَمْهُ عِتْقٌ، أَوْ لَزِمَهُ بِالنَّذْرِ عِتْقٌ لَمْ يَشْتَرِطْ فِيهِ الْإِيمَانَ قَالَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ {فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً} [مُحَمَّد: 4] وَالْمَنُّ الْعَتَاقَةُ وَهَذَا كَلَامٌ فِيهِ تَجَوُّزٌ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَتْ الْعَتَاقَةُ نَوْعًا مِنْ الْمَنِّ إلَّا أَنَّ اسْمَ الْعِتْقِ أَخَصُّ بِمَا تَقَدَّمَ الْمِلْكُ عَلَيْهِ وَاسْمُ الْمَنِّ أَخَصُّ بِمَا مُنَّ عَلَيْهِ قَبْلَ تَقْرِيرِ الْمِلْكِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا: إنَّ الْإِمَامَ فِي الْأَسْرَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: الْقَتْلُ وَالْفِدَاءُ، أَوْ الْمَنُّ، أَوْ الِاسْتِرْقَاقُ، أَوْ عَقْدُ الذِّمَّةِ.

[عِتْقُ الْحَيِّ عَنْ الْمَيِّتِ]
(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ عَلَى الْمَيِّتِ لَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ فَأَمَّا عَنْ الْحَيِّ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ مَنْ أَعْتَقَ عَنْ رَجُلٍ فِيمَا لَزِمَهُ مِنْ وَاجِبٍ بِأَمْرِهِ، أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ أَجْزَأَهُ، وَكَذَلِكَ إنْ أَطْعَمَ عَنْهُ، أَوْ كَسَا وَذَلِكَ كَتَكْفِيرِهِ عَنْ الْمَيِّتِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُجْزِئُهُ بِأَمْرِهِ وَلَا بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ مُمْكِنٌ كَمَا لَوْ أَعْطَاهُ عَلَى ذَلِكَ عِوَضًا وَيَصِحُّ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْمَيِّتَ

(277/6)

فَصْلٌ عِتْقُ الرِّقَابِ وَعِتْقُ الزَّانِيَةِ وَابْنِ الزِّنَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سُئِلَ عَنْ الرِّقَابِ أَيُّهَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَغْلَاهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا» مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ وَلَدَ زِنًا وَأُمَّهُ) .

مَصِيرُ الْوَلَاءِ لِمَنْ أَعْتَقَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ «عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ جَاءَتْ بَرِيرَةُ فَقَالَتْ إنِّي كَاتَبْت أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي فَقَالَتْ عَائِشَةُ إنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ عَدَدْتُهَا وَيَكُونُ لِي وَلَاؤُكِ فَعَلْتُ فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إلَى أَهْلِهَا فَقَالَتْ لَهُمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيْهَا فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِ أَهْلِهَا وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَالِسٌ فَقَالَتْ لِعَائِشَةَ إنِّي قَدْ عَرَضْت عَلَيْهِمْ ذَلِكَ

[المنتقى]

لَوْ اشْتَرَى الْمُعْتَقَ عَنْهُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ أَجْزَأَهُ مَا لَمْ يُوصِ الْمَيِّتُ بِعِتْقِهِ عَنْهُ بِعَيْنِهِ فَلَا يُجْزِئُهُ وَلَا يُجْزِئُ فِي الْحَيِّ أَنْ يَشْتَرِيَ وَيَعْتِقَ عَنْهُ عَنْ ظِهَارِهِ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَعْطَاهُ عِوَضًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَ عَنْهُ لَمْ يَجْزِهِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ بَابِ الشِّرَاءِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنْ اشْتَرَى الْوَصِيُّ الرَّقَبَةَ الْوَاجِبَةَ بِشَرْطِ الْعِتْقِ ضَمِنَ وَلَمْ يُجْزِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا فِي التَّطَوُّعِ فَيَشْتَرِي لَهُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ وَالْعِتْقُ عَنْهُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا ابْتِدَاءٌ فَمَنْ أَعْتَقَ عَنْهُ مِنْ مُؤْمِنٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ نَاقِصِ الْخِلْقَةِ، أَوْ كَامِلِهَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَأَمَّا إنْ أَوْصَى بِذَلِكَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ: إنْ اشْتَرَى الْوَصِيُّ فِي التَّطَوُّعِ نَصْرَانِيًّا ضَمِنَ عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ كُفْرَهَا عَيْبٌ فِيهَا فَلَيْسَ لَهُ وَقَدْ أَوْصَى عَلَى الْإِطْلَاقِ الَّذِي يَقْتَضِي السَّلَامَةَ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ مَعِيبًا.

(فَرْعٌ) وَمَنْ أَعْتَقَهُ رَجُلٌ عَنْ غَيْرِهِ فِي كَفَّارَةٍ لَزِمَتْهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ.

[فَصْلٌ عِتْقُ الرِّقَابِ وَعِتْقُ الزَّانِيَةِ وَابْنِ الزِّنَا]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَغْلَاهَا ثَمَنًا يَقْتَضِي الِاعْتِبَارَ بِزِيَادَةِ الثَّمَنِ وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدِهِمَا أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ عَلَى الْقِيمَةِ وَالثَّانِي أَنْ يَزِيدَ الثَّمَنَ لِزِيَادَةِ الْقِيمَةِ فَأَمَّا زِيَادَةُ الثَّمَنِ عَلَى الْقِيمَةِ

فَعِنْدِي أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ بِهِ إلَّا أَنْ يَأْبَى أَهْلُهَا مِنْ بَيْعِهَا إلَّا بِزِيَادَةٍ عَلَى قِيمَتِهَا وَيَرْغَبُ فِي عِتْقِهَا؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى بِذَلِكَ، أَوْ لِمَعْنًى يَخُصُّهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا زِيَادَةُ الثَّمَنِ لِزِيَادَةِ قِيمَتِهَا فَيُعْتَبَرُ بِهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّ أَفْضَلَ الرِّقَابِ أَغْلَاهَا ثَمَنًا وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ خِيَارُ رَقِيقِهِ بُدِئَ بِأَغْلَاهُمْ ثَمَنًا وَهَذَا إذَا كَانَتْ الرَّقَبَتَانِ مُتَسَاوِيَتَيْنِ فِي الْإِسْلَامِ وَالصَّلَاحِ فَإِنْ كَانَتْ إحْدَاهُمَا مُسْلِمَةً وَالثَّانِيَةُ نَصْرَانِيَّةً وَهِيَ أَكْثَرُهُمَا ثَمَنًا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ إنَّ عِتْقَ الْكَثِيرَةِ الثَّمَنِ أَفْضَلُ وَإِنْ كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً.

وَقَالَ أَصْبَغُ عِتْقُ الْمُسْلِمَةِ أَفْضَلُ وَلَوْ كَانَتَا مُسْلِمَتَيْنِ وَإِحْدَاهُمَا أَصْلَحَ دِينًا وَهِيَ أَقَلُّ ثَمَنًا فَالْكَثِيرَةُ الثَّمَنِ أَوْلَى وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ اعْتِبَارِ غَلَاءِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يُخْرِجُهُ الْمُعْتَقُ وَأَمَّا الدِّينُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ يَخْتَصُّ بِالرَّقَبَةِ، وَلِذَلِكَ قَدَّمْنَا الْكَثِيرَةَ الثَّمَنِ عَلَى الْأَصْلَحِ دِينًا وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ حَمْلُهُ الْحَدِيثَ فِي غَلَاءِ الثَّمَنِ عَلَى التَّسَاوِي فِي الْإِسْلَامِ وَلَا اعْتِبَارَ بِزِيَادَةِ الصَّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الْمَنْعِ مِنْ إجْزَاءِ الرَّقَبَةِ الْوَاجِبَةِ وَلِلْكُفْرِ تَأْثِيرٌ فِي ذَلِكَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الرَّقَبَتَيْنِ إذَا تَقَارَبَتَا فِي الْأَثْمَانِ بَدَأَ بِالْأَصْلَحِ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَقَبَتَيْنِ إحْدَاهُمَا لِغِيَّةٍ أَيُّهُمَا أَفْضَلُ فَقَالَ أَغْلَاهُمَا ثَمَنًا بِدِينَارٍ.

(278/6)

فَأَبَوْا عَلَيَّ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَسَأَلَهَا فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ الْوَلَاءَ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي النَّاسِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» .

مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ جَارِيَةً تَعْتِقُهَا فَقَالَ أَهْلُهَا نَبِيعُكِهَا عَلَى أَنَّ وَلَاءَهَا لَنَا فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ لَا يَمْنَعَنَّكِ ذَلِكَ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» .

مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ «أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ

فَقَالَتْ عَائِشَةُ إنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَصُبَّ لَهُمْ ثَمَنَك صَبَّةً وَاحِدَةً وَأُعْتِقَك فَعَلْت فَذَكَرَتْ ذَلِكَ بَرِيرَةُ لِأَهْلِهَا فَقَالُوا: لَا، إلَّا أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُكِ لَنَا قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ فَزَعَمَتْ عَمْرَةُ أَنَّ عَائِشَةَ ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»)

[المنتقى]

[مَصِيرُ الْوَلَاءِ لِمَنْ أَعْتَقَ]

(ش) : قَوْلُ بَرِيرَةَ كَاتَبْت أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ يَقْتَضِي أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى النُّجُومِ جَائِزَةٌ وَتَكُونُ الْكِتَابَةُ شَيْئًا مُقَدَّرًا وَمَا يُدْفَعُ مِنْهُ فِي كُلِّ عَامٍ مُقَدَّرًا وَقَوْلُهَا فَأَعِينِينِي دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ السَّعْيِ وَأَخْذِ صَدَقَاتِ التَّطَوُّعِ لِتُؤَدِّي بِهَا عَنْ نَفْسِهَا وَأَمَّا الصَّدَقَاتُ الْوَاجِبَةُ مِنْ الزَّكَوَاتِ فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ: إنْ أَعْطَى مِنْهَا مَا يُتِمُّ بِهِ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ فَجَائِزٌ وَغَيْرُهُ أَحَبُّ إلَيَّ وَأَمَّا إنْ يُعْطَى مِنْهُ مَا يَسْتَعِينُ بِهِ عَلَى كِتَابَتِهِ مَعَ بَقَاءِ رِقِّهِ فَلَا، وَلَيْسَ فِي قَوْلِ بَرِيرَةَ فَأَعِينِينِي مَا يَدُلُّ عَلَى زَكَاةٍ وَلَا عَلَى غَيْرِهَا وَإِنَّمَا طَلَبَتْ الْعَوْنَ عَلَى الْأَدَاءِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَائِشَةَ إنْ أَحَبَّ أَهْلُك أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ عَدَدْتهَا وَيَكُونُ لِي وَلَاؤُك فَعَلْت يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى مَعْنَى شِرَاءِ الْمُكَاتَبِ مَعَ تَمَكُّنِهِ مِنْ الْأَدَاءِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى شِرَائِهَا لِعَجْزِهَا عَنْ الْأَدَاءِ، أَوْ رُجُوعِهَا إلَى الرِّقِّ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ لِعِيسَى كَيْفَ جَازَ لِعَائِشَةَ أَنْ تَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ؟ فَقَالَ: نَحْمِلُهُ عَلَى أَنَّهَا عَجَزَتْ وَقَالَهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ فَأَمَّا شِرَاءُ الْمُكَاتَبِ فَاخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ فَقَالَ مَرَّةً إنْ فَاتَ بِالْعِتْقِ لَمْ يُرَدَّ وَقَالَ مَرَّةً يُرَدُّ وَيُنْقَضُ الْبَيْعُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ الْبَتْلَ أَقْوَى مِنْ الْكِتَابَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعِتْقَ إنَّمَا يَتَرَتَّبُ عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَقْضًا لِلْكِتَابَةِ وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ عَقْدٌ لَازِمٌ وَلَا يُنْتَقَضُ إلَّا بِالْعَجْزِ عَنْ الْأَدَاءِ وَأَمَّا حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى الْعَجْزِ عَنْ الْأَدَاءِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَعْجَزَ عَنْهُ فَتَلَوَّمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا لِاسْتِبْرَاءِ حَالِهَا فَخَرَجَتْ تَسْعَى فِي أَدَاءِ نَجْمِهَا فَاخْتَارَتْ عَائِشَةُ أَنْ تَتْرُكَ السُّؤَالَ وَتَرْضَى بِالْعَجْزِ لِتَشْتَرِيَهَا فَتُنَفِّذَ عِتْقَهَا فَيَكُونُ ذَلِكَ أَرْفَقَ وَأَتَمَّ لِعِتْقِهَا؛ لِأَنَّهَا رُبَّمَا عَجَزَتْ عَمَّا بَقِيَ مِنْ نُجُومِهَا بِالْمُكَاتَبَةِ فَيَكُونُ ذَلِكَ وَإِنْ أَرَادَتْ النَّجْمَ الَّذِي حَلَّ بِإِعْطَاءٍ مِنْ عَائِشَةَ، أَوْ غَيْرِهَا، ثُمَّ رُبَّمَا إنْ كَانَتْ بَقِيَتْ النُّجُومُ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ مَعَ الْأَدَاءِ بِتَعْجِيلِ عِتْقِهَا تِسْعَ سِنِينَ وَيَكُونُ إذَا اشْتَرَتْهَا عَائِشَةُ يَكُونُ الْوَلَاءُ لَهَا عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ الشَّرْعُ، أَوْ عَلَى مَا ظَنَّتْ أَنَّهَا لَا يَثْبُتُ لَهَا إلَّا بِالشَّرْطِ.

(فَصْلٌ) :

وَمَا ذَكَرَتْ أَنَّ أَهْلَهَا أَبَوْا إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُمْ الْوَلَاءُ يُحْتَمَلُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنَّهُمْ إنَّمَا أَرَادُوا بَيْعَ الْكِتَابَةِ لَا بَيْعَ الرَّقَبَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ بَيْعَ الْكِتَابَةِ يَقْتَضِي بَقَاءَ الرَّقَبَةِ، وَالْكِتَابَةُ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لِمَنْ كَاتَبَهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُمْ قَدْ أَرَادُوا بَيْعَ الرَّقَبَةِ إمَّا مَعَ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَإِمَّا بَعْدَ فَسْخِ الْكِتَابَةِ إلَّا أَنَّهُمْ اعْتَقَدُوا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْوَلَاءِ لَهُمْ جَائِزٌ مَعَ ذَلِكَ وَهَذَا هُوَ الْأَظْهَرُ مِنْ الْحَدِيثِ لَمَّا قَضَى بِالْوَلَاءِ لِعَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ الْوَلَاءَ، ظَاهِرُهُ اشْتِرَاطُهُ لِلْبَائِعِ وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ بْنُ النَّحَّاسِ

(279/6)

. . . .

[المنتقى]

مَعْنَى ذَلِكَ اشْتَرِطِي عَلَيْهِمْ الْوَلَاءَ لِنَفْسِك وَإِنَّ لَهُمْ بِمَعْنَى عَلَيْهِمْ وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ فَإِنَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ عُمَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُمْ أَبَوْا إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُمْ الْوَلَاءُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يَمْنَعُك ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ، ثُمَّ بَيَّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُمْ وَإِنْ اشْتَرَطُوا الْوَلَاءَ لِأَنْفُسِهِمْ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّ اشْتِرَاطَ ذَلِكَ لَا يَنْفَعُ وَلَوْ اشْتَرَطُوهُ مِائَةَ مَرَّةٍ فَإِنَّ شَرْطَ اللَّهِ يَعْنِي مَا أَمَرَ بِهِ وَشَرَعَهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ اشْتَرَطَ الْوَلَاءَ بِالْعِتْقِ لَا بِالشَّرْطِ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْمُزَنِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مُكَاتَبٍ بَاعَهُ أَهْلُهُ مِنْ رَجُلٍ عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِمَنْ بَاعَهُ فَقَالَ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَهُ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ إنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَائِشَةَ بِشِرَاءِ بَرِيرَةَ وَيَشْتَرِطُ الْوَلَاءَ لِلْبَائِعِ عَلَى مَعْنَى الْخَدِيعَةِ يُرِيدُونَ، وَلَكِنْ بَعْدَ الْإِعْلَامِ لَهُمْ بِوَجْهِ الْحُكْمِ فِي ذَلِكَ مَعَ الشَّرْطِ قَالَ سَحْنُونٌ إذْ لَا يَحِلُّ الْقَوْلُ مِنْ الْقُلُوبِ مَحَلَّ الْحُكْمِ كَمَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ إنِّي لَأَنْسَى، أَوْ أُنَسَّى لِأَسِنَّ يُرِيدُ أَنَّ الْفِعْلَ أَثْبَتُ فِي النُّفُوسِ مِنْ التَّعْلِيمِ بِالْقَوْلِ وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ اشْتَرِطِي لَهُمْ بِمَعْنَى عَلَيْهِمْ وَقَالَ مَا عَلِمْت مَنْ قَالَهُ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ قَالَ سَحْنُونٌ مَعْنَاهُ مَنْ أَعْتَقَ عَنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِعِتْقٍ عَنْ الْمَيِّتِ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِلْمَيِّتِ وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ غَيْرِهِ فَوَلَاؤُهُ لِلْغَيْرِ وَإِنْ كَرِهَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ سَوَاءٌ أَعْتَقَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ إذَا أَعْتَقَ عَنْهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَدَلِيلُنَا عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الْوَلَاءَ مَعْنًى يُورَثُ بِهِ عَلَى وَجْهِ التَّعْصِيبِ فَلَا يَفْتَقِرُ حُصُولُهُ لِمَنْ حَصَلَ لَهُ إلَى إذْنِهِ كَالنَّسَبِ، وَدَلِيلٌ آخَرُ أَنَّ الْوَلَاءَ تَعْصِيبٌ ثَبَتَ بِالْإِذْنِ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِغَيْرِ إذْنٍ أَصْلُ ذَلِكَ: الرَّجُلُ يُعْتِقُ عَبْدَهُ فَيَثْبُتُ وَلَاؤُهُ لِعَصَبَتِهِ وَإِنْ كَرِهُوا ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمِنْ هَذَا الْبَابِ عِنْدِي مَنْ يُعْتَقُ فِي الزَّكَاةِ أَنَّ الْوَلَاءَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الْمُعْتِقِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقْ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّمَا أَعْتَقَ عَنْ غَيْرِهِ فَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ مَحْمُولٌ عَلَى عُمُومِهِ إلَّا إنْ خَصَّ مِنْهُ الْمُعْتِقَ عَنْ غَيْرِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ وَقَدْ يَكُونُ فِي الْأَغْلَبِ مُعْطِي الْوَرِقِ مَنْ يُعْتَقُ عَنْهُ دُونَ مُبَاشَرَةِ الْعِتْقِ وَأَمَّا الْعِتْقُ فِي الْكَفَّارَةِ فَوَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ عَنْ نَفْسِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ أَعْتَقَ مُدَبَّرَهُ عَنْ فُلَانٍ فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ عَنْهُ عِيسَى وَلَا أُحِبُّ ابْتِدَاءَ ذَلِكَ وَمَعْنَى ذَلِكَ مَا فِيهِ مِنْ إتْمَامِ نَقْلِ الْوَلَاءِ عَنْ الْمُدَبَّرِ قَالَ عِيسَى قِيلَ لِابْنِ الْقَاسِمِ فَالْمُكَاتَبُ مِثْلُهُ قَالَ مَا أَشْبَهَهُ بِهِ يُرِيدُ أَنَّ مَنْ أَعْتَقَهُ عَنْ غَيْرِهِ فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ قَدْ ثَبَتَ لَهُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَلَا يَقْدِرُ أَنْ يُفْسَخَ بِمَالٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ مِمَّنْ يُعْتِقَهُ لَكَانَ الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ وَهَذَا فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَوِّغْهُ نَقْضُ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَقَدْ قَالَ عَنْهُ أَصْبَغُ فِي الْمُدَبَّرِ يَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَيُعْتِقُهُ الْمُبْتَاعُ أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْمُبْتَاعِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَوَّغَهُ بِإِطْلَاقِ الْبَيْعِ لِلْمِلْكِ الَّذِي يُبْطِلُ الْوَلَاءَ فَإِذَا فَاتَ رُدَّ الْبَيْعُ بِالْعِتْقِ وَالْوَلَاءُ لِلْمُبْتَاعِ الْمُعْتِقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِهِ عَنْ أَجْنَبِيٍّ فَوَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهَا مِمَّنْ يُعْتِقُهَا قَالَ أَصْبَغُ الْوَلَاءُ لِلْبَائِعِ، وَالْعِتْقُ مَاضٍ كَمَا لَوْ أَعْطَاهُ مَالًا عَلَى الْعِتْقِ.

وَرُوِيَ عَنْ سَحْنُونٍ الْعِتْقُ بَاطِلٌ وَتُرَدُّ إلَى سَيِّدِهَا أُمُّ وَلَدٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ أَنَّ بَيْعَهَا مِمَّنْ

يُعْتِقُهَا وَإِنْ كَانَ لَفْظُهُ لَفْظَ الْبَيْعِ فَإِنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُعْطِيَهُ الْمُبْتَاعُ مَالًا عَلَى أَنْ يُعَجِّلَ عِتْقَهَا وَذَلِكَ جَائِزٌ فَيُحْمَلُ أَمْرَهَا عَلَى الْجَائِزِ مِنْ الْمَعْنَى دُونَ الْمُنْتَزِعِ مِنْ اللَّفْظِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعَقْدَ إنَّمَا يُبَاشِرُ الْبَيْعَ بِشَرْطِ أَنْ يُعْتِقُهَا الْمُبْتَاعُ فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ بِالشَّرْعِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لَمْ يَصِحَّ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّهُ مُتَرَتِّبٌ عَلَى مِلْكِ الْمُبْتَاعِ لِمَا ابْتَاعَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا

(280/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ») .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَبْتَاعُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلَى أَنَّهُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَذِنَ لِمَوْلَاهُ أَنْ يُوَالِي مَنْ شَاءَ مَا جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ» فَإِذَا جَازَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لَهُ وَأَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ فَتِلْكَ الْهِبَةُ) .

جَرُّ الْعَبْدِ الْوَلَاءَ إذَا أُعْتِقَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَامّ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ وَلِذَلِكَ الْعَبْدِ بَنُونَ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ فَلَمَّا أَعْتَقَهُ الزُّبَيْرُ قَالَ هُمْ مَوَالِيَّ وَقَالَ مَوَالِي أُمِّهِمْ بَلْ هُمْ مَوَالِينَا فَاخْتَصَمُوا إلَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ فَقَضَى عُثْمَانُ لِلزُّبَيْرِ بِوَلَائِهِمْ)

[المنتقى]

قُلْنَا يَنْفُذُ الْعِتْقُ فَإِنَّ الْمَالَ سَائِغٌ لِلْبَائِعِ وَرَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ الْوَلَاءُ لِلْبَائِعِ وَالْعِتْقُ مَاضٍ وَيُرَدُّ الثَّمَنُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إعْطَاءِ الْمَالِ عَلَى تَعْجِيلِ الْعِتْقِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعِتْقَ لَمَّا وَقَعَ بِإِذْنِ سَيِّدِهَا نَفَذَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَذِنَ لِرَجُلٍ فِي أَنْ يُعْتِقَ أَمَتَهُ وَلَمَّا بَطَلَ الْبَيْعُ رَدَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَخَذَهُ عَلَى وَجْهِ الثَّمَنِ.

(ش) : نَهْيُهُ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ أَصْلُ ذَلِكَ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالْبَيْعِ دُونَ الرَّقَبَةِ إذَا ثَبَتَ بِعِتْقٍ، أَوْ بِعَقْدٍ

لَازِمٍ يَقْتَضِي الْعِتْقَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ عَنْ مَحَلِّهِ بِبَيْعٍ وَلَا هِبَةٍ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» يُرِيدُ أَنَّ الْوَلَاءَ إنَّمَا ثَبَتَ لِمَنْ أَوْقَعَ الْعِتْقَ عَنْ نَفْسِهِ وَقَالَ الْعُلَمَاءُ إنَّ مَعْنَاهُ إذَا أَوْقَعَ عَنْهُ الْعِتْقَ غَيْرُهُ وَمِنْ ابْتَاعَ الْوَلَاءَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، أَوْ هِبَتِهِ فَلَيْسَ بِمُعْتِقٍ وَلَا مُعْتَقٍ عَنْهُ وَأَمَّا انْتِقَالُ الْوَلَاءِ بِالْمَوَارِيثِ وَالْجَدّ فَمِنْ بَابِ مِيرَاثِ الْحُقُوقِ بِسَبَبِ الْمُعْتَقِ الْمَوْرُوثِ لَا عَلَى أَنَّ الْوَلَاءَ يَنْتَقِلُ وَإِنَّمَا هُوَ بَاقٍ كَالنَّسَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ بَاعَ وَلَاءَ مُعْتَقِهِ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاق يَبْطُلُ بَيْعُهُ وَيُرَدُّ الثَّمَنُ عَلَى الْمُبْتَاعِ وَلَوْ وَهَبَهُ لَمْ تَمْضِ هِبَتُهُ وَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ لَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ قَالَ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْتَقِلُ كَمَا لَا يَنْتَقِلُ النَّسَبُ قَالَ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ إجَازَةُ هِبَةِ الْوَلَاءِ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(ش) : قَوْلُهُ لَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَبْتَاعَ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلَى أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُعْتِقَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ لِزَيْدٍ، أَوْ لِعَمْرٍو، أَوْ لِمَنْ يَخْتَارُ الْعَبْدُ.

وَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَقَدْ قَالَ الْعُلَمَاءُ مَعْنَاهُ، أَوْ أُعْتِقَ عَنْهُ وَهَذَا الَّذِي يَخْتَارُ الْعَبْدُ مُوَالَاتَهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَمْ يُعْتِقْ وَلَا أَعْتَقَ عَنْهُ وَنَهَى أَيْضًا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ وَمَا يَخْتَارُ الْعَبْدُ مِنْ صَرْفِ وَلَائِهِ إلَى مَنْ شَاءَ إذَا لَمْ يَكُنْ الْعِتْقُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْ الْمُعْتِقِ عَنْهُ إلَى مَنْ يَخْتَارُهُ الْعَبْدُ بِبَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ابْتِدَاءً، وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ مَمْنُوعٌ لِنَهْيِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْهُمَا وَفِي الْمُزَنِيَّةِ سَأَلَتْ عِيسَى عَمَّا كَرِهَ مَالِكٌ مِنْ أَنْ يَبْتَاعَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلَى أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ أَرَأَيْت إنْ وَقَعَ ذَلِكَ أَيَكُونُ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ قَالَ الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

[جَرُّ الْعَبْدِ الْوَلَاءَ إذَا أُعْتِقَ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ الزُّبَيْرَ اشْتَرَى عَبْدًا لَهُ بَنُونَ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ فَأَعْتَقَهُ فَقَضَى لَهُ عُثْمَانُ بِوَلَائِهِمْ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ قَامَتْ السُّنَّةُ عَنْ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَغَيْرِهِمْ أَنَّ وَلَدَ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْمُعْتَقَةِ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّهِ مَا كَانَ أَبُوهُ عَبْدًا فَإِذَا عَتَقَ جَرَّهُ إلَى مَوَالِيهِ وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً فَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ حَتَّى يُعْتَقَ أَبُوهُ فَعَلَى هَذَا فِي مَسْأَلَةِ الزُّبَيْرِ كَانَتْ زَوْجَةُ الْعَبْدِ مَوْلَاةً فَكَانَ وِلَايَتُهُمْ لِمَوَالِي أُمِّهِمْ فَلَمَّا أَعْتَقَ الزُّبَيْرُ أَبَاهُمْ رَأَى أَنَّهُ

قَدْ جَرَّ وَلَاءَهُمْ وَصَارُوا مَوَالِيَ لَهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَلَوْ كَانَ عَتَقَ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَاعَةٍ يُرِيدُ أَنَّهُ بِنَفْسِ الْعِتْقِ يَنْجَرُّ الْوَلَاءُ وَلَا يَفْتَقِرُ إلَى

(281/6)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ لِمَنْ وَلَاؤُهُمْ فَقَالَ سَعِيدٌ إنْ مَاتَ أَبُوهُمْ وَهُوَ عَبْدٌ لَمْ يُعْتَقْ فَوَلَاؤُهُمْ لِمَوَالِي أُمِّهِمْ قَالَ مَالِكٌ وَمِثْلُ ذَلِكَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ مِنْ الْمَوَالِي يُنْسَبُ إلَى مَوَالِي أُمِّهِ فَيَكُونُونَ هُمْ مَوَالِيهِ إنْ مَاتَ وَرِثُوهُ وَإِنْ جَرَّ جَرِيرَةً عَقَلُوا عَنْهُ فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ أُلْحِقَ بِهِ وَصَارَ وَلَاؤُهُ إلَى مَوَالِي أَبِيهِ وَكَانَ مِيرَاثُهُ لَهُمْ وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ وَيُجْلَدُ أَبُوهُ الْحَدَّ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْمُلَاعَنَةُ مِنْ الْعَرَبِ إذَا اعْتَرَفَ زَوْجُهَا الَّذِي لَاعَنَهَا بِوَلَدِهَا صَارَ مِثْلَ هَذِهِ الْمَنْزِلَةِ إلَّا أَنَّ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ بَعْدَ مِيرَاثِ أُمِّهِ وَإِخْوَتِهِ لِأُمِّهِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يُلْحَقْ بِأَبِيهِ وَإِنَّمَا وَرِثَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ الْمُوَلَّاةِ مَوَالِي أُمِّهِ قَبْلَ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ أَبُوهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ وَلَا عَصَبَةٌ فَلَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ صَارَ إلَى عَصَبَتِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي وَلَدِ الْعَبْدِ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَأَبُو الْعَبْدِ حُرٌّ إنَّ الْجَدَّ أَبَا الْعَبْدِ يَجُرُّ وَلَاءَ وَلَدِ ابْنِهِ الْأَحْرَارِ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ يَرِثُهُمْ مَا دَامَ أَبُوهُمْ عَبْدًا فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُمْ رَجَعَ الْوَلَاءُ إلَى مَوَالِيهِ وَإِنْ مَاتَ وَهُوَ عَبْدٌ كَانَ الْمِيرَاثُ وَالْوَلَاءُ لِلْجَدِّ وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ لَهُ ابْنَانِ حُرَّانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَأَبُوهُ عَبْدٌ

[المنتقى]

حُكْمٍ وَلَا رِضَا أَحَدٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَرِيضًا مَرَضًا شَدِيدًا فَأُعْتِقَ غَدْوَةً وَمَاتَ عَشِيَّةً إذَا نَالَهُ الْعِتْقُ حَيًّا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَاءَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ وُجُودِ سَبَبِهِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ لِغَيْرِ مَنْ يَجُرُّهُ إلَيْهِ كَابْنِ الْمُلَاعَنَةِ يَثْبُتُ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّهِ إنْ كَانَتْ مَوْلَاةً فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَبُوهُ انْتَقَلَ الْوَلَاءُ إلَيْهِ فَوَرِثَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ ابْنَ الْعَبْدِ مِنْ الْحُرَّةِ اشْتَرَى أَبَاهُ فَعَتَقَ عَلَيْهِ كَانَ وَلَاءُ أَبِيهِ لَهُ يَجُرُّهُ إلَى مَوَالِي أُمِّهِ رَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ قَالَ سَحْنُونٌ وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ أَصْحَابِنَا إلَّا ابْنَ دِينَارٍ فَإِنَّهُ قَالَ هُوَ كَالسَّائِبَةِ وَوَلَاؤُهُ

لِلْمُسْلِمِينَ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْأَبَ لَمَّا أَعْتَقَهُ ابْنُهُ كَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ وَلَاءُ الِابْنِ وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الِابْنَ لَا يَجُرُّ وَلَاءً فَيَثْبُتُ وَلَاءُ الْأَبِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ لِمَنْ وَلَاؤُهُمْ فَقَالَ سَعِيدٌ إنْ مَاتَ أَبُوهُمْ وَهُوَ عَبْدٌ لَمْ يُعْتَقْ فَوَلَاؤُهُمْ لِمَوَالِي أُمِّهِمْ قَالَ مَالِكٌ وَمِثْلُ ذَلِكَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ مِنْ الْمَوَالِي يُنْسَبُ إلَى مَوَالِي أُمِّهِ فَيَكُونُونَ هُمْ مَوَالِيهِ إنْ مَاتَ وَرِثُوهُ وَإِنْ جَرَّ جَرِيرَةً عَقَلُوا عَنْهُ فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ أُلْحِقَ بِهِ وَصَارَ وَلَاؤُهُ إلَى مَوَالِي أَبِيهِ وَكَانَ مِيرَاثُهُ لَهُمْ وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ وَيُجْلَدُ أَبُوهُ الْحَدَّ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْمُلَاعَنَةُ مِنْ الْعَرَبِ إذَا اعْتَرَفَ زَوْجُهَا الَّذِي لَاعَنَهَا بِوَلَدِهَا صَارَ مِثْلَ هَذِهِ الْمَنْزِلَةِ إلَّا أَنَّ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ بَعْدَ مِيرَاثِ أُمِّهِ وَإِخْوَتِهِ لِأُمِّهِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يُلْحَقْ بِأَبِيهِ وَإِنَّمَا وَرِثَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ الْمُوَلَّاةِ مَوَالِي أُمِّهِ قَبْلَ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ أَبُوهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ وَلَا عَصَبَةٌ فَلَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ صَارَ إلَى عَصَبَتِهِ) .

(ش) : قَوْلُ ابْنِ الْمُسَيِّبِ فِي عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ إنْ مَاتَ أَبُوهُمْ عَبْدًا فَوَلَاؤُهُمْ لِمَوَالِي أُمِّهِمْ ظَاهِرُهُ أَنَّهُمْ وُلِدُوا بَعْدَ عِتْقِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي ذَلِكَ أَنْ يَمُوتَ أَبُوهُمْ عَبْدًا؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَوْ أُعْتِقَ أَبُوهُمْ لَجَرَّ الْوَلَاءَ وَلَوْ وُلِدَ هَؤُلَاءِ فِي حَالِ رِقِّ أُمِّهِمْ فَنَالَهُمْ الرِّقُّ، ثُمَّ عَتَقُوا مَعَ أُمِّهِمْ، أَوْ أُفْرِدُوا بِالْعِتْقِ حَالَ الْحَمْلِ، أَوْ بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَإِنَّ وَلَاءَهُمْ يَكُونُ لِمَنْ أَعْتَقَهُمْ سَوَاءٌ بَقِيَ أَبُوهُمْ عَلَى حَالِ الرِّقِّ، أَوْ انْتَقَلَ بِالْعِتْقِ إلَى حُرِّيَّةٍ وَلَا يَجُرُّ وَلَاءَهُمْ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ الثَّابِتَ بِالْعِتْقِ لَا يَجُرُّهُ عِتْقُ أَبٍ وَلَا شَيْءٌ وَإِنَّمَا يَجُرُّ وَلَاءً ثَبَتَ بِالْوِلَادَةِ دُونَ الْعِتْقِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ –.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ وَمِثْلُ ذَلِكَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ يُنْسَبُ إلَى مَوَالِي أُمِّهِ فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ لَحِقَ بِهِ وَصَارَ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّهِ بِهِ يُرِيدُ أَنَّهُ إذَا كَانَتْ أُمُّهُ مَوْلَاةً لِقَوْمٍ وَبَطَلَ نَسَبُهُ مِنْ أَبِيهِ وَهُوَ مَوْلًى بِاللِّعَانِ صَارَ وَلَاؤُهُ لِمَوَالِي أُمِّهِ فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ رُدَّ وَلَاؤُهُ إلَى مَوَالِيهِ فَجَعَلَ اللِّعَانَ كَحَالِ كَوْنِ الْأَبِ عَبْدًا، وَحَالُ الِاعْتِرَافِ بَعْدَ ذَلِكَ كَحَالِ مَا يَطْرَأُ عَلَى الْأَبِ مِنْ الْعِتْقِ فَيَجُرُّ بِهِ وَلَاءَ أَبِيهِ إلَى مَوَالِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ، وَكَذَلِكَ إذَا كَانَتْ أُمُّهُ مِنْ الْعَرَبِ فَيَعْرِفُ زَوْجُهَا فَالْوَلَدُ مِثْلُ ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّ نَسَبَ الِابْنِ يَرْجِعُ بِالِاعْتِرَافِ إلَى نَسَبِ الْأَبِ إلَّا أَنَّ ابْنَ الْعَرَبِيَّةِ إذَا وَرِثَ ذَوِي الْفُرُوضِ حُقُوقَهُمْ وَفَضَلَتْ فَضْلَةٌ كَانَتْ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَوَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ يَرِثُ مَوَالِي أُمِّهِ الْبَاقِيَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْوَلَاءَ كَالتَّعْصِيبِ يُسْتَوْفَى بِهِ الْمِيرَاثُ فَبَقَاءُ مَوَالِي الْأَبِ فِي ذَلِكَ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ بَقَاءِ عَصَبَةِ الْأَبِ فِي الْعَرَبِيِّ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ سَأَلْت عِيسَى عَنْ تَفْسِيرِ قَوْلِ مَالِكٍ فِي وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ الْعَرَبِيَّةِ وَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ الْمَوْلَاةِ يَرِثُ أُمَّهُ وَإِخْوَتَهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ وَيَرِثُ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ مَوَالِي أُمِّهِ وَلَا يَرِثُ عَصَبَةُ الْمَرْأَةِ الْعَرَبِيَّةِ بَقِيَّةَ الْمِيرَاثِ فَقَالَ: عَصَبَةُ الْمَرْأَةِ الْعَرَبِيَّةِ أَخْوَالُ وَلَدِهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ إخْوَةٌ لَكَانُوا أَخْوَالًا لَا يَرِثُونَ وَيَكُونُ بَقِيَّةُ مِيرَاثِ وَلَدِهَا لِمَوَالِيهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَوَالٍ فَلِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَأَمَّا مَوَالِي الْأُمِّ فَإِنَّهُمْ إنَّمَا يَرِثُونَ بِالْوَلَاءِ.

(282/6)

جَرَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ الْوَلَاءَ وَالْمِيرَاثَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْأَمَةِ تُعْتَقُ وَهِيَ حَامِلٌ وَزَوْجُهَا مَمْلُوكٌ، ثُمَّ يُعْتَقُ زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، أَوْ بَعْدَ مَا تَضَعُ أَنَّ وَلَاءَ مَا كَانَ فِي بَطْنِهَا لِلَّذِي أَعْتَقَ أُمَّهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْوَلَدَ قَدْ كَانَ أَصَابَهُ الرِّقُّ قَبْلَ أَنْ تُعْتَقَ أُمُّهُ وَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ؛ لِأَنَّ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ إذَا عَتَقَ أَبُوهُ جَرَّ وَلَاءَهُ) .

[المنتقى]

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْجَدَّ يَجُرُّ إلَى مَوَالِيهِ وَلَاءَ ابْنِ ابْنِهِ مَا كَانَ الْأَبُ عَبْدًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَاتَ أَوْ عَاشَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ جَرَّ الْوَلَاءِ مَعْنًى يَخْتَصُّ بِالْأُبُوَّةِ وَلَا يُشَارِكُ فِي ذَلِكَ الْأَبَ غَيْرُ الْجَدِّ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَكَذَلِكَ أَبُو الْجَدِّ إذَا كَانَ حُرًّا وَكَانَ الْجَدُّ وَابْنُهُ عَبْدَيْنِ فَإِنَّهُ يَجُرُّ إلَى مَوَالِيهِ وَلَاءَ ابْنِ ابْنِهِ حَتَّى يُعْتَقَ الْجَدُّ فَيَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ إلَى مَوَالِي الْجَدِّ، أَوْ حَتَّى يُعْتَقَ الْأَبُ فَيَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ إلَى مَوَالِيهِ وَإِنْ مَاتَ الْأَبُ عَبْدًا ثَبَتَ الْوَلَاءُ لِمَنْ جَرَّهُ إلَيْهِ الْجَدُّ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَلَا يَنْقُلُ أَحَدٌ مِنْ الْقَرَابَاتِ الْوَلَاءَ إلَّا الْأَبُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ ابْنَانِ حُرَّانِ وَأَبٌ فَمَاتَ أَحَدُ الِابْنَيْنِ جَرَّ الْجَدُّ الْوَلَاءَ وَالْمِيرَاثَ يُرِيدُ أَنَّ الْأَبَ مَا دَامَ عَبْدًا لَا يَرِثُ وَلَا يَجُرُّ وَلَاءً وَلَا يَحْجُبُ فَمَنْ مَاتَ مِنْ وَلَدِهِ فَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِ يَجُرُّ وَلَاءَ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ الْأَبَ عَبْدٌ وَالْعُبُودِيَّةُ تَمْنَعُ الْمِيرَاثَ وَجَرَّ الْوَلَاءِ، وَالْأَخُ لَا يَجُرُّ وَلَاءً.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَزَوْجُهَا حِينَ أَعْتَقَهَا مَمْلُوكٌ، ثُمَّ يُعْتَقُ زَوْجُهَا قَبْلَ

أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، أَوْ بَعْدَ مَا تَضَعُ أَنَّ وَلَاءَ الْوَلَدِ يَثْبُتُ لِمَوَالِي أُمِّهِ لَا يَجُرُّهُ أَبُوهُ إذَا عَتَقَ قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَذَلِكَ إذَا وَلَدَتْهُ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عَتَقَتْ الْأُمُّ فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ وَلَيْسَتْ بِظَاهِرَةِ الْحَمْلِ وَالزَّوْجُ مُرْسَلٌ عَلَيْهَا فَإِنَّ الْأَبَ يَجُرُّ وَلَاءَهُ إلَى مُعْتَقِهِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَدَ إذَا مَسَّهُ الرِّقُّ فَعَتَقَ فَإِنَّ وَلَاءَهُ قَدْ ثَبَتَ لِمُعْتَقِهِ لِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ بِجَرِّ أَبٍ وَلَا غَيْرِهِ وَالَّذِي يَعْلَمُ بِهِ أَنَّهُ قَدْ مَسَّهُ الرِّقُّ أَنْ تَضَعَهُ الْأُمُّ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عَتَقَتْ، أَوْ تَكُونُ يَوْمَ عَتَقَتْ ظَاهِرَةَ الْحَمْلِ أَوْ يَكُونُ زَوْجُهَا مَمْنُوعًا مِنْهَا لَا يَصِلُ إلَيْهَا فَهَهُنَا ثَبَتَ وَلَاءُ مَا وَضَعَتْهُ لِسَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهَا حَمَلَتْ بِهِ قَبْلَ أَنْ تُعْتَقَ فَقَدْ مَسَّهُ رِقُّهُ وَعَتَقَ بِعِتْقِهِ فَثَبَتَ وَلَاؤُهُ لَهُ ثُبُوتًا لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ مِنْ الْوَلَاءِ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِالْعِتْقِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِجَرِّ الْأُمِّ مِثْلَ أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ أَنْ تُعْتَقَ فَيَجُرُّ وَلَاءَهُ إلَى مَوَالِيهَا؛ لِأَنَّ الْأَبَ عَبْدٌ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْوَلَاءِ فَإِذَا عَتَقَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ ثَابِتٌ فِي الْجَنْبَتَيْنِ بِالْجَرِّ وَجَنْبَةُ الْأَبِ أَقْوَى فِي جَرِّ الْوَلَاءِ مِنْ جَنْبَةِ الْأُمِّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ادَّعَى مُعْتِقُ الْأَبِ أَنَّهَا حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ وَقَالَ سَيِّدُ الْأَمَةِ إنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا يَوْمَ الْعِتْقِ فَمُعْتِقُ الْأَبِ مُصَدَّقٌ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ وَهِيَ حُرَّةٌ وَإِنَّمَا شَكَّ فِي وَقْتِ الْحَمْلِ وَذُكِرَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ إلَّا أَنْ تَكُونَ ظَاهِرَةَ الْحَمْلِ يَوْمَ الْعِتْقِ أَوْ تَضَعُهُ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأُحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَزَوَّجَ مُدَبَّرَةً فَمَاتَ السَّيِّدُ وَقَدْ وَلَدَتْ أَوْلَادًا وَهِيَ حَامِلٌ يَوْمَ مَوْتِهِ فَوَلَاؤُهُمْ لِمَنْ يُعْتَقُ فِي ثُلُثِهِ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا ثُمَّ أُعْتِقَ لَمْ يَجُرَّ وَلَاءَهُمْ إلَّا أَنْ تَحْمِلَ بِهِمْ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا قَالَهُ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَوَجْهُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأُحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَسْتَأْذِنُ سَيِّدَهُ أَنْ يُعْتِقَ عَبْدًا لَهُ فَيَأْذَنُ لَهُ سَيِّدُهُ إنَّ وَلَاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ لَا يَرْجِعُ وَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَإِنْ عَتَقَ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ إذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ لَمْ يَخْلُ أَنْ يُعْتِقَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَإِذَا أَعْتَقَهُ بِإِذْنِهِ ثَبَتَ وَلَاؤُهُ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُعْتِقُ، ثُمَّ إنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إلَيْهِ الْوَلَاءُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لِسَيِّدِهِ بِالْعِتْقِ فَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ بِحُرِّيَّةِ الْعَبْدِ الْمُعْتِقِ وَإِذَا أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ، ثُمَّ عَلِمَ بِهِ السَّيِّدُ فَلَمْ يَجُرَّ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى عَتَقَ الْعَبْدُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ إنَّ وَلَاءَهُ لِلْعَبْدِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ مِنْ إذْنِ السَّيِّدِ

مِيرَاثُ الْوَلَاءِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ الْقَاضِيَ ابْنَ هِشَامٍ هَلَكَ وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ ثَلَاثَةً اثْنَانِ لِأُمٍّ وَرَجُلٌ لِعِلَّةٍ فَهَلَكَ أَحَدُ اللَّذَيْنِ لِأُمٍّ وَتَرَكَ مَالًا وَمَوَالِيَ فَوَرِثَهُ أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ مَالَهُ وَوَلَاءَهُ مَوَالِيهِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي وَرِثَ الْمَالَ وَوَلَاءَ الْمَوَالِي وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لِأَبِيهِ فَقَالَ ابْنُهُ قَدْ أَحْرَزْت مَا كَانَ أَبِي أَحْرَزَ مِنْ الْمَالِ وَوَلَاءِ الْمَوَالِي وَقَالَ أَخُوهُ لَيْسَ كَذَلِكَ إنَّمَا أَحْرَزْت الْمَالَ، وَأَمَّا وَلَاءُ الْمَوَالِي فَلَا أَرَأَيْت لَوْ هَلَكَ أَخِي الْيَوْمَ أَلَسْتُ أَرِثُهُ أَنَا؟ فَاخْتَصَمَا إلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ فَقَضَى لِأَخِيهِ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي)

[المنتقى]

مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ وَلَاءَهُ كَمَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعِتْقِ حَتَّى يَعْتِقَ الْعَبْدُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا عِتْقُ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدَهُمْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ فِي وَقْتٍ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُ مَالِهِ فَوَلَاءُ مَا أُعْتِقَ لِلسَّيِّدِ، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ فِي الْعِتْقِ فِي وَقْتٍ كَانَ لَهُ انْتِزَاعُ الْمَالِ كَإِذْنِهِ لِلْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ بِإِذْنِ السَّيِّد فِي وَقْتٍ لَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَنْتَزِعَ مَا لَهُمَا مِنْ مَرَضٍ لِلسَّيِّدِ فَإِنَّ وَلَاءَ مَا أَعْتَقُوهُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ يَرْجِعُ إلَيْهِمْ إذَا عَتَقُوا، وَكَذَلِكَ الْمُعْتَقُ إلَى أَجَلٍ فِي قُرْبِ الْأَجَلِ الَّذِي يَمْنَعُ انْتِزَاعَ مَالِهِ وَبَعْدَهُ الَّذِي لَا يَمْنَعُ مِنْهُ قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ أُخْتُلِفَ فِي وَلَاءِ مَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَكُونَ لِلسَّيِّدِ وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ لَا يَرْجِعُ إلَيْهِمَا وَإِنْ عَتَقَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ أَخْذُ مَالِهِمَا بِسَبَبِ صِحَّتِهِ إنْ صَحَّ؛ يُرِيدُ لِأَنَّهُ لَا يَقْطَعُ بِمَنْعِهِ مِنْ مَالِهِمَا لِمَا يَجُوزُ عَلَيْهِ مِنْ الصِّحَّةِ وَذَلِكَ يَجْعَلُ الْوَلَاءَ لَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ بِغَيْرِ إذْنِ السَّيِّدِ فَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ حَتَّى عَتَقُوا فَإِنَّ وَلَاءَ مَا أَعْتَقُوهُ يَكُونُ لَهُمْ دُونَ السَّيِّدِ إنْ لَمْ يَكُنْ السَّيِّدُ اسْتَثْنَى مَا لَهُمْ وَإِنْ اسْتَثْنَى مَا لَهُمْ بَطَلَ الْعِتْقُ وَرَقُّوا لِلسَّيِّدِ قَالَهُ كُلُّهُ فِي الْوَاضِحَةِ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَرَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّ وَلَاءَ مَنْ أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ فِي مَرَضِ السَّيِّدِ لَهُمَا دُونَ السَّيِّدِ فَإِنْ صَحَّ السَّيِّدُ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ قَالَ أَصْبَغُ الْوَلَاءُ لَهُمَا وَلَا يَرْجِعُ إلَى السَّيِّدِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ حُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ مَالِهِمَا إنْ انْتَزَعَهُ فِي مَرَضِهِ فَمَاتَ رُدَّ عَلَيْهِمَا وَإِنْ صَحَّ فَهُوَ لَهُ فَكَذَلِكَ

وَلَاءُ مَا أَعْتَقَا بِإِذْنِهِ مُرَاعًى عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا أَعْتَقَهُ الْمُكَاتَبُ، ثُمَّ عَجَزَ فَوَلَاؤُهُ لِلسَّيِّدِ، ثُمَّ إنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ بِكِتَابَةٍ أُخْرَى أَوْ بِأَيِّ وَجْهٍ كَأَنْ لَمْ يَرْجِعْ إلَيْهِمَا الْوَلَاءُ، وَذَلِكَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَعْتَقَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ مِمَّنْ يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ فَلَا يَرْجِعُ الْوَلَاءُ إلَيْهِ وَإِنْ عَتَقَ كَالْعَبْدِ الْقِنِّ وَهَذَا عَلَى قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ يُعْتَقَانِ فِي مَرَضِ سَيِّدِهِمَا، ثُمَّ يُعْتِقُ السَّيِّدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

[مِيرَاثُ الْوَلَاءِ]

(ش) : قَوْله إنَّ عُثْمَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَضَى بِالْوَلَاءِ لِمَنْ هُوَ أَحَقُّ بِهِ يَوْمَ الِاسْتِحْقَاقِ وَلَا يَجْرِي فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَتَعَجَّلُ أَمْرُهُ بِمَوْتِ مَنْ يُورَثُ عَنْهُ وَأَمْرُ الْوَلَاءِ بَاقٍ بَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ بِحَالِ الِاسْتِحْقَاقِ وَلِذَلِكَ إذَا مَاتَ أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ الشَّقِيقَيْنِ وَرِثَهُ أَخُوهُ شَقِيقُهُ دُونَ الْأَخِ لِلْأَبِ وَتَعَجَّلَ أَخْذَ الْمَالِ، ثُمَّ لَمَّا مَاتَ الثَّانِي مِنْ الشَّقِيقَيْنِ وَرِثَ بَنُوهُ مَا انْتَقَلَ إلَيْهِ مِنْ الْمَالِ وَلَمْ يَرِثُوا الْوَلَاءَ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بَاقٍ بَعْدُ فَمَنْ مَاتَ مِنْ مَوَالِي أَوَّلِ الشَّقِيقَيْنِ مَوْتًا وَرِثَهُ أَخُوهُ لِأَبِيهِ دُونَ وَلَدِ الشَّقِيقَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَحَقِّ بِهِ مَنْ كَانَ أَحَقَّ بِمُعْتَقِهِمْ يَوْمَ مَوْتِ الْمَوَالِي وَلَا خِلَافَ أَنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ أَحَقُّ بِأَخِيهِ مِنْ وَلَدِ أَخِيهِ الشَّقِيقِ يَوْمَ مَاتَ الْمَوْلَى – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ –.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: الْأَخُ الشَّقِيقُ أَوْلَى بِالْوَلَاءِ مِنْ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ ابْنِ أَخٍ شَقِيقٍ وَابْنُ أَخٍ شَقِيقٍ أَوْلَى مِنْ ابْنِ أَخٍ لِأَبٍ وَعَلَى هَذَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: الِابْنُ

(284/6)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَبُوهُ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ فَاخْتَصَمَ إلَيْهِ نَفَرٌ مِنْ جُهَيْنَةَ وَنَفَرٌ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ وَكَانَتْ امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ يُقَالُ لَهُ إبْرَاهِيمُ بْنُ كُلَيْبٍ فَمَاتَتْ الْمَرْأَةُ وَتَرَكَتْ مَالًا وَمَوَالِيَ فَوَرِثَهَا ابْنُهَا وَزَوْجُهَا، ثُمَّ مَاتَ ابْنُهَا فَقَالَ وَرَثَتُهُ لَنَا وَلَاءُ الْمَوَالِي قَدْ كَانَ ابْنُهَا أَحْرَزَهُ فَقَالَ الْجُهَنِيُّونَ لَيْسَ كَذَلِكَ إنَّمَا هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَا فَإِذَا مَاتَ وَلَدُهَا فَلَنَا وَلَاؤُهُمْ وَنَحْنُ نَرِثُهُمْ فَقَضَى أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ لِلْجُهَنِيِّينَ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ قَالَ فِي رَجُلٍ هَلَكَ وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ ثَلَاثَةً وَتَرَك مَوَالِيَ أَعْتَقَهُمْ هُوَ عَتَاقَةً، ثُمَّ إنَّ الرَّجُلَيْنِ مِنْ بَنِيهِ هَلَكَا وَتَرَكَا أَوْلَادًا فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ يَرِثُ الْمَوَالِي الْبَاقِيَ مِنْ الثَّلَاثَةِ فَإِذَا

هَلَكَ هُوَ فَوَلَدُهُ وَوَلَدُ أَخَوَيْهِ فِي الْمَوَالِي شَرْعٌ سَوَاءٌ) .

[المنتقى]

أَحَقُّ النَّاسِ بِوَلَاءِ مَوَالِي أَبِيهِ، ثُمَّ الْأَبُ، ثُمَّ الْأَخُ الشَّقِيقُ، أَوْ لِلْأَبِ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ الشَّقِيقِ، أَوْ لِلْأَبِ هُمَا أَوْلَى مِنْ الْجَدِّ وَأَمَّا الْأَخُ لِلْأُمِّ وَابْنُهُ فَلَا حَظَّ لَهُ فِي الْوَلَاءِ وَالْجَدُّ أَوْلَى مِنْ الْعَمِّ وَجْهُ تَقْدِيمِ الْإِخْوَةِ وَبَنِي الْإِخْوَةِ عَلَى الْجَدِّ فِي الْوَلَاءِ بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ أَنَّ الْمِيرَاثَ إنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ الْمَحْضِ دُونَ الْفُرُوضِ وَالْإِخْوَةُ وَبَنُو الْإِخْوَةِ أَثْبَتُ مِنْهُمْ فِي التَّعْصِيبِ مِنْ الْجَدِّ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ بِفَرْضٍ، وَالْجَدُّ يُورَثُ بِالْفَرْضِ مَعَ أَنَّهُمْ أَقْرَبُ إلَى الْمَيِّتِ مِنْ الْجَدِّ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِالْبُنُوَّةِ وَالْجَدُّ يُدْلِي بِالْأُبُوَّةِ، وَالْبُنُوَّةُ أَثْبَتُ فِي التَّعْصِيبِ مِنْ الْأُبُوَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا تُوُفِّيَ رَجُلٌ لَهُ عَاصِبَانِ مُتَسَاوِيَانِ فِي الْقُعْدُدِ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ هُمَا سَوَاءٌ فِي اسْتِحْقَاقِ وَلَاءِ مَوَالِيهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ الْأَخُ لِلْأُمِّ أَحَقُّ مِنْ سَائِرِهِمْ كَالْأَخَوَيْنِ أَحَدُهُمَا شَقِيقٌ وَالْآخَرُ لِلْأَبِ فَالشَّقِيقُ أَوْلَى لِزِيَادَةِ الْقَرَابَةِ بِالْأُمِّ، وَكَذَلِكَ الْعَمُّ الشَّقِيقُ مَعَ الْعَمِّ لِلْأَبِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَبُوهُ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ فَاخْتَصَمَ إلَيْهِ نَفَرٌ مِنْ جُهَيْنَةَ وَنَفَرٌ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ وَكَانَتْ امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ يُقَالُ لَهُ إبْرَاهِيمُ بْنُ كُلَيْبٍ فَمَاتَتْ الْمَرْأَةُ وَتَرَكَتْ مَالًا وَمَوَالِيَ فَوَرِثَهَا ابْنُهَا وَزَوْجُهَا، ثُمَّ مَاتَ ابْنُهَا فَقَالَ وَرَثَتُهُ لَنَا وَلَاءُ الْمَوَالِي قَدْ كَانَ ابْنُهَا أَحْرَزَهُ فَقَالَ الْجُهَيْنِيُّونَ لَيْسَ كَذَلِكَ إنَّمَا هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَا فَإِذَا مَاتَ وَلَدُهَا فَلَنَا وَلَاؤُهُمْ وَنَحْنُ نَرِثُهُمْ فَقَضَى أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ لِلْجُهَيْنِيِّينَ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ قَالَ فِي رَجُلٍ هَلَكَ وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ ثَلَاثَةً وَتَرَكَ مَوَالِيَ أَعْتَقَهُمْ هُوَ عَتَاقَةً، ثُمَّ إنَّ الرَّجُلَيْنِ مِنْ بَنِيهِ هَلَكَا وَتَرَكَا أَوْلَادًا فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ يَرِثُ الْمَوَالِي الْبَاقِيَ مِنْ الثَّلَاثَةِ فَإِذَا هَلَكَ هُوَ فَوَلَدُهُ وَوَلَدُ أَخَوَيْهِ فِي الْمَوَالِي شَرْعٌ سَوَاءٌ) .

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْمَرْأَةِ الْجُهَنِيَّةِ الَّتِي تُوُفِّيَتْ عَنْ مَالٍ وَمَوَالٍ فَوَرِثَهَا ابْنُهَا وَزَوْجُهَا، ثُمَّ مَاتَ ابْنُهَا فَقَالَ وَرَثَتُهُ لَنَا وَلَاءُ الْمَوَالِي قَدْ كَانَ ابْنُهَا أَحْرَزَهُ.

وَقَالَ الْجُهَيْنِيُّونَ هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَا فَإِذَا مَاتَ وَلَدُهَا فَلَنَا الْوَلَاءُ فَقَضَى أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ بِوَلَائِهِمْ لِلْجُهَيْنِيِّينَ يُرِيدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي الْوَلَاءِ لِمَنْ كَانَ أَحَقَّ بِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْمَوَالِي، وَذَلِكَ أَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ فَمَا تَقَدَّمَ مِنْ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ إنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ قَدْ يَكُونُ الْيَوْمَ الرَّجُلُ أَحَقَّ بِالرَّجُلِ

مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ، ثُمَّ يُنْقَلُ الْأَمْرُ فَيَكُونُ غَيْرُهُ أَحَقَّ بِهِ مِنْهُ عِنْدَ الْمِيرَاثِ وَقَدْ يَبْعُدُ عَنْهُ الْيَوْمَ وَيَكُونُ غَيْرُهُ أَحَقَّ بِهِ، ثُمَّ يَكُونُ عِنْدَ الْمِيرَاثِ، وَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ يُعْتِقُ الرَّجُلُ الْمَوْلَى، ثُمَّ يَمُوتُ عَنْ أَخٍ وَوَلَدٍ فَالْوَلَدُ أَقْرَبُ إلَى الْمَوَالِي؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إلَى الْمُعْتَقِ فَإِنْ مَاتَ الِابْنُ عَادَ الْقُرْبُ، وَالْحَقُّ لِلْأَخِ فَمَنْ مَاتَ مِنْ الْمَوَالِي بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدِ وَرِثَهُ الْأَخُ دُونَ وَرَثَتِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَنْظُرُ إلَى اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ يَوْمَ مَاتَ الْمَوْرُوثُ لَا يَوْمَ اسْتِحْقَاقِ سَبَبِهِ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ بِنَسَبٍ، أَوْ وَلَاءٍ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي امْرَأَةٍ مَاتَتْ عَنْ وَلَدٍ ذَكَرٍ مِنْ غَيْرِ قَوْمِهَا وَتَرَكَتْ مَوَالِيَ، ثُمَّ مَاتَ الِابْنُ وَتَرَكَ عَمَّهُ وَخَالَهُ فَالْوَلَاءُ لِخَالِهِ دُونَ عَمِّهِ؛ لِأَنَّ الْخَالَ عَصَبَةُ أُمِّهِ يُرِيدُ أَنَّهُ أَخُوهَا وَلَمَّا مَاتَتْ الْأُمُّ كَانَ الِابْنُ أَقْرَبُ إلَيْهَا مِنْ أَخِيهَا وَأَحَقُّ بِمِيرَاثِ مَوَالِيهَا.

وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مِيرَاثُ مَوَالِي الْمَرْأَةِ لِوَلَدِهَا الذُّكُورِ وَعَقْلُهُمْ عَلَى قَوْمِهَا وَإِلَيْهِمْ يُنْسَبُونَ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْوَلَاءُ بِمَوْتِ وَلَاءِ مَنْ أَعْتَقَ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ مِنْهُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ الْآنَ مِنْ أَخِيهَا وَلَوْ مَلَكَهُ مَلَكَهُ أَوَّلًا مَنْ أَعْتَقَ لَا يُنْقَلُ عَنْهُ إلَى غَيْرِهِ فَلَمَّا مَاتَ الِابْنُ صَارَ أَخُوهَا لِذَلِكَ أَحَقَّ مِنْ غَيْرِهِ وَأَمَّا عَمُّ الِابْنِ فَلَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّ ابْنِ أَخِيهِ فَيَنْجَرُّ إلَيْهِ وَلَاءُ مَنْ أَعْتَقَتْ.

وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَمَا وَرِثَ ابْنُهَا الْوَلَاءَ إلَّا زَحْفًا يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ قَوْمِهَا وَلَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ الْوَلَدُ أَقْوَى تَعْصِيبًا وَالْوَلَاءُ يَخْتَصُّ بِالتَّعْصِيبِ قُدِّمَ عَلَى قَوْمِهَا فَلَمَّا مَاتَ قُدِّمَ أَقْرَبُ قَوْمِهَا إلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ عَبْدًا لَهُ ابْنٌ وَابْنَةٌ اشْتَرَيَاهُ فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَبُ عَبْدًا فَمَاتَ الْأَبُ، ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ فَمِيرَاثُ الْأَبِ بَيْنَهُمَا بِالنَّسَبِ وَمِيرَاثُ الْمَوْلَى لِلِابْنِ وَحْدَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَتْ الِابْنَةُ وَحْدَهَا الْأَبُ قَالَهُ مَالِكٌ

(285/6)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْمُكَاتَبِ) (الْقَضَاءُ فِي الْمُكَاتَبِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ قَالَ مَالِكٌ وَهُوَ رَأْيِي) .

[المنتقى]

وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَهُوَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَكِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُورَثُ بِالْوَلَاءِ إلَّا مَعَ عَدَمِ النَّسَبِ فَوَلَدُ الرَّجُلِ يَرِثُ مَوَالِيهِ دُونَ مَنْ أَعْتَقَ أَبَاهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ وَلَدٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَبُ

عَبِيدًا وَمَاتَ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ الْمَوَالِيَ دُونَ مَنْ أَعْتَقَ أَبَاهُ؛ لِأَنَّ وِرَاثَةَ الِابْنِ مَوَالِيَ أَبِيهِ وِرَاثَةٌ بِالنَّسَبِ مَا ثَبَتَ بِالْوَلَاءِ وَوِرَاثَةُ مُعْتِقِ الْأَبِ لِمَوَالِي الْأَبِ وِرَاثَةٌ بِالْوَلَاءِ مَا يَثْبُتُ بِالْوَلَاءِ وَفِي الْكِتَابَيْنِ أَنَّ مِمَّا يُبَيِّنُ هَذَا أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَوْضِعُ الِابْنَةِ أَجْنَبِيًّا لَوَرِثَ مَوَالِيَ الْأَبِ الِابْنُ دُونَ الْأَجْنَبِيِّ لِمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الِابْنَ يَرِثُهُمْ بِالنَّسَبِ وَالْأَجْنَبِيَّ يَرِثُهُمْ بِالْوَلَاءِ.

[مِيرَاثُ السَّائِبَةِ وَوَلَاءُ مَنْ أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ قَدْ يُعْتِقُ الرَّجُلُ عَبْدَهُ سَائِبَةً وَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَكْرَهُ عِتْقَ السَّائِبَةِ؛ لِأَنَّهُ كَهِبَةِ الْوَلَاءِ قَالَ عِيسَى عَنْهُ أَكْرَهُهُ وَأَنْهَى عَنْهُ قَالَ أَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ لَا تُعْجِبُنَا كَرَاهَتُهُ لِذَلِكَ وَهُوَ جَائِزٌ كَمَا يُعْتِقُ عَنْ غَيْرِهِ يُرِيدُ عَنْ مُعْتِقٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ سَائِبَةٌ يُرِيدُ الْعِتْقَ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ هُوَ حُرٌّ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ الْحُرِّيَّةَ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ سَائِبَةً فَمَعْنَاهُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَنْ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَثَبَتَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ وَبِهِ قَالَ عُمَرُ وَابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَوَلَاؤُهُ لِمُعْتِقِهِ وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا سَائِبَةَ عِنْدَنَا الْيَوْمَ فِي الْإِسْلَامِ وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً فَوَلَاؤُهُ لَهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ عَنْهُ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ مَا رَوَى عَنْهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَهَذَا مُعْتَقٌ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقْ عَنْ مُعَيَّنٍ فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ كَمَا لَوْ أَطْلَقَ الْعِتْقَ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يُسْلِمُ عَبْدُ أَحَدِهِمَا فَيُعْتِقُهُ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ أَنَّ وَلَاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِلْمُسْلِمِينَ وَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إلَيْهِ الْوَلَاءُ أَبَدًا قَالَ، وَلَكِنْ إذَا أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ، أَوْ النَّصْرَانِيُّ عَبْدًا عَلَى دِينِهِمَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الْيَهُودِيُّ، أَوْ النَّصْرَانِيُّ الَّذِي أَعْتَقَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ رَجَعَ إلَيْهِ الْوَلَاءُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ يَوْمَ أَعْتَقَهُ قَالَ مَالِكٌ وَإِنْ كَانَ لِلْيَهُودِيِّ، أَوْ النَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ وَرِثَ مَوْلَى أَبِيهِ الْيَهُودِيِّ، أَوْ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ حِينَ أَعْتَقَ مُسْلِمًا لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ النَّصْرَانِيِّ، أَوْ الْيَهُودِيِّ الْمُسْلِمَيْنِ مِنْ وَلَاءِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَلَا لِلنَّصْرَانِيِّ وَلَاءٌ فَوَلَاءُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ) .

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يُسْلِمُ عَبْدُ أَحَدِهِمَا فَيُعْتِقُهُ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ يَقْتَضِي أَنَّهُ يُبَاعُ عَلَيْهِ إنْ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ مِلْكِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ كَافِرٍ مُسْلِمًا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يُسْلِمُهُ وَلَا يَظْلِمُهُ» ، وَلَيْسَ حِينَ أَسْلَمَهُ لَهُ أَعْظَمُ مِنْ أَنْ يُسْلِمَهُ إلَى اسْتِرْقَاقِ الْكَافِرِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنَّ وَلَاءَ الْعَبْدِ لِلْمُسْلِمِينَ سَمَّاهُ عَبْدًا عَلَى وَجْهِ التَّجَوُّزِ وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا وَإِنَّمَا هُوَ الْآنَ بَعْدَ الْعِتْقِ حُرٌّ وَلَوْ كَانَ عَبْدًا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ وَلَاءٌ لِوَرَثَةِ مَوْلَاهُ الْكَافِرِ بِحُكْمِ الرِّقِّ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَرِثُ الْمُسْلِمُ عَبْدَ عَبْدِهِ النَّصْرَانِيِّ، أَوْ الْمَجُوسِيِّ بِالرِّقِّ وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدُ الْمَجُوسِيِّ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ وَرِثَهُ الْكَافِرُ بِالرِّقِّ قَالَ، وَكَذَلِكَ مُدَبَّرُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَعْنَى الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْمِيرَاثِ

(286/6)

. . . .

[المنتقى]

لَكَانَ أَحَقَّ بِمِيرَاثِهِ مَنْ يَرِثُهُ بِالنَّسَبِ وَالرِّقُّ يُنَافِي التَّوَارُثَ، وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا لَهُ بِسَبَبِ مِلْكِهِ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ، أَوْ النَّصْرَانِيُّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إلَيْهِ الْوَلَاءُ أَبَدًا، وَذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ وَقَعَ فِي وَقْتٍ يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ افْتِرَاقُ الدِّينَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ وَلَاءُ مُسْلِمٍ لِلْكَافِرِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} [المائدة: 51] فَإِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ وَلَمْ يَصِحَّ ثُبُوتُ الْوَلَاءِ لِلْكَافِرِ وَلَا بُدَّ مِنْ الْوَلَاءِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوْضِعٌ يَرْجِعُ إلَيْهِ إلَّا إلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَيَثْبُتُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ} [التوبة: 71] .

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ عَبْدًا عَلَى دِينِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ، ثُمَّ أَسْلَمَ مَنْ أَعْتَقَهُ رَجَعَ إلَيْهِ وَلَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ يَوْمَ أَعْتَقَهُ يُرِيدُ أَنَّ النَّصْرَانِيَّ إنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ النَّصْرَانِيَّ فَقَدْ ثَبَتَ لَهُ وَلَاؤُهُ لِاتِّفَاقِ الدِّينَيْنِ فَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ لَمْ يَرِثْهُ الْمُعْتِقُ لِاخْتِلَافِ الدِّينَيْنِ وَذَلِكَ مَعْنًى يَمْنَعُ

التَّوَارُثَ مَعَ النَّسَبِ، وَكَذَلِكَ مَعَ الْوَلَاءِ وَلَوْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ بَعْدَ الْعِتْقِ، ثُمَّ مَاتَ لَوَرِثَهُ الْمُعْتِقُ لِاجْتِمَاعِهِمَا فِي الدِّينِ وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ افْتِرَاقُهُمَا فِي الدِّينِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ كَمَا لَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ افْتِرَاقُهُمَا فِي الدِّينِ بَعْدَ ثُبُوتِ النَّسَبِ إِذَا كَانُوا مُسْلِمِينَ يَوْمَ التَّوَارُثِ فَالْمُرَاعَى فِي ثُبُوتِ الْوَلَاءِ يَوْمَ الْعِتْقِ أَنْ يَكُونَا عَلَى دِينٍ وَاحِدٍ لَا يُبَالِي أَيُّ دِينٍ كَانَ مِنْ إِيمَانٍ، أَوْ كُفْرٍ وَالْمُرَاعَى فِي اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ لِيَوْمِ الْمَوْتِ أَنْ يَكُونَا عَلَى دِينِ الْإِسْلَامِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكُفْرَ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ وَإِنَّمَا يَمْنَعُهُ اخْتِلَافُ الدِّينَيْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ لِلْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ وَرِثَ مَوْلَى أَبِيهِ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ يُرِيدُ أَنَّ الْكَافِرَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْكَافِرَ ثَبَتَ لَهُ وَلَاؤُهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَإِذَا أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَ وَلِمُعْتِقِهِ وَلَدٌ مُسْلِمٌ وَرِثَهُ الْوَلَدُ الْمُسْلِمُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ حَالَ الْعِتْقِ مَا يُوجِبُ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ مِنْ اتِّفَاقِ دِينِ الْمُعْتَقِ وَالْمُعْتِقِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ الْمُعْتِقُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ وَرِثَهُ، ثُمَّ وُجِدَ يَوْمُ التَّوَارُثِ اتِّفَاقُ دِينِ الْوَارِثِ وَهُوَ وَلَدُ الْمُعْتِقِ وَدِينُ الْمَوْرُوثِ وَكَانَ الْمُعْتِقُ لِكُفْرِهِ لَا يَرِثُ الْمُعْتَقَ الْمُسْلِمَ وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ كَمَا لَوْ مَاتَ فَإِنَّ وَلَدَهُ يَرِثُ مَنْ ثَبَتَ لَهُ وَلَاؤُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ الْيَهُودِيَّ أَوْ النَّصْرَانِيَّ اتَّخَذَ أُمَّ وَلَدٍ عَلَى دِينِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، ثُمَّ مَاتَتْ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَرِثُهَا وَلَدُهُ الْمُسْلِمُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَرْجِعُ إِلَيْهِ وَلَاؤُهَا إِنْ أَسْلَمَ قَالَ، وَكَذَلِكَ مُدَبَّرُهُ وَمُكَاتَبُهُ لِعَقْدِهِ ذَلِكَ فِي نَصْرَانِيَّتِهِمَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَلَوْ كَانَ الْمُعْتِقُ حِينَ أَعْتَقَ مُسْلِمًا لَمْ يَرِثْهُ الْمُسْلِمُ مِنْ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ وَالْيَهُودِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ وَلَاءٌ فَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ يُرِيدُ أَنَّهُ إِنْ أَعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتِقُ لَهُ لَمْ يَرِثْهُ الْمُسْلِمُ مِنْ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ الْمُعْتِقِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَمْ يَثْبُتْ لِلنَّصْرَانِيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ لِاخْتِلَافِ دِينِهِمَا حِينَ الْعِتْقِ فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ الْوَلَاءُ لِلنَّصْرَانِيِّ ثَبَتَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ وَرِثَهُ الْمُسْلِمُونَ؛ لِأَنَّ وَلَاءَهُ لَمْ يَثْبُتْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ الْوَلَاءُ مُرَاعًى فَإِنْ أَسْلَمَ ثَبَتَ وَلَاؤُهُ لَهُ وَوَرِثَهُ وَإِنْ مَاتَ النَّصْرَانِيُّ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ فَلَا وَلَاءَ لِلْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَلَا يَرِثُهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَلَاؤُهُ ثَابِتٌ وَيَرِثُهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولهُ أَنَّ الْوَلَاءَ مَعْنًى يُتَوَارَثُ بِهِ فَوَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهِ اتِّفَاقُ الدِّينِ كَالنَّسَبِ وَالصِّهْرِ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَرِثُ بِالنَّسَبِ لَا يَرِثُ بِالْوَلَاءِ أَصْلُ ذَلِكَ الْقَاتِلُ عَمْدًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأُحْكَمُ.

(287/6)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْمُكَاتَبِ) (الْقَضَاءُ فِي الْمُكَاتَبِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ قَالَ مَالِكٌ وَهُوَ رَأْيِي) .

[المنتقى]

[كِتَابُ الْمُكَاتَبِ] [الْقَضَاءُ فِي الْمُكَاتَبِ]

(ش) : وَقَدْ رُوِيَ مِثْلُ هَذَا عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَعَائِشَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ وَعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَقَالَهُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ.

وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ طَرِيقٍ غَيْرِ ثَابِتٍ وَمَا رُوِيَ مِنْ ذَلِكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ حُكْمَ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ حُكْمُ الْعَبْدِ فِي جِرَاحِهِ وَحُدُودِهِ وَشَهَادَتِهِ وَقَذْفِهِ وَطَلَاقِهِ وَنَفْيِ الْقِصَاصِ عَنْ الْحُرِّ يَقْتُلُهُ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْعَبِيدِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ جَمِيعَهُ رَقِيقٌ لَا يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ وَبِهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ قَالَ مَالِكٌ وَالزُّهْرِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: الْمُكَاتَبُ يُورَثُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى وَيُجْلَدُ الْحَدَّ بِقَدْرِ مَا أَدَّى وَيَعْتِقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى وَتَكُونُ دِيَتُهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى يَعْتِقُ مِنْهُ بِالْحِسَابِ وَنَحْوِهِ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ إذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ الشَّطْرَ فَلَا رِقَّ عَلَيْهِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَشُرَيْحٍ إذَا أَدَّى الثُّلُثَ فَهُوَ غَرِيمٌ بِمَعْنَى أَنَّهُ حُرٌّ وَإِنَّمَا يُطَالَبُ بِمَا عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا احْتَجَّ بِهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فَإِنَّهُ قَالَ لَهُ أَكُنْت تَرْجُمُهُ لَوْ زَنَى بَعْدَ إحْصَانٍ قَالَ لَا قَالَ أَفَتُجِيزُ شَهَادَتَهُ قَالَ لَا قَالَ فَهُوَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَتَجْوِيزُ ذَلِكَ أَنَّهُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الرِّقِّ فَلَمْ يَزُلْ مَعَ بَقَاءِ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ وَلَهُ وَلَدٌ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ وَرِثُوا مَا بَقِيَ مِنْ الْمَالِ بَعْدَ قَضَاءِ كِتَابَتِهِ مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ أَنَّ مُكَاتَبًا كَانَ لِابْنِ الْمُتَوَكِّلِ هَلَكَ بِمَكَّةَ وَتَرَك عَلَيْهِ بَقِيَّةً مِنْ كِتَابَتِهِ وَدُيُونًا لِلنَّاسِ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ فَأَشْكَلَ عَلَى عَامِلِ مَكَّةَ الْقَضَاءُ فِيهِ فَكَتَبَ إلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ فَكَتَبَ إلَيْهِ عَبْدُ الْمَلِكِ أَنْ ابْدَأْ بِدُيُونِ النَّاسِ، ثُمَّ اقْضِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اقْسِمْ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَوْلَاهُ)

[المنتقى]

شَيْءٍ مِنْ الْكِتَابَةِ، أَصْلُ ذَلِكَ قَبُولُ الشَّهَادَةِ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْمُكَاتَبِ يَتْرُكُ الْمَالَ يَزِيدُ عَلَى كِتَابَتِهِ وَيَتْرُكُ وَلَدًا لَهُمْ حُكْمُ الْمُكَاتَبِ إمَّا لِأَنَّهُ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أَوْ وُلِدُوا مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي عَنْهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ حَالًّا لَا يُؤَخَّرُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَتْرُكْ إلَّا وَفَاءً قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: لِأَنَّ الدُّيُونَ الْمُؤَجَّلَةَ تَحِلُّ بِمَوْتِ مَنْ تَكُونُ عَلَيْهِ وَهَذَا الْفَصْلُ يَقْتَضِي أَوَّلُهُ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ إذَا بَقِيَ مَنْ يَقُومُ بِهَا وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ يَقْتَضِي عِوَضًا يَلْزَمُ أَحَدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ مَنْ عَقَدَهُ إذَا كَانَ مَعَهُ فِي الْعَقْدِ مَنْ يَقُومُ بِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ بِمَوْتِ الْمُسْتَأْجِرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ مِنْ الْمَالِ وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ إلَى السَّيِّدِ وَأَخَذَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ يَسْعَوْنَ بِهِ إنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ السَّعْيِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ بِذَلِكَ الْمَالِ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَوَرِثَ الْوَلَدُ مَا بَقِيَ مِنْ الْمَالِ بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ يُرِيدُ أَنَّهُمْ يَسْعَوْنَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى عَقْدِ الْكِتَابَةِ كَمَا لَوْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ مَالٍ فَأَدَّوْا مِنْ أَمْوَالِهِمْ لَعَتَقُوا بِالْأَدَاءِ وَإِذَا عَتَقُوا بِمَا أَدَّوْا عَنْ أَنْفُسِهِمْ مِنْ مَالِ أَبِيهِمْ وَرِثُوا بَاقِيَهُ هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ.
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْأَحْرَارُ وَهُوَ قَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَمُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ وَطَاوُسٍ وَالنَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ وَالْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ جَمِيعُ مَا تَرَكَ لِلسَّيِّدِ وَنَحْوُهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ مَعَ الْقُوَّةِ عَلَى الْأَدَاءِ وَوُجُودِ الْمَالِ وَكَانَ مَا تَرَكَهُ الْمُكَاتَبُ بِيَدِهِ مَوْجُودٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ الِامْتِنَاعُ مِنْ

أَخْذِهِ إنْ عَجَّلَهُ الْعَبْدُ كَانَ حَالُ الْعَبْدِ مُرَاعًى فَإِنْ وَصَلَ الْمَالُ إلَى السَّيِّدِ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ مِنْ يَوْمِ وُجُودِ الْمَالِ وَظُهُورِهِ عِنْدَهُ لَا سِيَّمَا وَمَنْ شَرِكَهُ فِي الْكِتَابَةِ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ فَإِذَا مَاتَ بِأَدَاءِ الْمَالِ إلَى السَّيِّدِ قَضَى بِأَنَّهُ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَهَذَا كَانَ حُكْمَ كُلِّ مَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَوَجَبَ أَنْ يَرِثُوا مَا فَضَلَ مِنْ مَالِهِ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ.

وَوَجْهٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ حَقَّ سَائِرِ مَنْ مَعَهُ فِي الْمُكَاتَبَةِ قَدْ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ وَكَذَلِكَ لَوْ أَرَادَ أَنْ يَهَبَ مِنْهُ وَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ السَّيِّدُ لَكَانَ لِمَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ مَنْعُهُ مِنْ ذَلِكَ فَإِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مَنْ شَرِكَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَجَبَ أَنْ يَتَأَدَّى مِنْهُ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَجْهُ تَعَلُّقِ حُقُوقِهِمْ بِهِ وَمَنْ قَالَ إنَّهُمْ يَعْتِقُونَ مِنْهُ قَالَ إنَّهُمْ يَرِثُونَهُ وَالنَّاسُ بَيْنَ قَائِلَيْنِ: قَائِلٌ يَقُولُ هُوَ لِلسَّيِّدِ لَا يَعْتِقُ مِنْهُ الْوَلَدُ وَلَا يَرِثُونَ فَضَلَهُ، وَقَائِلٌ يَقُولُ يَعْتِقُ مِنْهُ الْوَلَدُ وَيَرِثُونَ فَضْلَهُ وَمَنْ قَالَ إنَّهُمْ يَعْتِقُونَ مِنْهُ وَلَا يَرِثُونَهُ فَقَدْ أَحْدَثَ قَوْلًا ثَالِثًا خَالَفَ بِهِ الْإِجْمَاعَ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَبْدِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ تَلِفَ الْمَالُ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إلَى السَّيِّدِ لَرَقَّ وَهُوَ وَمَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَإِذَا أَثْبَتَ أَنَّ لَهُ حُكْمَ الرِّقِّ كَانَ مَالُهُ لِلسَّيِّدِ دُونَ الْوَلَدِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ الْوَرَثَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَذَا حُكْمُ الْوَلَدِ عِنْدَ مَالِكٍ فَأَمَّا غَيْرُ الْوَلَدِ فَقَدْ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَيْنِ: إحْدَاهُمَا أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ إلَّا وَلَدُهُ الْمُكَاتِبُونَ مَعَهُ وَالثَّانِيَةُ يَرِثُهُ وَلَدُهُ وَسَائِرُ ذُرِّيَّاتِهِ، وَنَحْوَهُ ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ اُخْتُلِفَ فِيمَنْ يَرِثُ الْمُكَاتَبَ فَقِيلَ يَرِثُهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْحُرِّ بِالْمِلْكِ فَأَمَّا عَمٌّ وَابْنُ أَخٍ فَلَا، وَالسَّيِّدُ أَحَقُّ مِنْهُمْ قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ مَرَّةً، ثُمَّ قَالَ هُوَ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ

. . . .

[المنتقى]

وَأَشْهَبُ وَأَصْبَغُ يَرِثُهُ مَنْ يَرِثُ الْحُرَّ مِنْ عَمٍّ وَغَيْرِهِ مِنْ نِسَاءٍ وَرِجَالٍ فَعَلَى هَذَا يَنْقَسِمُ إلَى ثَلَاثِ رِوَايَاتٍ إحْدَاهَا أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ إلَّا الْوَلَدُ وَالثَّانِيَةُ لَا يَرِثُهُ إلَّا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْحُرِّ وَهُمْ الْأَبُ وَالْإِخْوَةُ وَالثَّالِثَةُ يُوَارِثُهُ كُلُّ مَنْ يُوَارِثُ الْأَحْرَارَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الْوَلَدَ يَنْفَرِدُونَ بِالدُّخُولِ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ إذَا حَدَثُوا بَعْدَ عَقْدِهَا فَاخْتَصُّوا لِذَلِكَ بِمِيرَاثِهِ وَكَانُوا بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ الْعَاقِدِ لِلْكِتَابَةِ وَبِذَلِكَ فَرَّقَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ

سَائِرِ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْكِتَابَةِ بَعْدَ انْعِقَادِهَا وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْحُرِّ يَدْخُلُ فِي مِيرَاثِ الْمُكَاتَبِ كَالْوَلَدِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ مَنْ وَرِثَهُ وَلَدُهُ وَرِثَهُ سَائِرُ وَرَثَتِهِ كَالْحُرِّ وَهَذَا التَّعْلِيلُ مِنْ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ يَقْتَضِي دُخُولَ الزَّوْجَةِ فِي هَذِهِ الْوِرَاثَةِ وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَشْهَبَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ آخِرُ قَوْلِ مَالِكٍ: إنَّهَا لَا تَرِثُهُ وَتَعْتِقُ مِمَّا تَرَكَ وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهَا لَا تَرِثُهُ وَلَا يَرِثُهَا وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ فِي الْكِتَابَةِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَنْ وَرِثَهُ سَائِرُ وَرَثَتِهِ بِالْفُرُوضِ وَالتَّعْصِيبِ فَإِنَّ زَوْجَتَهُ تَرِثُهُ كَالْحُرِّ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي الْمَنْعِ أَنَّهُ لَا تُنَاسِبُهُ فَلَمْ تَرِثْهُ كَالْأَجْنَبِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَنْ كَانَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ مِمَّنْ ذَكَرْنَا مَنْ عُقِدَتْ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ، أَوْ وُلِدَ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهِ فَأَمَّا مَنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْ هَذَا الْمَالِ شَيْئًا سَوَاءٌ كَانَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَلَدًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ الزُّهْرِيِّ أَنَّ وَلَدَهُ الَّذِينَ فِي الْكِتَابَةِ وَوَلَدَهُ الْأَحْرَارَ جَمِيعًا يَرِثُونَ الْمَالَ عَلَى فَرَائِضِهِمْ وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْأَحْرَارُ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ انْتِقَالَ هَذَا الْمَالِ إلَى مَنْ كَانَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ الْوِرَاثَةِ الْمَحْضَةِ وَإِنَّمَا هُوَ لِأَنَّ مَنْ شَارَكَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِمَالِهِ الَّذِي بِيَدِهِ وَالَّذِي يَكْتَسِبُهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِأَنَّهُ يَعْتِقُ مِنْهُ وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ الْمُكَاتَبُ الَّذِي لَهُ الْمَالُ وَيَتَعَلَّقُ أَيْضًا بِذَلِكَ الْمَالِ حَقُّ السَّيِّدِ عَلَى وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِيهِ مَنْ يَعْتِقُ بِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَانِعٌ مِنْ تَصْيِيرِ الْمَالِ إلَى السَّيِّدِ، وَمَانِعٌ مَنْ عِتْقِ الَّذِي لَهُ الْمَالُ إذَا احْتَاجَ إلَى الْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ يَدْخُلُ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَرُبَّمَا عَجَزَ عَنْ نَفْسِهِ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِذَا كَانَ لِلْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ الْمَالُ أَنْ يُدْخِلَ مَعَ نَفْسِهِ فِي الْكِتَابَةِ مَنْ يُسْقِطُ مِنْهُ حَقَّ السَّيِّدِ ثَبَتَ أَنَّ ذَلِكَ أَحَقُّ بِالْمَالِ مِنْ السَّيِّدِ؛ فَلِذَلِكَ كَانَ أَحَقَّ مِنْهُ بِمَا فَضَلَ مِنْ الْمَالِ بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ.

فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ فِي حَيَاتِهِ فَيُورِثُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَسَنَذْكُرُ بَعْدَ ذَلِكَ مَنْ يَدْخُلُ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ مِنْ وَلَدٍ وَغَيْرِهِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَغَيْرِهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ مَوْتَ الْمُكَاتَبِ لَا يُسْقِطُ عَنْهُمْ شَيْئًا مِنْ الْكِتَابَةِ فَلَوْ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا لَسَعُوا فِي جَمِيعِ الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَعْتِقُوا إلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِهَا فَكَمَا يَلْزَمُهُمْ أَنْ يُؤَدُّوا عَنْهُ وَلَا يَرْجِعُوا وَيُؤَدِّيَ عَنْهُمْ وَلَا يَرْجِعَ عَلَيْهِمْ فَكَذَلِكَ يَكُونُونَ أَحَقَّ بِمَا فَضَلَ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّ لِلْكِتَابَةِ تَأْثِيرًا فِي اخْتِصَاصِ بَعْضِهِمْ بِمَالِ بَعْضٍ لِلْكِتَابَةِ وَالْقَرَابَةِ أَوْ لِلْكِتَابَةِ وَالْوَلَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ فَهَذَا عَلَى طَرِيقَةِ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَالَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ قَوْلَ ابْنِ عُمَرَ فِي ذَلِكَ أَقْيَسُ وَأَظْهَرُ إذْ الْمَالُ

كُلُّهُ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا إنَّ مَنْ كَانَ مَعَهُ وَلَدُهُ فِي الْكِتَابَةِ يَرِثُونَ فَضْلَ مَالِهِ فَهَلْ يَكُونُونَ أَحَقَّ بِوَلَاءِ مَنْ يَعْتِقُ مِنْ مُكَاتِبِيهِ، أَوْ غَيْرِهِمْ رَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا تُوُفِّيَ الْمُكَاتِبُ عَنْ مُكَاتَبٍ وَلِلْأَعْلَى وَلَدٌ فِي الْكِتَابَةِ وَوَلَدٌ أَحْرَارٌ فَسَعَى الَّذِينَ فِي الْكِتَابَةِ وَأَدَّوْا أَنَّ وَلَاءَ الْمُكَاتَبِ الْأَسْفَلِ لَهُمْ دُونَ الْأَحْرَارِ وَجَعَلَهُ مَالِكٌ كَالْمَالِ.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إذَا لَمْ يَعْتِقْ قَبْلَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِهِ الَّذِينَ فِي كِتَابَتِهِ وَلَا الْأَحْرَارِ مِنْهُمْ وَلَا مُكَاتِبِيهِ عِتْقُ مُكَاتَبِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْ لِسَيِّدِهِ وَلَاءَهُ وَلَيْسَ ذَلِكَ كَمَالِهِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يُعْجِبُنِي قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَلَاءُ

(4/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ أَنْ يُكَاتِبَهُ إذَا سَأَلَهُ ذَلِكَ وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ أَحَدًا مِنْ الْأَئِمَّةِ أَكْرَهَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ وَقَدْ سَمِعْت بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ إذَا سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ فَقِيلَ لَهُ إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] يَتْلُو هَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ {وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا} [المائدة: 2] {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ} [الجمعة: 10] قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا ذَلِكَ أَمْرٌ أَذِنَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ لِلنَّاسِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِمْ)

[المنتقى]

مُكَاتَبِهِ لِمَنْ فِي الْكِتَابَةِ مِنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ وَلَاءُ أُمِّ وَلَدِهِ لِمَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ مِنْ وَلَدِهِ مِنْهَا وَلَا مِنْ غَيْرِهَا وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ إنَّ وَلَاءَهَا لَهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَاحْتِجَاجُ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ بِحَدِيثِ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ فِي قِصَّةِ ابْنِ الْمُتَوَكِّلِ تَعَلَّقَ بِالْآثَارِ وَلَعَمْرِي إنَّ الْآثَارَ فِي ذَلِكَ كَثِيرَةٌ عَنْ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَقَدْ أَوْرَدْنَا الْكَثِيرَ، وَخِلَافُ مَنْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ أَيْضًا ظَاهِرُهُ كُلُّ مُجْتَهِدٍ وَالْمَسْأَلَةُ مُحْتَمَلَةٌ.

وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ سَمِعْت ابْنَ أَبِي مُلَيْكَةَ عَبْدَ اللَّهِ يَذْكُرُ أَنَّ عَبَّادًا مَوْلَى الْمُتَوَكِّلِ مَاتَ مُكَاتَبًا قَدْ قَضَى النِّصْفَ مِنْ كِتَابَتِهِ وَتَرَكَ مَالًا كَثِيرًا وَابْنَةً لَهُ حُرَّةً كَانَتْ أُمُّهَا حُرَّةً فَكَتَبَ

عَبْدُ الْمَلِكِ أَنْ يَقْضِيَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ وَمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَوَالِيهِ قَالَ لِي عُمَرُ وَمَا أَرَاهُ إلَّا لِابْنَتِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ أَنْ يُكَاتِبَهُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ وَلَا يَقْضِي بِهِ عَلَيْهِ وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَجُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ.
وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَطَاءٍ أَنَّ ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ قَالَ: وَلَا آثَرَهُ عَنْ أَحَدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا مَعْنًى يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ غَالِبًا فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ السَّيِّدُ كَالِاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْعِتْقِ إلَى أَجَلٍ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا يُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى إخْرَاجِ الْعَبْدِ عَنْ مِلْكِهِ بِهِ بِدُونِ الْقِيمَةِ مَعَ السَّلَامَةِ فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ بِالْقِيمَةِ وَلَا بِأَكْثَرَ مِنْهَا كَالْبَيْعِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ: وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ أَحَدًا مِنْ الْأَئِمَّةِ أَكْرَهَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي السَّلَفِ وَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ أَمَرَ أَنَسًا أَنْ يَعْتِقَ عَبْدَهُ سِيرِينَ فَأَبَى فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ.
وَقَالَ: كَاتِبْهُ فَقَالَ أَنَسٌ: لَا أُكَاتِبُهُ فَتَلَا عُمَرُ {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] فَكَاتَبَهُ أَنَسٌ فَلَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى اللُّزُومِ وَالْجَبْرِ وَلَوْ كَانَ لِعُمَرَ أَنْ يُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ أَنَسًا لَحَكَمَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ وَاسْتَغْنَى عَنْ أَنْ يَضْرِبَهُ بِالدِّرَّةِ وَيَتْلُو عَلَيْهِ الْقُرْآنَ بِالْأَمْرِ بِذَلِكَ وَإِنَّمَا ضَرَبَهُ بِالدِّرَّةِ لَمَّا نَدَبَهُ إلَى الْخَيْرِ وَإِلَى مَا رَآهُ صَلَاحًا لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ فَامْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ فَأَدَّبَهُ لِامْتِنَاعِهِ وَتَلَا عَلَيْهِ الْقُرْآنَ بِالْأَمْرِ بِذَلِكَ وَالنَّدْبِ إلَيْهِ وَقَدْ أَمَرَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ أَنْ يُبِيحَ لِجَارِهِ إمْرَارَ النَّهْرِ عَلَى أَرْضِهِ.
وَقَالَ: وَاَللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِك عَلَى وَجْهِ التَّحَكُّمِ عَلَيْهِ فِيمَا هُوَ صَلَاحٌ لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ وَعُلِمَ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ لَا يُرَاجِعُهُ إذَا عَزَمَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ وَلَيْسَ هَذَا الَّذِي أَرَادَ مَالِكٌ أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ فِيهِ إكْرَاهُ أَحَدٍ فَمَالِكٌ أَعْلَمُ النَّاسِ بِأَحْكَامِ عُمَرَ وَغَيْرُهُ مِنْ أَئِمَّةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَحَسْبُك أَنَّ عَطَاءً الَّذِي انْفَرَدَ بِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ مِثْلَ قَوْلِ مَالِكٍ إنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ ذَلِكَ عَنْ أَحَدٍ.
وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَطَاءٍ أَيْضًا فِي نَفْيِ وُجُوبِ ذَلِكَ وَلَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ عُمَرَ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ وَالْجَبْرِ لِأَنَسٍ لَمْ يَلْزَمْ لِمُخَالَفَةِ النَّاسِ لَهُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُ مَالِكٍ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ إذَا قِيلَ لَهُ: إنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] يَتْلُو هَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ {وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا} [المائدة: 2] {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ} [الجمعة: 10] أَرَادَ أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَحْتَمِلُ غَيْرَ

الْوُجُوبِ وَأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ مَا وَرَدَ بِهَذِهِ الصِّيغَةِ وَاجِبًا فَقَدْ يَكُونُ مِنْهُ الْمَنْدُوبُ إلَيْهِ وَالْمُبَاحُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا تَحْتَمِلُهُ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْ الْمَعَانِي وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ هَذِهِ الصِّيغَةَ إذَا وَرَدَتْ بَعْدَ الْحَضِّ وَأَنَّهَا مَحْمُولَةٌ بِمُطْلَقِهَا عَلَى الْإِبَاحَةِ.

وَقَدْ قَالَ بِذَلِكَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَكَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِنَا وَأَشَارَ إلَيْهِ أَبُو إِسْحَاقَ فِي أَحْكَامِهِ وَتَعَلَّقَ فِي ذَلِكَ بِأَنَّ جِنْسَ هَذَا الْعَقْدِ مَحْظُورٌ لِتَعَلُّقِهِ

. . . .

[المنتقى]

بِمَجْهُولٍ وَهُوَ مَا كَاتَبَ عَلَيْهِ، أَوْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ إنْ عَجَزَ عَنْ الْأَدَاءِ، ثُمَّ وَرَدَتْ الْإِبَاحَةُ بِالْكِتَابَةِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَانَ ظَاهِرُهَا الْإِبَاحَةَ وَهَذَا مَقْصُودُ قَوْلِهِ: وَمَا يَتَحَصَّلُ مِنْهُ وَإِنْ كُنْت قَدْ جَرَيْت إلَى تَبْيِينِهِ وَلَيْسَ عِنْدِي هَذَا بِالْقَوِيِّ؛ لِأَنَّ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْخِلَافُ بَيْنَ أَصْحَابِنَا إنَّمَا هُوَ أَنْ يَثْبُتَ حَظْرٌ، ثُمَّ بَيَّنَ انْقِضَاءَ مُدَّتِهِ بِالْإِبَاحَةِ نَحْوَ قَوْله تَعَالَى {وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا} [المائدة: 96] ، ثُمَّ بَيَّنَ انْقِضَاءَ مُدَّةِ التَّحْرِيمِ لِقَوْلِهِ {وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا} [المائدة: 2] .

وَقَالَ تَعَالَى فِي السَّعْيِ إلَى الْجُمُعَةِ {إذَا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ} [الجمعة: 9] فَحَرَّمَ الْبَيْعَ بَعْدَ النِّدَاءِ لِصَلَاةِ الْجُمُعَةِ، ثُمَّ بَيَّنَ انْقِضَاءَ وَقْتِ التَّحْرِيمِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ} [الجمعة: 10] .

وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ لَفْظَ افْعَلْ إذَا وَرَدَتْ بَعْدَ الْحَظْرِ أَنَّهَا عَلَى بَابِهَا فِي الْوُجُوبِ إلَّا أَنْ يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى صَرْفِهَا عَنْ ذَلِكَ وَقَدْ قَالَ تَعَالَى {فَإِذَا انْسَلَخَ الأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ} [التوبة: 5] فَبَيَّنَ انْقِضَاءَ مُدَّةِ تَحْرِيمِ قِتَالِ الْمُشْرِكِينَ بِإِيجَابِ قَتْلِهِمْ وَقَدْ رَأَيْت ذَلِكَ فِي أَحْكَامِ الْفُصُولِ فَإِذَا قُلْنَا إنَّ لَفْظَةَ افْعَلْ بَعْدَ الْحَظْرِ عَلَى بَابِهَا مِنْ الْوُجُوبِ إلَّا أَنْ يَعْدِلَ عَنْ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] النَّدْبَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْإِبَاحَةُ وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ بْنُ شَعْبَانَ: عَلَى الْحَضِّ وَالنَّدْبِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ وَالْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّهُ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَرَوَى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي تَفْرِيعِهِ: إنْ كَاتَبُوهُمْ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَالْإِيتَاءُ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ، فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ مَنْ تَقَدَّمَ مِنْ شُيُوخِنَا إنَّ لَفْظَةَ افْعَلْ بَعْدَ

الْحَظْرِ يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ فَإِنَّ قَوْلَهُ: " فَكَاتِبُوهُمْ " عَلَى مَا تَأَوَّلَهُ الْقَاضِيَانِ عَلَى الْإِبَاحَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ عِنْدَ ابْتِدَائِي بِالْقَوْلِ فِيهِ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِحَظْرٍ يَتَبَيَّنُ انْقِضَاؤُهُ بِلَفْظَةِ افْعَلْ وَإِنَّمَا هَذَا عَلَى مَا أَشَارَ إلَيْهِ حُكْمٌ ثَبَتَ عِنْدَهُمْ عَامًّا بِنَهْيِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ، أَوْ عَنْ الْغَرَرِ، ثُمَّ خَصَّ مِنْهُ قَدْرَ مَا بَقِيَ فَإِنَّمَا هِيَ لَفْظَةُ افْعَلْ وَارِدَةٌ لِلتَّخْصِيصِ فَيَجِبُ أَنْ لَا تَقْتَضِيَ الْإِبَاحَةَ عِنْدَ مَنْ ذَهَبَ هَذَا الْمَذْهَبَ لَكِنَّهُمَا قَدْ صَرَّحَا بِحَمْلِهِ عَلَى الْإِبَاحَةِ.

غَيْرَ أَنَّ الْقَاضِيَ أَبَا إِسْحَاقَ لَا يَكَادُ يَتَمَادَى عَلَى تَحْرِيرِ الْقَوْلِ فِيهِ فَيَقُولُ مَرَّةً مَا تَقَدَّمَ وَيَقُولُ مَرَّةً أُخْرَى هُوَ إذْنٌ وَتَرْغِيبٌ وَالْإِذْنُ غَيْرُ التَّرْغِيبِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ إنَّمَا يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ خَاصَّةً وَتَعْلِيقَ الْفِعْلِ بِسَبَبِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ وَالتَّرْغِيب بِمَعْنَى الْحَضِّ وَالنَّدْبَ يَقْتَضِي اسْتِدْعَاءَ الْفِعْلِ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِعْلَاءِ وَقَدْ يَقُولُ مَعَ قَوْلِهِ: إنَّهُ إذْنٌ وَإِبَاحَةٌ هُوَ أَمْرٌ فَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ التَّرْغِيبَ الَّذِي قَدَّمْت ذِكْرَهُ عَنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسَمِّيَ الْإِبَاحَةَ أَمْرًا فَإِنَّ الْقَاضِيَ أَبَا الْفَرَجِ يَقُولُ إنَّ الْمُبَاحَ مَأْمُورٌ بِهِ وَالَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ أَصْحَابِنَا الْأُصُولِيِّينَ أَنَّ الْمُبَاحَ لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهِ.

وَقَدْ بَيَّنْته فِي أَحْكَامِ الْفُصُولِ وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى {إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] فَلَمَّا رَدَّ ذَلِكَ إلَى عِلْمِ السَّيِّدِ وَهُوَ أَمْرٌ مُغَيَّبٌ لَا يَعْرِفُهُ مِنْ الْمَخْلُوقِينَ غَيْرُهُ ثَبَتَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لِلْحُكَّامِ فِيهِ مَدْخَلًا وَلَوْ كَانَ مِمَّا يَجِبُ عَلَيْهِ لَقَالَ: فَكَاتِبُوهُمْ إنْ ثَبَتَ أَنَّ فِيهِمْ خَيْرًا.

وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الْخَيْرِ فَقَالَ مُجَاهِدٌ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَكَثِيرٌ مِنْ الْعُلَمَاءِ هُوَ الْمَالُ وَالْقُوَّةُ عَلَى الْأَدَاءِ وَبِهِ قَالَ الْقَاضِي الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْخَيْرَ إذَا ذُكِرَ فِي أُمُورِ الدُّنْيَا فَإِنَّمَا هُوَ الْمَالُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ} [البقرة: 180] فَالْمُرَادُ بِهِ الْمَالُ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ: الْخَيْرُ الْقُوَّةُ عَلَى الْأَدَاءِ.

وَرُوِيَ عَنْ عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيّ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا إنْ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَرُوِيَ عَنْ الْحَسَنِ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا دِينًا وَأَمَانَةً وَقَالَ إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا صِدْقًا وَوَفَاءً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى النَّدْبِ وَالْإِبَاحَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ شُيُوخِنَا الْمَالِكِيِّينَ فَإِنَّهُ قَدْ شَرَطَ فِيهِ الْخَيْرَ وَهُوَ الْقُوَّةُ عَلَى الْأَدَاءِ وَأَمَّا مَنْ ضَعُفَ عَنْ الْأَدَاءِ كَالصَّغِيرِ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا بَأْسَ أَنْ يُكَاتَبَ

(ص) : (مَالِكٌ وَسَمِعْت بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} [النور: 33] إنَّ ذَلِكَ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ غُلَامَهُ، ثُمَّ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئًا مُسَمًّى قَالَ مَالِكٌ فَهَذَا الَّذِي سَمِعْت مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَأَدْرَكْت عَمَلَ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَاتَبَ غُلَامًا لَهُ عَلَى خَمْسَةٍ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ وَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ خَمْسَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ) . .

[المنتقى]

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ كَاتَبَ تُفْسَخُ إلَّا أَنْ يَفُوتَ بِالْأَدَاءِ، أَوْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْهُ فَيُؤَدِّي مِنْهُ وَيَعْتِقُ وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ الَّتِي لَا صَنْعَةَ لَهَا رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْهُ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَنْ جَازَ انْتِزَاعُ مَالِهِ مَعَ تَمَامِ رِقِّهِ جَازَتْ مُكَاتَبَتُهُ كَالْكَبِيرِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ صِفَتَهُ صِفَةُ الْعَاجِزِ عَنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ حُكْمَ الصَّغِيرِ الْمَنْعُ مِنْ الْكِتَابَةِ فَقَدْ رَوَى الدِّمْيَاطِيُّ عَنْ أَشْهَبَ أَنَّ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ لَا تَجُوزُ كِتَابَتُهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَشْرَ سِنِينَ حَدٌّ بَيْنَ كَثِيرٍ مِنْ أَحْكَامِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ وَلِذَلِكَ كَانَتْ حَدًّا فِي الضَّرْبِ عَلَى الصَّلَاةِ لِقُوَّتِهِ عَلَى الْعَمَلِ وَالتَّفْرِيقِ فِي الْمَضَاجِعِ لِقُوَّتِهِ عَلَى الِانْفِرَادِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْمَعَانِي فَمَنْ زَادَ عَلَى الْعَشْرِ سِنِينَ زِيَادَةً بَيِّنَةً يَحْتَمِلُ أَنْ يُجِيزَ أَشْهَبُ كِتَابَتَهُ لِقُوَّتِهِ عَلَى السِّعَايَةِ الَّتِي هِيَ أَكْثَرُ عَمَلًا مِنْ الصَّلَاةِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ لَا حِرْفَةَ لَهُ مِنْ الْعَبِيدِ فَقَدْ أَجَازَ مَالِكٌ كِتَابَتَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَوْ كَانَ يَسْأَلُ النَّاسَ جَازَتْ كِتَابَتُهُ وَرُوِيَ مَنْعُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ عُمَرَ قَالَ فِي النَّوَادِرِ وَبِهِ قَالَ بَعْضُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ إبَاحَتُهُ وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ أَنَّهُ يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ مَعَ تَمَامِ الْمِلْكِ عَلَيْهِ كَالَّذِي لَهُ حِرْفَةٌ.

(مَسْأَلَةٌ) وَهَلْ يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ إجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى الْكِتَابَةِ رَوَى بَعْضُ الْبَغْدَادِيِّينَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لِلسَّيِّدِ إكْرَاهَ عَبْدِهِ عَلَى الْكِتَابَةِ كَمَا لَهُ أَنْ يَعْتِقَهُ عَلَى أَنْ يَتْبَعَهُ بِمَالٍ وَكَمَا لَهُ أَنْ يَنْكِحَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَيَعْتِقَهُ وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ وَإِنَّمَا يُؤَدِّي مَا فَضَلَ عَنْ نَفَقَتِهِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْهُ لَا يَلْزَمُ الْكِتَابَةُ إلَّا بِرِضَى الْعَبْدِ وَرَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ

قَالَ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ رِضَاهُ لَمْ يَلْزَمْهُ وَكَذَلِكَ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا احْتَجَّ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّهُ إنْ أَلْزَمَ عَبْدَيْهِ الْكِتَابَةَ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَرْضَ الْآخَرُ لَزِمَهُ ذَلِكَ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِبًا.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ قَوْله تَعَالَى {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] وَالْمُكَاتَبَةُ إنَّمَا هِيَ عَلَى وَزْنِ مُفَاعَلَةٍ وَذَلِكَ فِعْلُ اثْنَيْنِ فَلَوْ لَمْ يُعْتَبَرْ رِضَى السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ لَأُضِيفَ الْفِعْلُ إلَى السَّيِّدِ خَاصَّةً كَالْعِتْقِ وَالتَّدْبِيرِ وَاحْتَجَّ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ لِهَذَا الْقَوْلِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور: 33] فَخَصَّ بِالْكِتَابَةِ مَنْ دَعَا إلَيْهَا وَرَغَّبَ فِيهَا وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ لَمْ يَتِمَّ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ إلَّا بِتِمَامِ الْآخَرِ فَاعْتُبِرَ فِيهَا رِضَا الْمُتَعَاوِضَيْنِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَبِهَذَا تَفَارَقَ تَعْجِيلُ الْعِتْقِ عَلَى مَا قَالَ فَإِنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْعِوَضَيْنِ وَهُوَ الْعِتْقُ يَتَعَجَّلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ وَسَمِعْت بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} [النور: 33] إنَّ ذَلِكَ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ غُلَامَهُ، ثُمَّ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئًا مُسَمًّى قَالَ مَالِكٌ فَهَذَا الَّذِي سَمِعْت مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَأَدْرَكْت عَمَلَ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَاتَبَ غُلَامًا لَهُ عَلَى خَمْسَةٍ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ وَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ خَمْسَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ) .

(ش) : قَوْله تَعَالَى {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} [النور: 33] قَالَ سَمِعْت بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ هُوَ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئًا قَالَ ابْنُ الْجَهْمِ أَكْثَرُ الصَّحَابَةِ يَأْمُرُونَ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا جَبْرٍ وَلَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً لَكَانَتْ مَحْدُودَةً وَرَوَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْإِيتَاءَ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَلَيْس بِفَرْضٍ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَرُوِيَ نَحْوُهُ عَنْ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَدَعَ الْوَضْعَ وَقَدْ رَغَّبَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ وَحَضَّ عَلَيْهِ فَمَنْ أَبَى أَنْ يَضَعَ شَيْئًا فَذَلِكَ لَهُ وَقَدْ تَرَكَ الْفَضْلَ وَرُوِيَ عَنْ بُرَيْدَةَ بْنِ حُصَيْنٍ الْأَسْلَمِيِّ أَنَّهُ قَالَ فِي ذَلِكَ حَضَّ اللَّهُ النَّاسَ أَجْمَعِينَ عَلَى أَنْ يُعِينُوهُ وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَغَيْرِهِ أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُعْطِيَهُ سَيِّدُهُ مِنْ الزَّكَاةِ عِنْدَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَرُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ تَبِعَهُ مَالُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُمْ فِي كِتَابَتِهِ) .

(ص) : (قَالَ وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْمُكَاتَبِ يُكَاتِبُهُ سَيِّدُهُ وَلَهُ جَارِيَةٌ بِهَا حَمْلٌ مِنْهُ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ هُوَ وَلَا سَيِّدُهُ يَوْمَ كِتَابَتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ ذَلِكَ الْوَلَدُ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ وَهُوَ لِسَيِّدِهِ فَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَإِنَّهَا لِلْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مَالِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَرِثَ مُكَاتَبًا مِنْ امْرَأَتِهِ هُوَ وَابْنُهَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ كِتَابَتَهُ اقْتَسَمَا مِيرَاثَهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ فَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ثُمَّ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ) .

[المنتقى]

أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُعْطِيَهُ الْأَمِيرُ مِنْ الزَّكَاةِ وَلَا يُعْطِيَهُ السَّيِّدُ شَيْئًا.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي وَالَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّ الْمُخَاطَبَةَ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي خُوطِبَ بِالْكِتَابَةِ وَالْمَالِ الَّذِي آتَانَا اللَّهُ إنَّمَا يَنْدُبُ إلَى أَنْ يُعْطِيَ مِنْهُ خَيْرَ الْإِعْطَاءِ وَذَلِكَ هُوَ مَا تَعَلَّقَ بِالْكِتَابَةِ وَيَكُونُ فِي آخِرِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ وَقْتُ تَمَامِهَا وَهُوَ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى النَّدْبِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ هُوَ عَلَى الْوُجُوبِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا تَقُولُهُ أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى رَقَبَةِ الْعَبْدِ فَلَمْ يَجِبْ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ إيتَاءٌ كَبَيْعِهِ أَوْ عِتْقِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ تَبِعَهُ مَالُهُ، يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: عِنْدَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ ظَاهِرُ لَفْظِ الْمُوَطَّأِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ كَاتَبَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ تَبِعَهُ. وَقَالَ عَطَاءٌ وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ وَغَيْرُهُمَا وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا إلَّا مَا رَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ النَّخَعِيِّ مَنْ كَاتَبَ عَبْدًا أَوْ بَاعَهُ فَمَالُهُ لِلسَّيِّدِ وَالدَّلِيلُ لِمَا عَلَيْهِ الْجَمَاعَةُ أَنَّ مَا كَانَ لَهُ مِنْ مَالٍ عَلِمَهُ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ لِلسَّيِّدِ بَعْدَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ انْتِزَاعُهُ وَإِنَّمَا انْعَقَدَتْ الْكِتَابَةُ عَلَى أَنْ يَسْتَعِينَ الْمُكَاتَبُ بِمَا مَعَهُ مِنْ الْمَالِ عَلَى أَدَاءِ كِتَابَتِهِ وَذَلِكَ أَنَّ مَا يَكْتَسِبُهُ حَالَ كِتَابَتِهِ لَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ وَلَا لَهُ مَنْعُهُ فَلَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُ مَا ثَبَتَ فِي يَدِهِ مِنْ مَالِهِ وَمَا أَرَى الرِّوَايَةَ عَنْ النَّخَعِيِّ إلَّا وَهْمًا وَبِهَذَا يُفَارِقُ الْمُكَاتَبُ الْمُدَبَّرَ

وَالْمُعْتَقَ إلَى أَجَلٍ وَأُمَّ الْوَلَدِ فَإِنَّ السَّيِّدَ أَحَقُّ بِمَا يَكْسِبُونَ بَعْدَ الْعِتْقِ الْمُؤَجَّلِ وَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ فَلِذَلِكَ كَانَ لَهُ انْتِزَاعُ أَمْوَالِهِمْ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَالْمُعْتَقَ إلَى أَجَلٍ وَأُمَّ الْوَلَدِ يَلْزَمُ السَّيِّدَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ وَلَا يَلْزَمُهُ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْمُكَاتَبِ وَلَا عَلَى وَلَدِهِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَتْبَعُهُ مَالُهُ إذَا نَفَذَ عِتْقُهُ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا أُعْتِقَ الْمُكَاتَبُ بِالْأَدَاءِ يَتْبَعُهُ مَالُهُ قَالَ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى النَّفْسِ وَالْمَالِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُمْ يُرِيدُ بِذَلِكَ مَنْ قَدْ وَجَدَ مِنْ وَلَدِهِ مِمَّنْ وُلِدَ لَهُ مِنْ أَمَتِهِ قَبْلَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَعَلَى هَذَا مَالِكٌ وَالْفُقَهَاءُ وَذَلِكَ أَنَّ الْوَلَدَ إنْ كَانَ لِلْعَبْدِ مِنْ أَمَتِهِ فَهُوَ رَقِيقٌ لِسَيِّدِهِ وَلَيْس بِرَقِيقٍ لَهُ مَالُهُ فَيَتْبَعُهُ كَمَا يَتْبَعُهُ مَالُهُ وَإِنَّمَا حُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ السَّيِّدِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتْبَعَ الْعَبْدَ فِي عَقْدِ كِتَابَتِهِ وَلَا غَيْرِهَا إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ أَبُوهُ فَيَكُونُ حُكْمُهُ مَعَ أَبِيهِ حُكْمُ عَبْدَيْنِ لِلسَّيِّدِ جَمَعَهُمَا عَقْدِ الْكِتَابَةِ بِأَنْ يَشْتَرِطَهُ أَبُوهُ فَيَكُونُ حُكْمُهُ مَعَ أَبِيهِ حُكْمُ عَبْدَيْنِ لِلسَّيِّدِ وَأَمَّا إنْ كَانَ الِابْنُ لِلْعَبْدِ مِنْ زَوْجَةٍ فَإِنَّهُ إنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً فَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَبَعٌ لِلْأُمِّ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ أَمَةً فَهُوَ عَبْدٌ لِسَيِّدِهِ وَإِنَّمَا الَّذِي ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَلَدُ الْمُكَاتَبِ مِنْ أَمَتِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ يَعْقِدُ كِتَابَتَهُ وَلَهُ أَمَةٌ حَامِلٌ مِنْهُ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ هُوَ وَلَا مَوْلَاهُ وَفَائِدَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ شَرْطٌ فَإِنَّهُ عَبْدٌ وَلَا مَدْخَلٌ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَيَنْتَظِرُ وَضْعَهَا فَإِذَا وَضَعَتْ فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ وَالْأَمَةُ لِلْمُكَاتَبِ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ وَأَمَّا مَا حَمَلَتْ بِهِ أَمَتُهُ مِنْهُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ تَبَعٌ لَهُ وَحُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ وَيَرِقُّ بِرِقِّهِ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَنَلْهُ مِلْكُ السَّيِّدِ قَطُّ وَإِنَّمَا الْفَصْلُ مِنْ الْأَبِ وَهُوَ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ اسْتِحْقَاقٌ لِغَيْرِهِ فَهُوَ كَالْجُزْءِ مِنْهُ فَحُكْمُهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ بِالْكِتَابَةِ حُكْمُهُ.

(8/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ قَالَ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ إنَّمَا أَرَادَ الْمُحَابَاةَ لِعَبْدِهِ وَعُرِفَ ذَلِكَ مِنْهُ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ إنَّمَا كَاتَبَهُ عَلَى وَجْهِ الرَّغْبَةِ وَطَلَبِ الْمَالِ وَابْتِغَاءِ الْفَضْلِ وَالْعَوْنِ عَلَى كِتَابَتِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَطِئَ مُكَاتَبَةً لَهُ أَنَّهَا إنْ حَمَلَتْ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ وَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ فَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَثُ بِالصِّهْرِ وَلَا لِلزَّوْجَةِ بِهِ تَعَلُّقٌ فَإِذَا مَاتَتْ الْمَرْأَةُ عَنْ زَوْجٍ وَابْنٍ وَتَرَكَتْ مُكَاتَبًا فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الزَّوْجِ وَالْأَبِ بِالْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الرِّقِّ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ عَبْدًا لَوَرِثَهُ الزَّوْجُ وَالِابْنُ فَإِذَا كَانَ مُكَاتَبًا، أَوْجَبَ أَنْ يَرِثَاهُ إنْ كَانَ مَالًا وَوَجَبَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهِ الِابْنُ إنْ كَانَ وَلَاءً لِأَنَّ الْوَلَاءَ قَدْ ثَبَتَ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ لِأُمِّهِ فَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ بِالْأَدَاءِ فَهُوَ عَبْدٌ فَقَدْ عَادَ إلَيَّ الْمَالُ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجِ رُبُعُهُ وَلِلِابْنِ بَاقِيهِ كَسَائِرِ مَا خَلَّفَتْهُ مَوْرُوثَتُهُمَا مِنْ الْمَالِ وَإِنْ أَعْتَقَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ فَقَدْ تَحَقَّقَ بِالْوَلَاءِ وَمَا كَانَ فِيهِ مِنْ الْمَالِ وَهُوَ الْعِوَضُ بِالْكِتَابَةِ فَقَدْ صَارَ إلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهُ مِنْهُ وَلَمْ يَبْقَ إلَّا مُجَرَّدُ الْوَلَاءِ فَثَبَتَ لِلِابْنِ خَاصَّةً فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ بَعْدَ الْعِتْقِ فَلَا شَيْءَ فِيهِ لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ لَا تَأْثِيرَ لَهَا فِي الْوَلَاءِ وَوَجَبَ تَفَرُّدُ الِابْنِ؛ لِأَنَّ الْبُنُوَّةَ لَهَا تَأْثِيرٌ مُقَدَّمٌ فِي الْوَلَاءِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا كَاتَبَ عَبْدًا لَمْ يَخْلُ أَنْ يَقْصِدَ بِهِ الرَّقِيقَ بِالْمُكَاتَبِ فَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَهُ إلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ تَنْوِيَتُهُ فِي وَجْهٍ وَلَا غَيْرِهِ كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ وَلَا أَنْ يُعْتِقَ عَبْدَهُ وَأَمَّا الْكِتَابَةُ فَلَمَّا كَانَتْ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ فَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ بِهَا وَأَرَادَ بِهَا اكْتِسَابَ الْمَالِ وَالْجَمْعَ لَهُ وَالِازْدِيَادَ مِنْ الرِّبْحِ جَازَتْ كِتَابَتُهُ وَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ سَيِّدُهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ مَنْعُهُ مِنْ التَّصَرُّفِ الَّذِي يَرْجُو فِيهِ الرِّبْحَ وَيَقْصِدُ بِهِ النَّمَاءَ وَالِازْدِيَادَ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَلَعَلَّ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَطَأَ مُكَاتَبَتَهُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُتَعَلِّقٌ بِأَجَلِ كِتَابَتِهَا فَكَانَتْ كَالْمُعْتَقَةِ إلَى أَجَلٍ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إلَّا بِزَوْجِيَّةٍ، أَوْ مِلْكِ يَمِينٍ تَسْتَحِقُّ بِهِ عَلَيْهِ النَّفَقَةَ وَهَذَانِ مَعْدُومَانِ فِي مَسْأَلَتِنَا فَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَطْؤُهَا وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهَا مَنْفَعَةٌ فَامْتَنَعَتْ عَلَى السَّيِّدِ مِنْ الْأَمَةِ بِالْكِتَابَةِ كَالْخِدْمَةِ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مُنِعَ مِنْهُ وَزُجِرَ عَنْهُ وَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا مَا لَمْ تَحْمِلْ وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مُجَرَّدَ الْوَطْءِ لَا يُغَيِّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ وَلَا يُوجِبُ فِيهَا عِتْقًا وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ سَوَاءٌ عَلِمَ بِالتَّحْرِيمِ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ خِلَافًا لِمَا رُوِيَ عَنْ الْحَسَنِ

وَالزُّهْرِيِّ أَنَّ عَلَيْهِمَا الْحَدَّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ وَطْءٌ صَادَفَ شُبْهَةَ مِلْكٍ فَلَمْ يَجِبْ بِهِ الْحَدُّ كَمَا لَوْ وَطِئَ جَارِيَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ حَمَلَتْ فَإِنَّهَا مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ أَنْ تَعْجِزَ نَفْسَهَا فَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بِذَلِكَ الْحَمْلِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ تَعْجِزُ نَفْسَهَا إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا فِي كِتَابَتِهَا أَحَدٌ وَإِنْ كَانَ لَهَا الْمَالُ الْكَثِيرُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا وَإِنْ كَانُوا يُعَبِّرُونَ عَنْهُ بِالتَّعْجِيزِ فَإِنَّ مَعْنَاهُ اخْتِيَارُ كَوْنِهَا أُمَّ وَلَدٍ وَتَرْكُ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ لِأَنَّ حَقَّ أُمِّ الْوَلَدِ فِي الْحُرِّيَّةِ أَثْبَتُ مِنْ حَقِّ الْمُكَاتَبَةِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ أُمِّ الْوَلَدِ أَمْرٌ مُتَحَقِّقٌ وَعِتْقَ الْمُكَاتَبَةِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فَلِذَلِكَ كَانَ اخْتِيَارُ كَوْنِهَا أُمَّ وَلَدٍ لَا سِيَّمَا أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا أَدْخَلَهُ عَلَيْهَا السَّيِّدُ.

(فَرْعٌ) وَإِنَّمَا يَكُونُ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ كَوْنَهَا أُمَّ وَلَدِهِ مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا فِي كِتَابَتِهَا غَيْرُهَا فَإِنْ كَانَ مَعَهَا غَيْرُهَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إلَّا بِرِضَا مَنْ مَعَهَا فَإِنْ رَضُوا بِذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ يُحَطُّ عَنْهُ حِصَّتَهَا وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ يَطَؤُهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا أَشَارَ إلَيْهِ مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ مَنْ شَرِكَهُ فِي الْكِتَابَةِ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا رَضِيَ بِالْكِتَابَةِ وَالْتَزَمَهَا لَمَّا رَجَا مِنْ عَوْنِ هَذِهِ الْحَامِلِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُزَالَ عَنْهُ ذَلِكَ الْعَوْنُ بِأَمْرٍ لَعَلَّ السَّيِّدَ وَالْأَمَةَ قَدْ اتَّفَقَا عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ وَإِنْ اخْتَارَتْ قَرَّتْ عَلَى كِتَابَتِهَا يُرِيدُ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ بَيْنَ نَقْصِ الْكِتَابَةِ وَإِيثَارِ حُكْمِ أُمِّ الْوَلَدِ

(9/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ أَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يُكَاتِبُ نَصِيبَهُ مِنْهُ أَذِنَ لَهُ بِذَلِكَ صَاحِبُهُ، أَوْ لَمْ يَأْذَنْ إلَّا أَنْ يُكَاتِبَاهُ جَمِيعًا لِأَنَّ ذَلِكَ يَعْقِدُ لَهُ عِتْقًا وَيَصِيرُ إذَا أَدَّى الْعَبْدُ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ إلَى أَنْ يَعْتِقَ نِصْفَهُ وَلَا يَكُونُ عَلَى الَّذِي كَاتَبَ بَعْضَهُ أَنْ يَسْتَتِمَّ عِتْقَهُ فَذَلِكَ خِلَافُ مَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ» قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ جَهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْمُكَاتَبُ، أَوْ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ رُدَّ إلَيْهِ الَّذِي كَاتَبَهُ مَا قَبَضَ مِنْ الْمُكَاتَبِ فَاقْتَسَمَهُ هُوَ وَشَرِيكُهُ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ وَكَانَ عَبْدًا لَهُمَا عَلَى حَالَتِهِ الْأُولَى) .

[المنتقى]

وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ فِي الْعِتْقِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ فَإِنْ بَقِيَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ فَنَفَقَةُ حَمْلِهَا

عَلَى السَّيِّدِ كَالْمَبْتُوتَةِ الْحَامِلِ وَرَوَاهُ عَنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَقَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ.
وَرُوِيَ عَنْ أَصْبَغَ لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ حَمْلٌ لَا حَقَّ لِوَاطِئٍ حُرٍّ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَحَمْلِ الزَّوْجَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهَا قَدْ رَضِيَتْ بِالْبَقَاءِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ يَنْفِي الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَتَرَكَتْ مَا يُوجِبُ الْإِنْفَاقَ لَهَا بِاخْتِيَارِهَا وَهُوَ كَوْنُهَا أُمَّ وَلَدٍ فَقَدْ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا مِنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ لَهَا الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ بَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ وَالتَّعَلُّقِ بِالنَّفَقَةِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ غَيْرِ الْكِتَابَةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُكَاتِبَهُ دُونَ صَاحِبِهِ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ، أَوْ لَمْ يَأْذَنْ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ.
وَرُوِيَ عَنْ الْحَكَمِ بْنِ عُيَيْنَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى تَصِحُّ الْكِتَابَةُ بِغَيْرِ إذْنِ شَرِيكِهِ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ تَصِحُّ الْكِتَابَةُ إذَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ شَرِيكُهُ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَنَسَبَهُ أَبُو حَامِدٍ الْإِسْفَرَايِينِيّ إلَى مَالِكٍ وَالصَّحِيحُ مَا قَدَّمْنَاهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ لَا يَتَبَعَّضُ وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ وَيُبْقِي بَاقِيَهُ عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ فَإِذَا لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ فِي بَعْضِ عَبْدٍ لَهُ جَمِيعُهُ وَإِنْ وَقَعَ فَسْخٌ فَكَذَلِكَ فِي بَعْضِ عَبْدٍ لِغَيْرِهِ سَائِرُهُ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ بِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ عِتْقٍ وَيُؤَدِّي ذَلِكَ إلَى تَبْعِيضِ الْعِتْقِ عَلَى الشَّرِيكِ دُونَ تَقْوِيمٍ؛ لِأَنَّهُ إذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ الَّذِي كَاتَبَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ يَخْتَصُّ فِيمَا بَاشَرَهُ عِتْقٌ عَرِيَ مِنْ عِوَضٍ وَهَذَا لَمْ يُبَاشِرْهُ عِتْقٌ وَاقْتَرَنَ بِهِ الْعِوَضُ فَمَنَعَ ذَلِكَ التَّقْوِيمَ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ هُوَ مَمْنُوعًا فِي نَفْسِهِ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْضِي أَنْ يَمْلِكَ الْمُكَاتَبُ التَّصَرُّفَ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ وَمَا بَقِيَ مِنْهُ عَلَى الْمِلْكِ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ فَلَمَّا تَنَافَى الْأَمْرَانِ لَمْ يَصِحَّ أَنْ تَنْعَقِدَ مُعَاوَضَةٌ تَقْتَضِي أَمْرَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ مَا يَمْلِكُ مِنْ عَبْدٍ بَعْضُهُ حُرٌّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِنْ جَهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدِّيَ، أَوْ قَبْلَ الْأَدَاءِ بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ وَيَرُدُّ السَّيِّدُ مَا قَبَضَ مِنْ الْعَبْدِ فَيُقَاسِمُهُ شَرِيكُهُ فِي الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنَّ فَسْخَ الْكِتَابَةِ ثَابِتٌ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَبَعْدَهُ لَا يَفُوتُ بِالْأَدَاءِ وَأَنَّ مَا قَبَضَ مِنْهُ لَمَّا كَانَ مَالُ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ كَانَ لِشَرِيكِهِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ مِنْ الْعَبْدِ وَلَمْ يَرُدَّ إلَى الْعَبْدِ إلَّا أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ أَخْرَجَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَقَدْ وَجَدَ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ الِاتِّفَاقَ عَلَى انْتِزَاعِهِ فَوَجَدَ مِنْ الْمُكَاتَبِ أَخْذَهُ وَوَجَدَ مِنْ الْآخَرِ إرَادَةَ الْمُقَاسَمَةِ فِيهِ.
(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَاطَعَهُ الَّذِي كَاتَبَهُ بِإِذْنِ الْمُتَمَسِّكِ بِالرِّقِّ وَعَتَقَ نَصِيبَهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي عَبْدَيْنِ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أُخْوَةٍ كَاتَبَهُ اثْنَانِ بِإِذْنِ الثَّالِثِ، ثُمَّ قَاطَعَاهُ اللَّذَانِ كَاتَبَاهُ بِإِذْنِ أَخِيهِمَا فَعَتَقَ نَصِيبُهُمَا ثُمَّ مَاتَ الْمُتَمَسِّكُ وَلَهُ وَرَثَةٌ يَخْدُمُهُمْ فِي نَصِيبِ وَلِيِّهِمْ سِنِينَ، ثُمَّ قَامَ الْعَبْدُ يَطْلُبُ أَنْ يُقَوَّمَ عَلَى اللَّذَيْنِ قَاطَعَاهُ قَالَ مَالِكٌ الْعَبْدُ رَقِيقٌ كُلُّهُ وَلْيَرُدَّ اللَّذَانِ كَاتَبَاهُ مَا أَخَذَا مِنْهُ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فَسْخَ هَذِهِ الْكِتَابَةِ وَمَا

(10/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُكَاتَبٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا بِحَقِّهِ الَّذِي عَلَيْهِ وَأَبَى الْآخَرُ أَنْ يُنْظِرَهُ فَاقْتَضَى الَّذِي أَبَى أَنْ يُنْظِرَهُ بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ قَالَ مَالِكٌ يَتَحَاصَّانِ مَا تَرَكَ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ لَهُمَا عَلَيْهِ فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَإِنْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ فَضْلًا عَنْ كِتَابَتِهِ أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَقِيَ مِنْ الْكِتَابَةِ وَكَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوَاءِ فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَقَدْ اقْتَضَى الَّذِي لَمْ يُنْظِرْهُ أَكْثَرَ مِمَّا اقْتَضَى صَاحِبُهُ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ فَضْلَ مَا اقْتَضَى؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي بِإِذْنِ صَاحِبِهِ وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ أَحَدُهُمَا الَّذِي لَهُ، ثُمَّ اقْتَضَى صَاحِبُهُ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَلَا يَرُدُّ الَّذِي اقْتَضَى عَلَى صَاحِبِهِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ إنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ لِلرَّجُلَيْنِ بِكِتَابٍ وَاحِدٍ عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ فَيُنْظِرُهُ أَحَدُهُمَا وَيَشِحُّ الْآخَرُ فَيَقْتَضِي بَعْضَ حَقِّهِ ثُمَّ يُفْلِسُ الْغَرِيمُ فَلَيْسَ عَلَى الَّذِي اقْتَضَى أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا مِمَّا أَخَذَ)

[المنتقى]

كَانَ بَعْدَهَا مِنْ الْقَطَاعَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْ اللَّذَيْنِ كَاتَبَاهُ عِتْقٌ مُبَاشَرَةً وَإِنَّمَا وُجِدَ مِنْهُمَا عَقْدٌ يُفْضِي إلَى الْعِتْقِ عَلَى عِوَضٍ قَبَضَاهُ وَذَلِكَ الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَاسِدٌ لَا يَجُوزُ إمْضَاؤُهُ فَرُدَّ لِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إذَا كَاتَبَا عَبْدَهُمَا كِتَابَةً وَاحِدَةً جَازَ ذَلِكَ إذَا كَاتَبَاهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إذَا كَانَ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ أَنْ يَقْبِضَ مِنْ الْكِتَابَةِ مَا يَقْتَضِيهِ الْآخَرُ لَا زِيَادَةَ وَلَا نُقْصَانَ وَلَا يَقْضِي أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ وَكَذَلِكَ إنْ اشْتَرَاطَا ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُمَا اشْتَرَطَا مُقْتَضَاهُ وَإِنْ كَاتَبَاهُ عَلَى أَنْ يَبْدَأَ أَحَدُهُمَا بِالنَّجْمِ الْأَوَّلِ أَبَدًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَلَا أَنْ يَبْدَأَهُ بِبَعْضِهَا وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ مَنْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ لَمْ يَرْضَ بِالْكِتَابَةِ إلَّا بِجُعْلٍ يُرِيدُ لَا يَدْرِي مَا يَتِمُّ مِنْهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ يُفْسَخُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الَّذِي اشْتَرَطَ التَّبْدِئَةَ بِتَرْكِ مَا اشْتَرَطَ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تَمْضِي الْكِتَابَةُ وَتَبْطُلُ التَّبْدِئَةُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مِنْهَا شَيْئًا فَكَمَا قَالَ أَشْهَبُ وَإِنْ اقْتَضَى مِنْهَا صَدْرًا نَفَذَتْ الْكِتَابَةُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ أَحَدَهُمَا ازْدَادَ زِيَادَةً فِي الْكِتَابَةِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي مِلْكِهِ كَمَا لَوْ عَقَدَا الْكِتَابَةَ عَلَى أَنَّ لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثَيْنِ وَلِلْآخَرِ الثُّلُثَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ مِنْ أَصْحَابِنَا إنَّ الْبَيْعَ وَالسَّلَفَ يُنْقَضُ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُمَا عَقَدَا الْكِتَابَةَ عَلَى أَنْ يُسْلِفَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَإِنْ أَسْقَطَ مُشْتَرِطُ السَّلَفِ مَا شَرَطَهُ قَبْلَ أَنْ يَفُوتَ ذَلِكَ صَحَّ الْعَقْدُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ يَجُوزُ فِيهِ الْغَرَرُ فَإِنْ اقْتَرَنَ بِهِ شَرْطٌ لَا يَجُوزُ مَعَ سَلَامَةِ الْعِوَضَيْنِ بَطَلَ الشَّرْطُ وَثَبَتَ الْعَقْدُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ رَاجِعٌ إلَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ أَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا وَأَبَى الْآخَرُ أَنْ يُنْظِرَهُ فَاقْتَضَى الَّذِي أَبَى أَنْ يُنْظِرَهُ بَعْض حَقِّهِ ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءٌ بِالْكِتَابَةِ يَتَحَاصَّانِ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ لَهُمَا عَلَيْهِ يُرِيدُ أَنَّ الَّذِي أَنْظَرَهُ إنَّمَا أَنْظَرَ الْمُكَاتَبَ بِمَا وَجَبَ لَهُ اقْتِضَاؤُهُ فَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ فَعَلَى مَا قَالَ إذَا تَرَكَ مَا يُقَصِّرُ عَلَى الْأَدَاءِ تَحَاصَّا فِي ذَلِكَ كُلُّ مَا بَقِيَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ اقْتَضَى أَحَدُهُمَا نِصْفَ حِصَّتِهِ وَبَقِيَ لَهُ نِصْفُهَا وَلَمْ يَقْتَضِ الْآخَرُ شَيْئًا تَحَاصَّا فَأَخَذَ الْمُقْتَضِي ثُلُثَ مَا بَقِيَ وَأَخَذَ الَّذِي تَرَكَ ثُلُثَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حِسَابُ مَا بَقِيَ لَهُمَا عِنْدَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ أَوْ عَجَزَ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا لَمْ يَرْجِعْ الَّذِي أَنْظَرَهُ عَلَى الَّذِي اقْتَضَى بِشَيْءٍ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ رَضِيَ بِذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ وَأَسْلَفَهُ حِصَّتَهُ مِمَّا قَبَضَ شَرِيكُهُ وَلَمْ يُسْلِفْ شَرِيكَهُ شَيْئًا فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ سَأَلَهُ الْمُكَاتَبِ أَنْ يَدْفَعَ إلَى شَرِيكِهِ مَا جَاءَ بِهِ فَهُوَ إنْظَارٌ لِلْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ لِلشَّرِيكِ، وَكَذَلِكَ لَوْ رَغَّبَ إلَيْهِ الشَّرِيكُ فِي ذَلِكَ عَلَى أَنْ يُنْظِرَ هُوَ الْمُكَاتَبَ فَرَضِيَ بِهَذَا الشَّرْطِ فَهَذَا إنْظَارٌ أَيْضًا لِلْمُكَاتَبِ.

(فَرْعٌ) وَإِنْظَارُ الْمُكَاتَبِ يَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ

. . . .

[المنتقى]

أَحَدُهُمَا أَنْ يُنْظِرَهُ بِجَمِيعِ حِصَّتِهِ مِنْ الْكِتَابَةِ، أَوْ مِنْ نَجْمٍ إلَى وَقْتٍ يُوفِيهِ فَهَذَا سَلَفٌ لِلْمُكَاتَبِ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ وَالضَّرْبُ الثَّانِي أَنْ يُحْضِرَ الْمُكَاتَبُ نِصْفَ نَجْمٍ فَيَأْخُذَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِإِذْنِ الْآخَرِ فَذَلِكَ أَيْضًا إنْظَارٌ لِلْمُكَاتَبِ وَأَمَّا إنْ أَتَى بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ النَّجْمِ، أَوْ بِجَمِيعِهِ فَيَأْخُذُهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِإِذْنِ الْآخَرِ لِيَأْخُذَهُ مِنْ شَرِيكِهِ مِنْ النَّجْمِ الثَّانِي فَهَذَا إنْ اشْتَرَطَ فِيهِ إنْظَارَ الْمُكَاتَبِ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى النِّصْفِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى النِّصْفِ حَقٌّ لِلَّذِي أَنْظَرَهُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحِيلَ الْقَابِضُ بِهَا شَرِيكَهُ عَلَى دَيْنٍ لَمْ يَحِلَّ يُرِيدُ وَلَمْ يَجِبْ لَهُ فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ ذَلِكَ الْمُكَاتَبُ رَجَعَ الَّذِي أَنْظَرَهُ عَلَى شَرِيكِهِ قَالَ: لِأَنَّ بِإِحْضَارِهِ وَجَبَ لَهُمَا فَاعْتَبَرُوا فِي ذَلِكَ أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا يَكُونَ السَّلَفُ لِلشَّرِيكِ، أَوْ لِلْمُكَاتَبِ وَاعْتَبَرُوا فِي جَوَازِ السَّلَفِ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ لَا يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ حَقِّ الَّذِي أَنْظَرَهُ حَاضِرًا فَيَتَعَيَّنُ بِذَلِكَ فَلَا تَكُونُ الْحَوَالَةُ مِنْ حَقِّ الَّذِي أَنْظَرَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ لَازِمَةً؛ لِأَنَّهُ بِدَفْعِهِ عِوَضًا عَنْ حَقٍّ لَمْ يَجِبْ لِلْمُحِيلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَهَذَا أَكْثَرُهُ مِمَّا رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَقَدْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِزِيَادَةِ أَلْفَاظٍ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَلَّ النَّجْمُ فَسَأَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ أَنْ يَقْتَضِيَ دُونَهُ فَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَهَذَا سَلَفٌ لِلشَّرِيكِ وَيَرْجِعُ الْمُسْلِفُ عَلَى شَرِيكِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ أَوْ الْمَوْتِ عَنْ غَيْرِ مَالٍ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَأَمَّا إذَا جَاءَ بِالنَّجْمِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: إذَا جَاءَ بِالنَّجْمِ كُلِّهِ وَأَخَذَهُ أَحَدُهُمَا فَهُوَ سَلَفٌ لِلشَّرِيكِ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ إلَّا بِالنِّصْفِ فَهُوَ إنْظَارٌ لِلْمُكَاتَبِ وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يُرِيدُ إذَا رَضِيَ بِذَلِكَ الشَّرِيكُ إذَا جَاءَ الْمُكَاتَبُ بِنِصْفِ النَّجْمِ فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا فَهُوَ إنْظَارٌ لِلْمُكَاتَبِ فَإِنْ حَضَرَ أَكْثَرُ مِنْ النِّصْفِ فَأَخَذَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ وَاشْتَرَطَ فِيهِ إنْظَارَ الْمُكَاتَبِ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ فِي الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِمَّا يُصِيبُ الَّذِي لَمْ يَقْبِضْ فَقَدْ أَحَالَ بِهَا الْقَابِضُ شَرِيكَهُ فِيمَا لَمْ يَحِلَّ فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ ذَلِكَ الْمُكَاتَبُ رَجَعَ الشَّرِيكُ عَلَى شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّ الْإِنْظَارَ إنَّمَا يَجُوزُ بِمَا حَلَّ لَا فِيمَا لَمْ يَحِلَّ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إذَا حَلَّ نَجْمٌ فَأَخَذَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ لِيَأْخُذَ الْآخَرُ النَّجْمَ الثَّانِيَ فَهُوَ سَلَفٌ مِنْ الشَّرِيكِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ فِي الْعَجْزِ وَالْمَوْتِ يُرِيدَانِ السَّلَفَ كَانَ مِنْ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ، وَلَعَلَّهُ هُوَ الَّذِي سَأَلَهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ إلَّا أَنْ يَعْجِزَ الْمُكَاتَبُ، أَوْ يَمُوتَ قَبْلَ مَحِلِّ النَّجْمِ الثَّانِي فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ بِهِ حَتَّى يَحِلَّ النَّجْمَ

الثَّانِيَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الشَّرِيكَ لَمَّا أَذِنَ لِشَرِيكِهِ فِي أَنْ يَأْخُذَ هَذَا النَّجْمَ الْأَوَّلَ فَأَخَذَهُ وَيَأْخُذُ شَرِيكَهُ النَّجْمَ الثَّانِيَ فَقَدْ أَسْلَفَهُ سَلَفًا مُؤَجَّلًا إلَى أَجَلِ النَّجْمِ الثَّانِي فَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ ذَلِكَ، أَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُ طَلَبُ السَّلَفِ قَبْلَ أَجَلِهِ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ الثَّانِي قَبْلَ عَجْزِهِ فَتَعَذَّرَ عَلَى الْمُكَاتَبِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ لَكَانَ عَلَى الْقَابِضِ أَنْ يَقْبِضَهُ سَلَفَهُ ثُمَّ يَتْبَعَانِ الْمُكَاتَبَ جَمِيعًا قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ سَلَّفَ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْآخَرَ فَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ عَنْهُ الْمُكَاتَبُ لَزِمَ الْمُتَسَلِّفُ أَنْ يَقْبِضَهُ ثُمَّ يَتْبَعَانِ الْمُكَاتَبَ بِمَالِهِمَا وَظَاهِرُ هَذَا اللَّفْظِ يَقْتَضِي أَنَّ الْعَبْدَ لَمْ يَعْجِزْ بَعْدُ وَالَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يَعْجِزْ فَلَيْسَ لِلَّذِي أَنْظَرَهُ مُطَالَبَةُ الشَّرِيكِ إلَّا أَنْ يَعْجِزَ الْمُكَاتَبُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ فَضْلًا عَنْ كِتَابَتِهِ أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَقِيَ مِنْ الْكِتَابَةِ وَكَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوَاءِ يُرِيدُ أَنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ اقْتَضَى نِصْفَ حَقِّهِ وَلَمْ يَقْبِضْ الْآخَرُ شَيْئًا فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَضِي مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ الْكِتَابَةِ عَلَى حَسَبِ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ الْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى حَسَبِ ذَلِكَ اسْتَحَقَّا عَلَيْهِ الْكِتَابَةَ الَّتِي هِيَ مُقَدَّمَةٌ فِي مَالِهِ فَإِذَا اسْتَوْفَيَا ذَلِكَ فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي مِلْكِ رَقَبَتِهِ قَبْلَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَمِلْكِ كِتَابَتِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَقَدْ اقْتَضَى الَّذِي لَمْ يُنْظِرْهُ أَكْثَرَ مِمَّا اقْتَضَاهُ الَّذِي أَنْظَرَهُ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ وَلَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ فَضْلَ مَا اقْتَضَى يُرِيدَانِ الْعَبْدَ بِعَجْزِهِ يَرْجِعُ إلَى مِلْكِهِمَا عَلَى حَسَبِ

(12/7)

الْحَمَالَةُ فِي الْكِتَابَةِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبِيدَ إذَا كُوتِبُوا جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ وَأَنَّهُ لَا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَحَدِهِمْ شَيْءٌ وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ قَدْ عَجَزْت وَأَلْقَى بِيَدَيْهِ فَإِنَّ لِأَصْحَابِهِ أَنْ يَسْتَعْمِلُوهُ فِيمَا يُطِيقُ مِنْ الْعَمَلِ وَيَتَعَاوَنُونَ بِذَلِكَ فِي كِتَابَتِهِمْ حَتَّى يَعْتِقَ بِعِتْقِهِمْ إنْ عَتَقُوا وَيَرِقَّ بِرِقِّهِمْ إنْ رَقُّوا)

[المنتقى]

مَا كَانَ قَبْلَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى عَجْزِهِ وَلَا يُؤَثِّرُ فِي ذَلِكَ مَا اقْتَضَى أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ مِنْ صَاحِبِهِ كَمَا

لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمِلْكِ أَنْ يَقْتَضِيَ السَّيِّدُ مُعْظَمَ الْكِتَابَةِ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْعَبْدُ عَنْ أَقَلِّهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى رِقِّهِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَإِنَّمَا لَمْ يَرْجِعْ الَّذِي أَنْظَرَهُ عَلَى الَّذِي اقْتَضَى بِمُقْتَضَاهُ زَائِدًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسْلِفْهُ إِيَّاهُ وَإِنَّمَا أَسْلَفَهُ لِلْمُكَاتَبِ وَلَوْ أَسْلَفَ شَرِيكَهُ لَرَجَعَ عَلَيْهِ بِمَا أَسْلَفَهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَلَا يَتْبَعُ الَّذِي أَنْظَرَهُ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ مِمَّا أَنْظَرَهُ؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ يُسْقِطُ عَنْهُ دَيْنَ الْكِتَابَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ وَضَعَ لَهُ، ثُمَّ اقْتَضَى صَاحِبُهُ بَعْضَ الَّذِي عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ فَالْعَبْدُ بَيْنَهُمَا يُرِيدُ أَنَّ مَا وَضَعَ عَنْهُ أَحَدُهُمَا لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ مَعَ الْعَجْزِ كَمَا لَوْ قَبَضَ مِنْهُ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ جَمِيعَ مَالِهِ عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ مَا لِلثَّانِي عِنْدَهُ فَاسْتُرِقَّ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ مِلْكًا لَهُمَا.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَلَا يَرُدُّ الَّذِي اقْتَضَى عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئًا يُرِيدُ أَنَّ مَا قَبَضَ يَكُونُ لَهُ دُونَ الَّذِي وَضَعَ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا عَلَى وَجْهِ السَّلَفِ وَإِنَّمَا قَبَضَ مَا كَانَ لَهُ؛ لِأَنَّ شَرِيكَهُ قَدْ وَضَعَ عَنْهُ جَمِيعَ مَا كَانَ لَهُ فَلَمْ يَقْتَضِ الَّذِي تَمَسَّكَ بِحَقِّهِ مِنْ حَقِّ صَاحِبِهِ كَمَا لَوْ كَانَ لَهُمَا دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ بِذِكْرِ حَقٍّ وَاحِدٍ فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ قَبَضَ الْآخَرُ بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ أَفْلَسَ فَإِنَّ الَّذِي أَنْظَرَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنْ الدَّيْنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى مَنْ قَبَضَ حَقَّهُ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْحَمَالَةُ فِي الْكِتَابَةِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ كَانَ لَهُ جَمَاعَةُ عَبِيدٍ فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُكَاتِبَهُمْ كِتَابَةً وَاحِدَةً تَشْمَلُهُمْ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مَقْصُودُهُ إزَالَةُ الْمِلْكِ عَنْ الرَّقَبَةِ فَجَازَ أَنْ يَخُصَّ وَيَعُمَّ كَالتَّدْبِيرِ وَالْعِتْقِ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَسَوَاءٌ كَانُوا أَجَانِبَ وَأَقَارِبَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَيْهِ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا وَلَا نِصْفِهِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ وَقَالَ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَلَا نِصْفِهِمَا قَالَ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ وَلَا يَبِيعُ نِصْفَ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ النِّصْفَ يَصِيرُ مُحْتَمَلًا عُمَّالًا يَمْلِكُهُ سَيِّدُهُ وَلَهُ بَيْعُهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ لَا مِنْ رَجُلَيْنِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: أَمَّا بَيْعُهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ أَوْ مِنْ رَجُلٍ نِصْفَ كِتَابَتِهِمَا جَمِيعًا فَجَائِزٌ وَلَوْ وَرِثَهُمَا وَرَثَةٌ جَازَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيْعُ حِصَّتِهِ مِنْهُمَا وَهِبَتُهُ، وَقَدْ أَجَازَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ بَيْعَ بَعْضِ الْمُكَاتَبِ، أَوْ نَجْمًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ إطْلَاقِ الْكِتَابَةِ لِجَمَاعَةِ عَبِيدٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْنَى

اشْتِمَالِ الْعَقْدِ عَلَيْهِمْ فَإِنَّهُ لَا يَعْتِقُ بَعْضَهُمْ إلَّا بِعِتْقِ بَعْضٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ إنَّ مَنْ أَدَّى مِنْهُمْ بِقَدْرِ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ، وَلَوْ عَقَدُوا الْعَقْدَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ بَطَلَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا لَا قِيَاسًا وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى مُنَافَاةِ التَّبْعِيضِ وَلِذَلِكَ مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ إلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ مَنْ كَاتَبَ أَعْبُدًا لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُمْ أَحَدًا إلَّا بِأَدَاءِ مَا عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ يُفْضِي إلَى حُرِّيَّةٍ فَإِذَا اشْتَمَلَ عَلَى جَمِيعِهِ لَمْ يَتَبَعَّضْ عِتْقُهُ، أَصْلُ ذَلِكَ قَوْلُهُ إذَا أَدَّيْتُمْ إلَيَّ أَلْفَ دِينَارٍ فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ وَهَذَا إذَا كَانَ سَيِّدُهُمْ وَاحِدًا فَأَمَّا إنْ كَانَ السَّادَاتُ جَمَاعَةً كَالسَّيِّدَيْنِ يُكَاتِبَانِ عَبْدَيْنِ لَهُمَا فَإِنَّ أَشْهَبَ لَا يُجِيزُ الْكِتَابَةَ إلَّا أَنْ يُسْقِطَ حَمَالَةَ بَعْضِهِمَا عَنْ بَعْضٍ

(13/7)

. . . .

[المنتقى]

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ عَلَى جَمْعِ عَبِيدٍ لِسَيِّدٍ وَاحِدٍ، أَوْ لِسَادَاتٍ يَفْتَقِرُ إلَى تَقْدِيرِ جُمْلَةِ الْكِتَابَةِ دُونَ تَقْدِيرِ مَا يَخُصُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي عِوَضِهَا لَمَّا كَانَ مَقْصُودُهَا الْعِتْقَ وَلَيْسَتْ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ مَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الْأَعْوَاضِ فِي الْعُقُودِ الَّتِي مَقْصُودُهَا الْمُعَارَضَةُ وَيَكُونُ الْعِوَضُ فِيهَا دَيْنًا ثَابِتًا وَهَذَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِرَجُلَيْنِ جَمْعُ ثَوْبِهِمَا فِي الْبَيْعِ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ بِتَجْوِيرِ ذَلِكَ فَلَا يَحْتَاجُ إلَى فَرْقٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُ أَحَدِ الْمُكَاتَبَيْنِ بِجَمِيعِ مَا عَلَى جُمْلَتِهِمْ مَعَ قُدْرَتِهِمْ عَلَى الْأَدَاءِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِجَمِيعِهِمْ مَعَ الْحَيَاةِ وَالْقُدْرَةِ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعًا لِحَقِّ الضَّمَانِ فَمَا كَانَ الْمَضْمُونُ حَاضِرًا قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ طَلَبُ أَحَدِهِمْ بِحَقِّ الضَّمَانِ وَإِنَّمَا لَهُ طَلَبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا يَخُصُّهُ بِحَقِّ الْكِتَابَةِ فَإِنْ تَعَذَّرَ الْقَبْضُ مِنْ بَعْضِهِمْ بِأَنْ عَجَزَ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ، أَوْ تَغَيَّبَ فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يُوضَعُ عَنْهُمْ بِمَوْتِ أَحَدِهِمْ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنَّ أَصْحَابَهُ قَدْ ضَمِنُوا مَا عَلَيْهِ وَقَدْ الْتَزَمُوا الْكِتَابَةَ

جُمْلَةً، وَالْكِتَابَةُ تُنَافِي التَّبْعِيضَ فَلَا يَعْتِقُ إلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ أَحَدُهُمْ بِمِلْكٍ أَوْ حُرِّيَّةٍ مِنْ أَصْلِهِ وَقَدْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِذَلِكَ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يُوضَعُ عَنْهُمْ حِصَّتُهُ فِي ذَلِكَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَوْتِ أَنَّ الْعَقْدَ فِي الَّذِي مَاتَ تَنَاوَلَهُ عَلَى وَجْهِ الصِّحَّةِ فَلَزِمَهُمْ مَا يَخُصُّهُ كَمَا لَوْ عَجَزَ وَهَذَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ فَلِذَلِكَ وُضِعَ عَنْهُمْ بِقَدْرِ مَا يَخُصُّهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُمْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُحَطُّ عَنْهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ إنْ كَانُوا أَرْبَعَةً حُطَّ عَنْهُمْ رُبْعُ الْعَدَدِ بِاسْتِحْقَاقِ أَحَدِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ عَجَزْت يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ عَجْزَهُ إلَّا بِدَعْوَاهُ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِذَلِكَ مَا لَزِمَهُ بِالْكِتَابَةِ وَلِأَصْحَابِهِ أَنْ يَسْتَعْمِلُوهُ مَا يُطِيقُ مِنْ الْعَمَلِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى الْقُوَّةِ عَلَى السَّعْيِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ نَفْسَهُ مِنْهُ إلَى رِقٍّ؛ وَلِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ لَازِمٌ فَالَّذِي يَدَّعِي الْعَجْزَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ مُوسَى بْنِ مُعَاوِيَةَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ وَابْنِ نَافِعٍ إنَّهُ إذَا كَرِهَ الْكِتَابَةَ فَعَجَّزَ نَفْسَهُ وَأَشْهَدَ بِذَلِكَ عَادَ مَمْلُوكًا وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَقَوْلُ مَالِكٍ أَحَبُّ إلَيَّ وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ عَلَى قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ وَابْنِ نَافِعٍ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي لُزُومِ الْعَقْدِ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَنْفُذُ عِوَضُهَا فَلَزِمَتْ فِي الْجَنْبَتَيْنِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْجُعْلُ فَإِنَّ الْعَمَلَ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ بِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْ فِي جَنْبَةِ الْعَامِلِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ مَالٌ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ عَلَى الْعَبْدِ فَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَ بِهِ عَنْهُ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ مُسْتَقِرًّا عَلَيْهِ لَمْ يَلْزَمْهُ أَدَاؤُهُ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا عَنْ الشَّافِعِيِّ وَالَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُهُ عَنْهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ لَا يُرِيدُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ فَسْخَهُ إذَا شَاءَ وَإِنَّمَا يُرِيدُ بِهِ إذَا كَانَ بِيَدِهِ مَالٌ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى أَدَائِهِ وَإِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى أَدَائِهِ خُيِّرَ السَّيِّدُ بَيْنَ الصَّبْرِ وَبَيْنَ فَسْخِ كِتَابَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُكَاتَبِ مَالٌ ظَاهِرٌ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا كَانَ مَالُهُ صَامِتًا لَا يُعْرَفُ فَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ إذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ، ثُمَّ أَظْهَرَ أَمْوَالًا بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُرَدّ إلَى الْكِتَابَةِ وَكَانَ رَقِيقًا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا عَجَزَ نَفْسَهُ لِعَدَمِ مَالٍ ظَاهِرٍ يُؤَدِّي مِنْهُ فَقَدْ بَطَلَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ وَتَقَرَّرَ مِلْكُ السَّيِّدِ عَلَيْهِ فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ بِظُهُورِ مَالِهِ بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا لَوْ لَمْ تَتَقَدَّمْ فِي كِتَابَةٍ.

(فَرْعٌ) وَأَيْنَ يُعَجِّزُ نَفْسَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يُعَجِّزُ نَفْسَهُ دُونَ السُّلْطَانِ قَالَ سَحْنُونٌ لَا يَجُوزُ التَّعْجِيزُ إلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ عَقَدَهُ السَّيِّدُ وَالْمُكَاتَبُ عَلَى إزَالَةِ مِلْكٍ

السَّيِّدِ بِعِوَضٍ فَجَازَ لَهُمَا فَسْخُهُ وَنَقْضُهُ كَالْبَيْعِ وَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَيْسَ لَهُمَا نَقْضُهُ

(14/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ لَمْ يَنْبَغِ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَتَحَمَّلَ لَهُ بِكِتَابَةِ عَبْدِهِ أَحَدٌ إنْ مَاتَ الْعَبْدُ، أَوْ عَجَزَ وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَذَلِكَ أَنَّهُ إنْ تَحَمَّلَ رَجُلٌ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اتَّبَعَ ذَلِكَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قِبَلَ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ أَخَذَ مَالَهُ بَاطِلًا لَا هُوَ ابْتَاعَ الْمُكَاتَبَ فَيَكُونُ مَا أُخِذَ مِنْهُ مِنْ ثَمَنِ شَيْءٍ هُوَ لَهُ وَلَا الْمُكَاتَبُ عَتَقَ فَيَكُونُ فِي ثَمَنِ حُرْمَةٍ ثَبَتَتْ لَهُ فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ رَجَعَ إلَى سَيِّدِهِ وَكَانَ عَبْدًا مَمْلُوكًا لَهُ وَذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ يُتَحَمَّلُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِهَا إنَّمَا هِيَ شَيْءٌ إنْ أَدَّاهُ الْمُكَاتَبُ عَتَقَ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ سَيِّدُهُ بِكِتَابَتِهِ وَكَانَ الْغُرَمَاءُ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ رُدَّ عَبْدًا مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهِ وَكَانَتْ دُيُونُ النَّاسِ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ لَا يَدْخُلُونَ مَعَ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ) .

[المنتقى]

إلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنْ رَجَا الْأَدَاءَ، أَوْ نُفُوذَ الْعِتْقِ أَبْقَاهُ وَإِنْ تَبَيَّنَ مِنْهُ الْعَجْزُ أَنْفَذَ فَسْخَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ وَكَانَ صَانِعًا فَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَقِيلَ لَهُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ لَمْ مَالٌ ظَاهِرٌ فَالَّذِي اقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ لَيْسَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ فِيهِ رِوَايَتَانِ وَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَاسْتِرْقَاقُهَا بَعْدَ عَقْدِ الْعِتْقِ كَالَّذِي لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْهُ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ مُفْرَدًا بِالْكِتَابَةِ فَأَمَّا إذَا شَارَكَهُ غَيْرُهُ فِيهَا فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ يُعَجِّزُ نَفْسَهُ قَبْلَ نُجُومِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُ وَلَدٌ فَلَا تَعْجِيزَ لَهُ وَيُؤْخَذُ بِالسَّعْيِ عَلَيْهِمْ صَاغِرًا وَإِنْ ظَهَرَ مِنْهُ لَدَدٌ رَأَيْت أَنْ يُعَاقَبَ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ فَلَا تَعْجِيزَ لَهُ وَيُؤْخَذُ مَالُهُ فَيُعْطَى السَّيِّدَ يُرِيدُ بَعْدَ مَحِلِّهِ وَيَعْتِقُ هُوَ وَوَلَدُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ شَارَكَهُ فِي الْكِتَابَةِ أَجْنَبِيٌّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَقَّ مَنْ شَارَكَهُ فِي الْكِتَابَةِ مِنْ وَلَدٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ سَعْيُهُ وَمَالُهُ؛

لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى سَعْيِ بَعْضِهِمْ مَعَ بَعْضٍ وَأَدَاءِ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ وَأَحَدِ الْمُكَاتَبَيْنِ فَسْخُ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ دُونَ إذْنِ سَائِرِ مَنْ مَعَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ فَحَنِثَ فِي أَحَدِهِمَا بِيَمِينٍ لَزِمَتْهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يُعَجِّلُ عِتْقَهُ وَهُوَ كَابْتِدَاءِ عِتْقِهِ فَإِنْ عَجَزَ عَتَقَ بِالْحِنْثِ فِي يَمِينِهِ وَوَجْهُهُ مَا تَقَدَّمَ فَمَنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ فَأَبَى ذَلِكَ إشْرَاكَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَأَدَّى مَعَهُمْ حَتَّى عَتَقُوا فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِمَا أَدَّى عَنْ نَفْسِهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا وَجَّهَهُ إلَيْهِ السَّيِّدُ مِنْ الْعِتْقِ لَمْ يَتِمَّ لَمَّا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ أَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ حَقًّا لِلسَّيِّدِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِغَيْرِهِ، أَوْ أَعْتَقَهُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي عِتْقِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَتَعَاوَنُونَ بِهِ حَتَّى يَعْتِقَ بِعِتْقِهِمْ وَيَرِقَّ بِرِقِّهِمْ يُرِيدُ مَنْ فِيهِ سِعَايَةٌ وَعَمَلٌ فَإِنْ قَصَرَ عَنْ قَدْرِ مَا يَلْزَمُهُ فَإِنَّ أَصْحَابَهُ فِي الْكِتَابَةِ يَتَعَاوَنُونَ بِهِ فَإِنْ عَجَزُوا عَنْ أَدَاءِ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ رَقُّوا وَرَقَّ مَعَهُمْ وَإِنْ أَدَّوْا أُعْتِقُوا وَعَتَقَ مَعَهُمْ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَجُوزُ بِالْحَمَالَةِ فَإِذَا دَخَلَتْهَا الْحَمَالَةُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ، أَوْ يَكُونَ بَعْدَ الْعَقْدِ فَإِنْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ انْعَقَدَتْ بِشَرْطِ الْحَمَالَةِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى الْحَمَالَةِ إذْ لَيْسَ مِنْ سُنَّتِهَا أَنْ تَكُونَ فِي الذِّمَمِ قَالَ مُحَمَّدٌ يُرِيدُ إنَّمَا هِيَ فِي الْوَجْهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ تَتَعَلَّقْ الْكِتَابَةُ بِذِمَّةٍ تَعَلُّقًا لَازِمًا إنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالتَّصَرُّفِ وَالْكَسْبِ وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى وَأَصْبَغَ تُمْضَى الْكِتَابَةُ وَتَبْطُلُ الْحَمَالَةُ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ لَا تَجُوزُ الْحَمَالَةُ بِالْكِتَابَةِ وَمَنْ تَحَمَّلَ بِذَلِكَ لَمْ تَلْزَمْهُ حَمَالَتُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الرَّهْنُ فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ لِلْمُكَاتَبِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَيْهِ وَيَأْخُذَهُ مِنْهُ بَعْدَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ إنْ رَضِيَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ لِغَيْرِ الْمُكَاتَبِ

(15/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا كَاتَبَ الْقَوْمُ جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً وَلَا رَحِمَ بَيْنَهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِهَا فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ لَا يَعْتِقُ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ حَتَّى يُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ كُلَّهَا فَإِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنْهُمْ وَتَرَكَ مَالًا هُوَ أَكْثَرُ

مِنْ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ أُدِّيَ عَنْهُمْ مِنْهُ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ لِسَيِّدِهِ وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ كَاتَبَ مَعَهُ مِنْ فَضْلِ الْمَالِ شَيْءٌ وَيَتْبَعُهُمْ السَّيِّدُ بِحِصَصِهِمْ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِمْ مِنْ الْكِتَابَةِ الَّتِي قُضِيَتْ مِنْ مَالِ الْهَالِكِ؛ لِأَنَّ الْهَالِكَ إنَّمَا كَانَ تَحَمَّلَ عَنْهُمْ فَعَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا مَا عَتَقُوا بِهِ مِنْ مَالِهِ وَإِنْ كَانَ لِلْمُكَاتَبِ الْهَالِكِ وَلَدٌ حُرٌّ لَمْ يُولَدْ فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يُكَاتَبْ عَلَيْهِ لَمْ يَرِثْهُ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى مَاتَ) .

الْقَطَاعَةِ فِي الْكِتَابَةِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ كَانَتْ تُقَاطِعُ مُكَاتَبِيهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ) .

[المنتقى]

لَمْ تَجُزْ الْكِتَابَةُ كَالْحَمَالَةِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ قَالَ وَيُخَيَّرُ السَّيِّدُ بَيْنَ أَنْ يُمْضِيَهَا بِلَا رَهْنٍ أَوْ يَفْسَخَهَا قَالَ مُحَمَّدٌ إلَّا أَنْ تَحِلَّ الْكِتَابَةُ فَلَا تُفْسَخُ وَيُفْسَخُ الرَّهْنُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يُحَاصَّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يُحَاصُّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ فِي مَالِهِ إذَا أَفْلَسَ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ تَرْجِعُ إلَيْهِ فَكَذَلِكَ فِي الْمَوْتِ مَعَ الْفَلَسِ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ دَيْنَ الْكِتَابَةِ لَيْسَ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ فَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِيهِ رَهْنٌ وَلَا حَمَالَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَإِنَّ دَيْنَ الْغُرَمَاءِ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ سَيِّدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْغُرَمَاءُ حُقُوقَهُمْ وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَكَانَتْ دُيُونُ النَّاسِ فِي ذِمَّتِهِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا شَيْءٌ مِنْ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ الَّتِي خَرَجَتْ عَنْ يَدِهِ بِالْكِتَابَةِ عَادَتْ بِالْعَجْزِ لَا يُشَارِكُهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ غَرِيمٌ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبِينَ إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمْ رَحِمٌ فَإِنَّهُمْ حُمَلَاءُ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ وَلَا تَأْثِيرَ فِي ذَلِكَ لِكَوْنِهِمْ لَا رَحِمَ بَيْنَهُمْ فَإِنَّ هَذَا حُكْمُ ذَوِي الْأَرْحَامِ وَأَشَدُّ وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي التَّرَاجُعِ وَأَمَّا اجْتِمَاعُهُمْ فِي الْكِتَابَةِ فَعَلَى حَدٍّ وَاحِدٍ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُمْ حُمَلَاءَ عَنْ بَعْضٍ وَلَا نَقُولُ يَجُوزُ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ فَقَطْ بَلْ نَقُولُ إنَّ حُكْمَ الْكِتَابَةِ لَا بُدَّ مِنْهُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَإِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ بَيْنَ أَهْلِ الْكِتَابَةِ لِسَيِّدِهِمْ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ضِمْنَ مِلْكِهِ مَعَ كَوْنِ الْعَقْدِ يَلْزَمُهُمْ لُزُومًا وَاحِدًا.

وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَوْ كَاتَبَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَةٍ جَازَ أَنْ يَضُمَّ أَحَدُهُمَا إلَى الْآخَرِ وَلَكِنْ لَا يَعْتِقُ أَحَدُهُمَا إلَّا بِإِذْنِ الْآخَرِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنْ انْفَرَدَ عَقْدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، ثُمَّ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ فَقَدْ عَادَ إلَى حُكْمِ الْعَقْدِ الْوَاحِدِ.

وَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا بَأْسَ أَنْ يَتَحَمَّلَ عَبْدُهُ بِمَا عَلَى مُكَاتَبِهِ وَوَجْهُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ عَبْدَانِ لِرَجُلَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ لِثَلَاثَةِ رِجَالٍ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّهُ قَدْ اُخْتُلِفَ فِي جَمْعِهِمْ فِي كِتَابَةٍ فَلَمْ يُجِزْهُ أَشْهَبُ قَالَ لِأَنَّ كُلَّ عَبْدٍ يَتَحَمَّلُ لِغَيْرِ سَيِّدِهِ بِحِصَّةٍ لِغَيْرِ سَيِّدِهِ فِي عَبْدٍ فَهِيَ كِتَابَةٌ مُتَبَعِّضَةٌ إلَّا أَنْ يُسْقِطُوا حَمَالَةَ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ فَيَجُوزَ وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَا يَلْزَمُهُ مِنْ الْكِتَابَةِ يَوْمَ عُقِدَتْ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ مُيَسَّرٍ لَيْسَ كَمَا احْتَجَّ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ فَإِنَّمَا يَقْبِضُ كُلُّ وَاحِدٍ عَنْ ثُلُثِهِ ثُلُثَ الْكِتَابَةِ فَلَا يَقْبِضُ أَحَدُهُمْ عَنْ غَيْرِ مِلْكِهِ شَيْئًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمْ وَتَرَكَ أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِمْ مِنْ الْكِتَابَةِ أُدِّيَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ ضَمَانِ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ حُلَّتْ النُّجُومُ كُلُّهَا فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا وُجِدَ لَهُ مَالٌ أُدِّيَ ذَلِكَ كُلُّهُ مِنْهُ وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ لِلسَّيِّدِ وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ شَيْءٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِذَوِي أَرْحَامٍ لَهُ وَإِنَّمَا اُخْتُلِفَ فِي تَرَاجُعِ ذَوِي الْأَرْحَامِ.

[الْقَطَاعَةِ فِي الْكِتَابَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ كَانَتْ تُقَاطِعُ مُكَاتَبِيهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْمُقَاطَعَةُ هُوَ أَنْ

(16/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُقَاطِعَهُ عَلَى حِصَّتِهِ إلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ بَيْنَهُمَا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ إلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَلَوْ قَاطَعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ، ثُمَّ حَازَ ذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ أَوْ عَجَزَ لَمْ يَكُنْ لِمَنْ قَاطَعَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ وَيُرْجِعَ حَقَّهُ فِي رَقَبَتِهِ)

[المنتقى]

يُجْعَلَ عِتْقُ الْمُكَاتَبِ عَلَى شَيْءٍ يُقَاطَعُ عَلَيْهِ مُعَجَّلٍ، أَوْ مُؤَجَّلٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِعْلُ أُمِّ سَلَمَةَ أَصْلَ الْكِتَابَةِ بِالذَّهَبِ فَيُقَاطِعُهُ بِالذَّهَبِ، أَوْ بِالْوَرِقِ مُقَاطَعَةً بِالْوَرِقِ فَهَذَا اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِهِ إلَّا أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ لَا يُقَاطِعُ الْمُكَاتَبُ إلَّا بِعِوَضٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَمْ يَأْخُذْ بِهِ النَّاسُ قَالَ الزُّهْرِيُّ لَا

أَعْلَمُ أَحَدًا قَالَهُ غَيْرُ ابْنِ عُمَرَ.
وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ تَأَوَّلَ بَعْضُ الْمُتَأَوِّلِينَ فِي قَوْله تَعَالَى {وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} [النور: 33] أَنَّ ذَلِكَ قَطَاعَةُ الْمُكَاتَبِ عَلَى بَعْضِ مَا عَلَيْهِ وَتَرْكُ الْبَعْضِ لَهُ عَلَى تَعْجِيلِ الْعِتْقِ وَأَمَّا إنْ كَانَ بِالذَّهَبِ فَيُقَاطِعُهُ بِذَهَبٍ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا بِيعَتْ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ وَالْعَبْدِ فَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهَا سَيِّدُهُ كَيْفَ شَاءَ فَيَنْقُلَهُ مِنْ ذَهَبٍ إلَى وَرِقٍ وَمِنْ وَرِقٍ إلَى ذَهَبٍ وَمِنْ عُرُوضٍ إلَى عُرُوضٍ مِنْ جِنْسِهَا وَمِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ بَيْعِهَا مِنْ الْعَبْدِ إنَّمَا هُوَ تَرْكُ مَا كَاتَبَ عَلَيْهِ وَالْعُدُولُ عَنْهُ إلَى مَالٍ يُعَجَّلُ وَلَيْسَ فِي قَوْلِهِ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ كَانَتْ تُقَاطِعُ مُكَاتَبِيهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَصْلِ الْكِتَابَةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا بَأْسَ أَنْ يُقَاطِعَ الْمُكَاتَبُ وَيُعَجِّلَ عِتْقَهُ بِشَيْءٍ يُعَجِّلُهُ، أَوْ يُؤَخِّرُهُ إلَى أَبْعَدَ مِنْ أَجَلِ الْكِتَابَةِ، أَوْ أَقْرَبَ كَانَ طَعَامًا، أَوْ غَيْرَهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ وَمَنْ اشْتَرَى كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ جَازَ أَنْ يُقَاطِعَهُ بِمَا يُقَاطِعُهُ بِهِ سَيِّدُهُ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مِنْ حُكْمِ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْمُكَاتَبِ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي مَالِهِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ اشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ وَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُقَاطِعَهُ عَلَى شَيْءٍ يَنْفَرِدُ بِتَعْجِيلِهِ دُونَ شَرِيكِهِ إلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِيهِ فَإِنْ فَعَلَ وَكَمُلَتْ مُقَاطَعَتُهُ لَهُ صَارَ ذَلِكَ رِضًا بِمَا أَخَذَهُ عَنْ حِصَّتِهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَلَى مَا كَانَ الْمُتَمَسِّكُ أَحَقَّ بِجَمِيعِهِ وَكَذَلِكَ إنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَإِنَّهُ يَكُونُ أَحَقَّ بِرَقَبَتِهِ لِأَنَّ الَّذِي قَاطَعَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ وَعِتْقُ الْمُكَاتَبِ لَا يَتَبَعَّضُ فَكَانَ الْمُتَمَسِّكُ أَحَقَّ بِمَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَبِرَقَبَتِهِ بَعْدَ عَجْزِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ هَذَا مَعْنَى مَا فِي الْمُوَطَّأِ.
وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ قَبَضَ الْمُتَمَسِّكُ مِثْلَ مَا قَبَضَ الَّذِي قَاطَعَهُ فَلَا حُجَّةَ لِلْمُتَمَسِّكِ فِي مَوْتِهِ إنْ لَمْ يَدَعْ شَيْئًا وَلَا فِي عَجْزِهِ لِأَنَّهُمَا فِي الْعَجْزِ يَتَسَاوَيَانِ فِي رَقَبَتِهِ وَكَذَلِكَ إنْ تَرَكَ الْمَيِّتَ مَا يَأْخُذُ مِنْهُ الْمُتَمَسِّكُ مِثْلَ مَا أَخَذَ الْمُقَاطَعُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا اخْتِلَافَ فِي هَذَا عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَاخْتُلِفَ إذَا عَجَزَ وَلَمْ يَقْبِضْ الْمُتَمَسِّكُ إلَّا أَقَلَّ مِنْ الْآخَرِ لِاخْتِلَافِ قَوْلِ مَالِكٍ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْخِيَارُ لِلْمُتَمَسِّكِ إنْ شَاءَ رَجَعَ بِنِصْفِ الْفَضْلِ عَلَى الْآخَرِ، أَوْ تَمَاسَكَ بِالْعَبْدِ كُلِّهِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ وَعَلَيْهِ الرُّوَاةُ لَهُ الرُّجُوعُ بِنِصْفِ الْفَضْلِ فَإِنْ اخْتَارَ الْمُتَمَسِّكُ بِالْعَبْدِ رَجَعَ الْخِيَارُ لِلْمُقَاطِعِ قَالَهُ مُحَمَّدٌ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَاطَعَ بِإِذْنِهِ، أَوْ حَكَمَ بِهِ فَرَضِيَ وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ قَاطَعَهُ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إذْنِ شَرِيكِهِ فَعَجَزَ فَرَقَبَتُهُ عِنْدَ مَالِكٍ لِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ خَالِصًا إلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يَأْخُذَ بِنِصْفِ مَا يَفْضُلُهُ بِهِ الَّذِي قَاطَعَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَكَانَ الْعَبْدُ خَالِصًا وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُتَمَسِّكِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي قَاطَعَ قَدْ أَخَذَ أَكْثَرَ مِمَّا تَرَكَ الْعَبْدُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ فَيَأْخُذُ مِنْهُ نِصْفَ

مَا يَفْضُلُ بِهِ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ غَلِطَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَنْ مَالِكٍ وَهِيَ وَاضِحَةٌ فِي رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى سَأَلْت ابْنَ نَافِعٍ وَأَخْبَرْته بِقَوْلِ مَالِكٍ وَرِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَالَ لَسْت أَعْرِفُ مَا يَقُولُ عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَرَى أَنْ يَفْسَخَ وَيَرْجِعَ إلَى نَصِيبِهِ مِنْ الرَّقَبَةِ إنْ عَجَزَ، أَوْ مِنْ الْمِيرَاثِ إنْ مَاتَ عَلَى مَا أَحَبَّ شَرِيكُهُ، أَوْ كَرِهَ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَلَيْسَتْ

(17/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مُكَاتَبًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَإِنْ أَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ مِنْ الْقَطَاعَةِ وَيَكُونَ عَلَى نَصِيبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا اسْتَوْفَى الَّذِي بَقِيَتْ لَهُ الْكِتَابَةُ حَقَّهُ الَّذِي بَقِيَ لَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ كَانَ الَّذِي بَقِيَ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ بَيْنَ الَّذِي قَاطَعَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا فِي الْمُكَاتَبِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَاطَعَهُ وَتَمَاسَكَ صَاحِبُهُ بِالْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ قِيلَ لِلَّذِي قَاطَعَهُ إنْ شِئْت أَنْ تَرُدَّ عَلَى صَاحِبِك نِصْفَ الَّذِي أَخَذْت وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ وَإِنْ أَبَيْت فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ خَالِصًا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيُقَاطِعُهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْتَضِي الَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ مِثْلَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ قَالَ مَالِكٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ وَإِنْ اقْتَضَى أَقَلَّ مِمَّا أَخَذَ الَّذِي قَاطَعَهُ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَأَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يُفَضِّلُهُ بِهِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَذَلِكَ لَهُ وَإِنْ أَبَى فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِي لَمْ يُقَاطِعْهُ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا فَأَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يُفَضِّلُهُ بِهِ وَيَكُونُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا فَذَلِكَ لَهُ وَإِنْ كَانَ الَّذِي تَمَسَّكَ بِالْكِتَابَةِ قَدْ أَخَذَ مِثْلَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ شَرِيكُهُ، أَوْ أَفْضَلَ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا بِقَدْرِ مِلْكَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَخَذَ حَقَّهُ) .

[المنتقى]

حَالُهُ كَحَالِ مَنْ قَاطَعَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ قَالَ يَحْيَى بْنُ إبْرَاهِيمَ وَهَذَا أَصْوَبُ مَا قِيلَ فِيهِ وَهُوَ وَاضِحٌ فِي رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ فَمَا كَانَ خِلَافَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ فَوَهْمٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مُكَاتَبًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَإِنْ أَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ

يَرُدَّ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ مِنْ الْقَطَاعَةِ وَيَكُونَ عَلَى نَصِيبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا اسْتَوْفَى الَّذِي بَقِيَتْ لَهُ الْكِتَابَةُ حَقَّهُ الَّذِي بَقِيَ لَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ كَانَ الَّذِي بَقِيَ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ بَيْنَ الَّذِي قَاطَعَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا فِي الْمُكَاتَبِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَاطَعَهُ وَتَمَاسَكَ صَاحِبُهُ بِالْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ قِيلَ لِلَّذِي قَاطَعَهُ إنْ شِئْت أَنْ تَرُدَّ عَلَى صَاحِبِك نِصْفَ الَّذِي أَخَذْت وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ وَإِنْ أَبَيْت فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ خَالِصًا) .

(ش) : قَوْلُهُ وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مُكَاتَبًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَإِنَّ لِلَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا أَخَذَ مِنْ الْقَطَاعَةِ وَيَكُونُ عَلَى نَصِيبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَهُ أَنْ يُسْلِمَ الْعَبْدَ كُلَّهُ إلَى الْمُتَمَسِّكِ وَذَلِكَ أَنَّ شَرِيكَهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ رُجُوعٌ عَلَيْهِ فِيمَا قَبَضَ بِإِذْنِهِ وَلَكِنَّ الَّذِي قَاطَعَهُ إنَّمَا أَخَذَ ذَلِكَ لِيُؤَدِّيَ الْمُكَاتَبُ وَيَعْتِقُ فَإِذَا عَجَزَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي حِصَّتِهِ مِنْهُ وَشَارَكَهُ الْمُتَمَسِّكُ فِيمَا أَخَذَ، أَوْ يَتَمَسَّكُ بِمَا أَخَذَ وَسَلَّمَ جَمِيعَ الْعَبْدِ إلَى شَرِيكِهِ وَلَوْ لَزِمَهُ ذَلِكَ لَلَزِمَهُ الْعِتْقُ وَهَذَا إنَّمَا هُوَ إذَا قَبَضَ الَّذِي تَمَسَّكَ أَقَلَّ مِمَّا قَبَضَ شَرِيكُهُ وَأَمَّا إذَا قَبَضَ مِثْلَ ذَلِكَ، أَوْ أَكْثَرَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ شَرِيكَهُ قَدْ أَخَذَ مِثْلَ الَّذِي أَخَذَ هُوَ فَلَا حُجَّةَ لَهُ عَلَيْهِ فِي التَّمَسُّكِ وَلَوْ أَخَذَ صَاحِبُهُ أَكْثَرَ مِنْهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الَّذِي قَاطَعَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَضِيَ بِبَيْعِ نَصِيبِهِ بِأَقَلَّ مِمَّا كَانَ عُقِدَ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ إنْ عَجَزَ فَقَبَضَ الَّذِي تَمَسَّكَ مِثْلَ مَا قَبَضَ صَاحِبُهُ أَوْ أَكْثَرَ فَالْعَبْدُ بَيْنَهُمَا رَقِيقًا لَهُمَا، أَوْ يُسْلِمُ جَمِيعَ الْعَبْدِ إلَى الْمُتَمَسِّكِ وَأَمَّا إذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَقَبَضَ الْمُتَمَسِّكُ مِثْلَ مَا قَبَضَ شَرِيكُهُ أَوْ أَكْثَرَ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ قَبَضَ أَقَلَّ فَلِلَّذِي قَاطَعَ أَنْ يَرُدَّ عَلَى الْآخَرِ نِصْفَ مَا فَضَّلَهُ وَيَكُونُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا فَذَلِكَ لَهُ وَمَعْنَى هَذَا أَنْ يَأْخُذَ الْمُتَمَسِّكُ مِنْ تَرِكَةِ الْعَبْدِ مِثْلَ مَا فَضَلَ بِصَاحِبِهِ وَيَكُونَ الثَّانِي بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا فِي الْكِتَابِ إلَّا فِي الْأَعْيَانِ مِنْ الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالْعَبِيدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّ لَفْظَ الْمُوَطَّأِ يَقْتَضِي أَنَّهُ إنْ أَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَ دَفْعَ نِصْفَ مَا يَقْضِي بِهِ وَيَكُونُ لَهُ الْأَعْيَانُ وَكَذَلِكَ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ الْمُتَمَسِّكَ يَسْتَوْفِي بَقِيَّةَ كِتَابَتِهِ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ الَّذِي تُوُفِّيَ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْبَاقِيَ وَكَذَلِكَ فَرْقٌ بَيْنَ الْعَجْزِ وَالْمَوْتِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا اسْتَوْفَى مِنْهُ الْمُتَمَسِّكُ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ الْكِتَابَةِ يُرِيدُ أَنَّهُ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيُقَاطِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ حَقِّهِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْبِضُ الَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ أَقَلَّ مِمَّا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ قَالَ مَالِكٌ إنْ أَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَ الْعَبْدَ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يَفْضُلُهُ بِهِ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا شَطْرَيْنِ فَإِنْ أَبَى أَنْ يَرُدَّ فَلِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ حِصَّةُ صَاحِبِهِ الَّذِي كَانَ قَاطَعَ عَلَيْهِ الْمُكَاتَبَ قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا شَطْرَيْنِ فَيُكَاتِبَانِهِ جَمِيعًا، ثُمَّ يُقَاطِعُ أَحَدُهُمَا الْمُكَاتَبَ عَلَى نِصْفِ حَقِّهِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ وَذَلِكَ الرُّبُعُ مِنْ جَمِيعِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ فَيُقَالُ لِلَّذِي قَاطَعَهُ إنْ شِئْت فَارْدُدْ عَلَى صَاحِبِك نِصْفَ مَا فَضَّلْته بِهِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ وَإِنْ أَبَى كَانَ لِلَّذِي تَمَسَّكَ بِالْكِتَابَةِ رُبُعُ صَاحِبِهِ الَّذِي قَاطَعَ الْمُكَاتَبَ عَلَيْهِ خَالِصًا وَكَانَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ وَكَانَ لِلَّذِي قَاطَعَ رُبْعُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ أَبَى أَنْ يَرُدَّ ثَمَنَ رُبُعِهِ الَّذِي قَاطَعَ عَلَيْهِ) .

[المنتقى]

وَإِنْ اسْتَوْفَى مِنْهُ فِي الْمَوْتِ مِثْلَ الَّذِي اسْتَوْفَى الَّذِي قَاطَعَ وَأَكْثَرَ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْهُ بَقِيَّةَ مَالِهِ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ ثُمَّ يَكُونُ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ، وَأَمَّا فِي الْعَجْزِ فَهُوَ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ إذَا اسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلَ مَا يَسْتَوْفِي الَّذِي قَاطَعَ أَوْ أَكْثَرَ فَلَيْسَ لِلَّذِي تَمَسَّكَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَالْعَبْدُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ وَذَلِكَ أَنَّ فِي الْعَجْزِ بَقِيَّةَ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ وَفِي الْمَوْتِ قَدْ ذَهَبَتْ فَلِذَلِكَ افْتَرَقَا، وَلَوْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ أَقَلَّ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ لِلْمُتَمَسِّكِ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُهُ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الَّذِي قَاطَعَ بِشَيْءٍ مِمَّا أَخَذَ لَهُ فِي النَّوَادِرِ وَهَذَا إذَا قَاطَعَهُ بِعَيْنٍ، فَإِنْ قَاطَعَهُ بِعَرْضٍ أَوْ حَيَوَانٍ نُظِرَ إلَى قِيمَتِهِ نَقْدًا يَوْمَ قَبْضِهِ وَكَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَإِنْ كَانَ مَا قَبَضَ مَكِيلًا، أَوْ مَوْزُونًا رُدَّ مِثْلُهُ وَيَرُدُّ صَاحِبُهُ مَا قَبَضَ فَكَانَ بَيْنَهُمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَقَدْ بَقِيَ لِلَّذِي قَاطَعَ بَعْضَ حَقِّهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا بَقِيَ مِنْ الْقَطَاعَةِ وَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ الْكِتَابَةِ وَإِنْ عَجَزَ مَالُهُ عَنْ ذَلِكَ تَحَاصَّا فِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا بَقِيَ مِنْ النَّوَادِرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ فَلِلَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ نِصْفَ مَا أَخَذَ وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، أَوْ يَتَمَاسَكُ بِمَا قَبَضَ وَيَكُونُ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْمُتَمَسِّكِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمُتَمَسِّكَ لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا فَيَكُونُ لِلَّذِي قَاطَعَ أَنْ يَرُدَّ نِصْفَ جَمِيعِ مَا أَخَذَ، أَوْ أَخَذَ أَقَلَّ مِمَّا أَخَذَ فَيَكُونُ لِلَّذِي قَاطَعَ أَنْ يَرُدَّ نِصْفَ مَا زَادَ أَخْذُهُ عَلَى أَخْذِ الْمُتَمَسِّكِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قَاطَعَ الْمُكَاتَبَ عَلَى نِصْفِ نَصِيبِهِ وَهُوَ رُبُعُ جَمِيعِهِ وَأَبْقَى النِّصْفَ الْآخَرَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَيَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ وَرُبُعُهُ عَلَى الْقَطَاعَةِ فَهَذَا إنْ عَجَزَ فَلِلَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا فَضَّلَهُ بِهِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ شَاءَ الْمُتَمَسِّكُ بِالرِّقِّ، أَوْ أَبَى؛ لِأَنَّ هَذَا حُكْمُ الْكِتَابَةِ بَعْدَ الْعَجْزِ إنْ رَجَعَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَبَى مِنْ ذَلِكَ نَفَذَ لَهُ رُبُعَ الْعَبْدِ بِمَا قَاطَعَ عَلَيْهِ إذَا كَانَ قَاطَعَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ ذَلِكَ الرُّبُعِ مِنْ شَرِيكِهِ فَصَارَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ لِشَرِيكِهِ بِالْعَجْزِ وَلَمْ يَبْقَ لِلَّذِي قَاطَعَهُ مِنْ حِصَّتِهِ إلَّا مَا بَقِيَ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنْ الْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ قَبَضَ الْمُتَمَسِّكُ مِثْلَ مَا قَبَضَ الْمُقَاطِعُ وَذَلِكَ بِأَنْ يُقَاطِعَهُ الْأَوَّلُ بِمِائَةٍ وَأَخَذَ الْمُتَمَسِّكُ مِائَةً كَانَ الْمُقَاطِعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَ إلَى الْمُتَمَسِّكِ مَا أَخَذَهُ وَيَكُونُ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْمُقَاطِعُ مِنْ الْمُتَمَسِّكِ ثُلُثَ الْمِائَةِ الَّتِي قَبَضَ وَيُسَلِّمُ لَهُ رُبُعَ الْعَبْدِ فَيَكُونُ لِلْمُتَمَسِّكِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ وَالَّذِي قَاطَعَ رُبُعُهُ وَكَذَلِكَ إنْ قَبَضَ الْمُتَمَسِّكُ مِائَتَيْنِ فَلِلْمُقَاطِعِ أَخْذُ ثُلُثِهَا وَإِنْ كَرِهَ ذَلِكَ الْمُتَمَسِّكُ وَيَكُونُ لِلَّذِي قَاطَعَ رُبُعُ الْعَبْدِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ خَمْسِينَ وَكَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ قَالَ مُحَمَّدٌ مَعْنَاهُ أَنَّ الْمُقَاطِعَ لَمْ يَأْخُذْ غَيْرَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ فَكَانَ حَقُّهُ أَنْ يَأْخُذَ الثُّلُثَ مِنْ كُلِّ مَا يَقْتَضِي؛ لِأَنَّ لَهُ رُبُعَ الْمُكَاتَبِ وَلِلْآخَرِ نِصْفَهُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ذَلِكَ

(19/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يُقَاطِعُهُ سَيِّدُهُ فَيَعْتِقُ وَيَكْتُبُ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ مِنْ قَطَاعَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ قَالَ مَالِكٌ فَإِنَّ سَيِّدَهُ لَا يُحَاصُّ غُرَمَاءَهُ بِالَّذِي لَهُ عَلَيْهِ مِنْ قَطَاعَتِهِ وَلِغُرَمَائِهِ أَنْ يَبْدَءُوا عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُقَاطِعَ سَيِّدَهُ إذَا كَانَ عَلَيْهِ دُيُونٌ لِلنَّاسِ فَيَعْتِقُ وَيَصِيرُ لَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الدَّيْنِ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِجَائِزٍ لَهُ) .

جِرَاحُ الْمُكَاتَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِي الْمُكَاتَبِ يَجْرَحُ الرَّجُلَ جَرْحًا يَقَعُ فِيهِ الْعَقْلُ عَلَيْهِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إنْ قَوِيَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ مَعَ كِتَابَتِهِ أَدَّاهُ وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ فَإِنْ لَمْ يَقْوَ عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ عَجَزَ عَنْ كِتَابَتِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَإِنْ هُوَ عَجَزَ عَنْ

[المنتقى]
ثُمَّ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ التَّمَاسُكَ بِمَا قَبَضَ وَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُ رُبُعِ الْعَبْدِ وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ رُدَّ فَضْلُ مَا أَخَذَ إنْ كَانَ عِنْدَهُ فَضْلٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ إنَّمَا قَاطَعَ عَبْدَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَعْنَى الْكِتَابَةِ وَالْكِتَابَةُ لَا يُحَاصُّ بِهَا الْغُرَمَاءُ فَكَذَلِكَ لَا يُحَاصُّ بِالْقَطَاعَةِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ هَذَا الدَّيْنِ وَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِالذِّمَّةِ فَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ وَكَذَلِكَ الْقَطَاعَةِ حُكْمُ الْهِبَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْعَبْدِ الْمُكَاتَبِ أَنْ يُقَاطِعَ سَيِّدَهُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَا فِي يَدِهِ كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ الْعِتْقُ وَالْهِبَةُ فِي تِلْكَ الْحَالِ وَإِنْ كَانَ يَجُوزُ لَهُ الْمُعَاوَضَةُ الْمَحْضَةُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يُحَاصُّ بِهِ السَّيِّدُ فِي فَلَسٍ وَلَا مَوْتٍ وَبِهِ قَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَعَطَاءُ وَابْنُ الْمُسَيِّبِ وَالزُّهْرِيُّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَقَالَ شُرَيْحٌ يُحَاصُّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ وَبِهِ قَالَ النَّخَعِيُّ وَالشَّعْبِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يُقَاطِعُهُ بِالذَّهَبِ فَيَضَعُ عَنْهُ مِمَّا عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ عَلَى أَنْ يُعَجِّلَ لَهُ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ إنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ مَنْ كَرِهَهُ؛ لِأَنَّهُ أَنْزَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ يَكُونُ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ إلَى أَجَلٍ فَيَضَعُ عَنْهُ وَيَنْقُدُهُ وَلَيْسَ هَذَا مِثْلَ الدَّيْنِ إنَّمَا كَانَتْ قَطَاعَةُ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ مَالًا فِي أَنْ يَتَعَجَّلَ الْعِتْقَ فَيَجِبُ لَهُ الْمِيرَاثُ وَالشَّهَادَةُ وَالْحُدُودُ وَتَثْبُتُ لَهُ حُرْمَةُ الْعَتَاقَةِ وَلَمْ يَشْتَرِ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ وَلَا ذَهَبًا بِذَهَبٍ وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ قَالَ لِغُلَامِهِ ائْتِنِي بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا وَأَنْتَ حُرٌّ فَوَضَعَ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ فَقَالَ إنْ جِئْتنِي بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلَيْسَ هَذَا دَيْنًا ثَابِتًا وَلَوْ كَانَ دَيْنًا ثَابِتًا لَحَاصَّ بِهِ السَّيِّدُ غُرَمَاءَ الْمُكَاتَبِ إذَا مَاتَ، أَوْ أَفْلَسَ فَدَخَلَ مَعَهُمْ فِي مَالِ مُكَاتَبِهِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْقَطَاعَةَ تَجُوزُ بِأَقَلَّ مِمَّا كَاتَبَ عَلَيْهِ وَأَكْثَرَ عَلَى التَّعْجِيلِ مِنْ الْمُؤَجَّلِ وَتَأْجِيلُ الْمُعَجَّلِ فِي الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي أَنْ يَضَعَ وَيَتَعَجَّلَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَتْ الْكِتَابَةُ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ وَإِنَّمَا هِيَ مَعْنًى مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ لِأَنَّهُ إذَا تَعَذَّرَ أَدَاءُ الْكِتَابَةِ اُسْتُرِقَّتْ الرَّقَبَةُ وَتَنْتَقِلُ بِالْقَطَاعَةِ عَلَى تَعْجِيلِ الْكِتَابَةِ إلَى دَيْنٍ مُتَعَلِّقٍ بِالذِّمَّةِ عَلَى حَسَبِ مَا قَدَّمْنَاهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَيَجُوزُ بِالنَّقْدِ وَاخْتُلِفَ فِي النَّسِيئَةِ وَالنَّقْدُ أَحَبُّ إلَيَّ وَتَعَلَّقَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – فِي ذَلِكَ بِفَضْلٍ آخَرَ وَهُوَ مَا يَقْتَضِيهِ الْقَطَاعَةُ مِنْ الْعِتْقِ الْمُتَضَمِّنِ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالْمُوَارَثَةِ وَتَعْجِيلِ تَمَامِ الْحُرِّيَّةِ وَلِذَلِكَ تَأْثِيرٌ فِي التَّصْحِيحِ.

أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجُرْحِ خُيِّرَ سَيِّدَهُ فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُؤَدِّيَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ فَعَلَ وَأَمْسَكَ غُلَامَهُ وَصَارَ عَبْدًا مَمْلُوكًا وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسْلِمَ الْعَبْدَ إلَى الْمَجْرُوحِ أَسْلَمَهُ وَلَيْسَ عَلَى السَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُسْلِمَ عَبْدَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا فَيُجْرَحُ أَحَدُهُمْ جُرْحًا فِيهِ عَقْلٌ قَالَ مَالِكٌ مَنْ جُرِحَ مِنْهُمْ جُرْحًا فِيهِ عَقْلٌ قِيلَ لَهُ وَلِلَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ أَدُّوا جَمِيعًا عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ فَإِنْ أَدَّوْا ثَبَتُوا عَلَى كِتَابَتِهِمْ وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوا فَقَدْ عَجَزُوا وَيُخَيَّرُ سَيِّدُهُمْ فَإِنْ شَاءَ أَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ وَرَجَعُوا عَبِيدًا لَهُ جَمِيعًا وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَ الْجَارِحُ وَحْدَهُ وَرَجَعَ الْآخَرُونَ عَبِيدًا لَهُ جَمِيعًا بِعَجْزِهِمْ عَنْ أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجُرْحِ الَّذِي جُرِحَ صَاحِبُهُمْ) (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا أُصِيبَ بِجُرْحٍ يَكُونُ لَهُ فِيهِ عَقْلٌ، أَوْ أُصِيبَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ فَإِنَّ عَقْلَهُمْ عَقْلُ الْعَبِيدِ فِي قِيمَتِهِمْ وَأَنَّ مَا أُخِذَ لَهُمْ مِنْ عَقْلِهِمْ

[المنتقى]

[جِرَاحُ الْمُكَاتَبِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ مَالِكٌ وَذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ الْجُرْحِ مُقَدَّمٌ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَبْلَ الْكِتَابَةِ لَوْ جَنَى لَلَزِمَ السَّيِّدُ أَنْ يُؤَدِّيَ أَرْشَ الْجِنَايَةِ، أَوْ يُسْلِمَهُ فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَمِلْكُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ أَثْبَتُ مِنْ حُكْمِ الْكِتَابَةِ الَّذِي لَمْ يَتَقَرَّرْ بَعْدُ وَلَا يَتَقَرَّرُ إلَّا بِالْأَدَاءِ أَوْ الْعِتْقِ فَإِنْ افْتَدَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ وَإِنْ عَجَزَ رَقَّ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ لِعَجْزِهِ عَمَّا هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي رُجُوعَهُ إلَى حُكْمِ الرِّقِّ الْمَحْضِ، ثُمَّ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَفْتَدِيَهُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ، أَوْ يُسْلِمَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كُوتِبَ عَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً فَجَنَى أَحَدُهُمَا وَعَجَزَ عَنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَأَدَّى صَاحِبُهُ حِينَ خَافَ الْعَجْزَ، ثُمَّ عَتَقَا بِسِعَايَتِهِمَا فَإِنَّهُ يَتْبَعُهُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ الَّتِي أَدَّى عَنْهُ أَنْ كَانَ مِمَّا لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ قَالَ عِيسَى وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَالٌ يَعْتِقَانِ فِيهِ وَيَسْتَرِقَّانِ بِالْعَجْزِ عَنْهُ فَجَائِزٌ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَالْكِتَابَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ جَرَحَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَطَأً وَهُمَا أَجْنَبِيَّانِ قِيلَ لِلْجَارِحِ اعْقِلْ مَا جَنَيْت وَتَبْقَيَانِ عَلَى كِتَابَتِكُمَا

وَيُحْتَسَبُ بِذَلِكَ مِمَّا عَلَيْكُمَا مِنْ آخِرِ نُجُومِكُمَا وَيَتْبَعُ الْمَجْرُوحُ الْجَارِحَ بِنِصْفِ عَقْلِ الْجُرْحِ إنْ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْكِتَابَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَحْوَالُهُمَا فِي الْكِتَابَةِ رَجَعَ إلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَنُوبُ الْجَارِحُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ أَرْشَ الْجُرْحِ تَأَدَّى عَنْهُمَا وَعَتَقَا بِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ عَجَزَ الْجَارِحُ عَنْ أَدَاءِ الْأَرْشِ وَخَافَ الْمَجْرُوحُ أَنْ يَعْجِزَ بِعَجْزِهِ فَأَدَّى الْأَرْشَ كُلَّهُ، أَوْ أَدَّى مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَنُوبُهُ مِنْ الْكِتَابَةِ اتَّبَعَهُ إذَا عَتَقَا بِجَمِيعِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُمَا إذَا اعْتَدَلَا فِي الْغُرْمِ فَكَأَنَّهُمَا إنَّمَا أَدَّيَا الْكِتَابَةَ وَبَقِيَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْجَانِي وَهَذَا إذَا أَدَّى عَنْهُ بَعْضَ الْجِنَايَةِ وَأَمَّا إنْ أَدَّى جَمِيعَهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ وَيُوفِي مَا يُصِيبُهُ مِنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ أَسْلَفَ الْجَانِيَ أَجْنَبِيٌّ أَرْشَ الْجِنَايَةِ لَرَجَعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْقَدْرَ وَرَجَعَ عَلَيْهِ الْمَجْنِيُّ بِقَدْرِ مَا يَنُوبُهُ فِي الْكِتَابَةِ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْهُ ذَلِكَ الْقَدْرِ مِنْ الْكِتَابَةِ مِنْ حَقٍّ يَخْتَصُّ بِهِ فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِي أَخَا الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، أَوْ بَعْضَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ رَوَاهُ كُلَّهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَزنِيَّةِ.

(فَرْقٌ) وَلَوْ جَنَى أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ عَلَى أَجْنَبِيٍّ فَأَدَّى الثَّانِي أَرْشَ الْجِنَايَةِ حِينَ خَافَ أَنْ يَعْجِزَ بِعَجْزِ أَخِيهِ عَنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى أَخِيهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ هَذَا الْمَالَ تَأَدَّى إلَى أَجْنَبِيٍّ وَلَمْ يَتَأَدَّ فِي شَيْءٍ مِمَّا يَعْتِقَانِ بِهِ وَإِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ، ثُمَّ أَدَّى الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَخِيهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَعْتِقَانِ وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَدَّى عَنْهُ مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّهُ افْتَكَّهُ بِهِ مِنْ الْمِلْكِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ وَهُوَ مُكَاتَبٌ فَعَتَقَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتْبَعْهُ بِشَيْءٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إذَا عَجَزَ الْجَانِي عَنْ أَدَاءِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَأَدَّاهُ عَنْهُ صَاحِبُهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا أُصِيبَ بِجُرْحٍ يَكُونُ لَهُ فِيهِ عَقْلٌ، أَوْ أُصِيبَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ فَإِنَّ عَقْلَهُمْ عَقْلُ الْعَبِيدِ فِي قِيمَتِهِمْ وَأَنَّ مَا أُخِذَ لَهُمْ مِنْ عَقْلِهِمْ

(21/7)

يُدْفَعُ إلَى سَيِّدِهِمْ الَّذِي لَهُ الْكِتَابَةُ وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لِلْمُكَاتَبِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ فَيُوضَعُ عَنْهُ مَا أَخَذَ سَيِّدُهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَكَانَ دِيَةُ جُرْحِهِ الَّذِي أَخَذَ سَيِّدُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ إلَى سَيِّدِهِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ فَهُوَ حُرٌّ وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَكَانَ الَّذِي أَخَذَ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَدْ عَتَقَ وَإِنْ كَانَ عَقْلُ جُرْحِهِ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَى

الْمُكَاتَبِ أَخَذَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ وَعَتَقَ وَكَانَ مَا فَضَلَ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ لِلْمُكَاتَبِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إلَى الْمُكَاتَبِ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ إلَى سَيِّدِهِ أَعْوَرَ، أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدِ، أَوْ مَعْضُوبَ الْجَسَدِ وَإِنَّمَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَى مَالِهِ وَكَسْبِهِ وَلَمْ يُكَاتِبْهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ ثَمَنَ وَلَدِهِ وَلَا مَا أُصِيبَ مِنْ عَقْلِ جَسَدِهِ فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ وَلَكِنْ عَقْلُ جِرَاحَاتِ الْمُكَاتَبِ وَوَلَدِهِ الَّذِينَ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ يُدْفَعُ إلَى سَيِّدِهِ وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لَهُ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ) .

بَيْعُ الْمُكَاتَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مُكَاتَبَ الرَّجُلِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُهُ إذَا كَانَ كَاتَبَهُ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ إلَّا بِعَرَضٍ مِنْ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ لِأَنَّهُ إنْ أَخَّرَهُ كَانَ دَيْنًا بِدَيْنٍ وَقَدْ نُهِيَ عَنْ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ قَالَ وَإِنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ بِعَرَضٍ مِنْ الْعُرُوضِ مِنْ الْإِبِلِ، أَوْ الْبَقَرِ أَوْ الْغَنَمِ أَوْ الرَّقِيقِ

[المنتقى]
يُدْفَعُ إلَى سَيِّدِهِمْ الَّذِي لَهُ الْكِتَابَةُ وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لِلْمُكَاتَبِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ فَيُوضَعُ عَنْهُ مَا أَخَذَ سَيِّدُهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَكَانَ دِيَةُ جُرْحِهِ الَّذِي أَخَذَ سَيِّدُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ إلَى سَيِّدِهِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ فَهُوَ حُرٌّ وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَكَانَ الَّذِي أَخَذَ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَدْ عَتَقَ وَإِنْ كَانَ عَقْلُ جُرْحِهِ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَى الْمُكَاتَبِ أَخَذَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ وَعَتَقَ وَكَانَ مَا فَضَلَ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ لِلْمُكَاتَبِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إلَى الْمُكَاتَبِ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ إلَى سَيِّدِهِ أَعْوَرَ، أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدِ، أَوْ مَعْضُوبَ الْجَسَدِ وَإِنَّمَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَى مَالِهِ وَكَسْبِهِ وَلَمْ يُكَاتِبْهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ ثَمَنَ وَلَدِهِ وَلَا مَا أُصِيبَ مِنْ عَقْلِ جَسَدِهِ فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ وَلَكِنْ عَقْلُ جِرَاحَاتِ الْمُكَاتَبِ وَوَلَدِهِ الَّذِينَ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ يُدْفَعُ إلَى سَيِّدِهِ وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لَهُ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ) .
(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا جَنَى عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ أَنَّ عَقْلَ جُرْحِهِ عَقْلُ جُرْحِ عَبْدٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ قَالَ وَيَدْفَعُ ذَلِكَ الْعَقْلَ إلَى سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ بَعْضِ الْمُكَاتَبِ لِئَلَّا يَفُوتَ الَّذِي تَلِفَ بِالْجِنَايَةِ وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِوَضِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إلَى رُجُوعِ الْعَبْدِ إلَيْهِ بِالْعَجْزِ نَاقِصًا وَقَدْ فَاتَ الْعِوَضُ فَوَجَبَ أَنْ يُدْفَعَ إلَيْهِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَيُحْتَسَبُ لَهُ بِهِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ يُرِيدُ فِيمَا يُتِمُّ عِتْقَهُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ احْتَسَبَ لَهُ فِي أَوَّلِ نَجْمٍ وَفِيمَا لَا يَتِمُّ

عِتْقُهُ بِهِ مِنْ عَبْدِهِ لَأَدَّى ذَلِكَ إلَى مَا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ دَفْعَ ذَلِكَ إلَيْهِ فِي أَوَّلِ نَجْمٍ دَفْعٌ عَمَّا لَيْسَ بِعِوَضٍ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمَّا كَانَتْ لَا تَتَبَعَّضُ لَا يَكُونُ عِوَضًا مِنْ جَمِيعِهَا إلَى الدَّفْعَةِ الَّتِي يَتِمُّ الْعِتْقُ بِهَا وَأَمَّا مَا يُؤَدِّي لَهُ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ ذَلِكَ فَنَوْعٌ مِنْ الْغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ إنْ عَجَزَ عَنْ آخِرِ نَجْمٍ وَرَجَعَ رَقِيقًا بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ عَجَزَ وَلَمْ يُعْطِ شَيْئًا فَإِذَا أَدَّاهُ عَنْ أَوَّلِ نَجْمٍ رَجَعَ إلَيْهِ الْمُكَاتَبِ لِعَجْزِهِ نَاقِصًا بِبَعْضِ الْجِنَايَةِ وَحُكْمًا لِمَا قَبَضَ مِنْ نُجُومِهِ بِحُكْمِ الْغَلَّةِ فَقَدْ أَخَذَ غَلَّةَ عَبْدِهِ عِوَضًا عَنْ جُزْءٍ قَدْ ذَهَبَ مِنْهُ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ كَمَا لَوْ لَمْ يُكَاتِبْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ عَقْلُ الْجُرْحِ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ أَخَذَ السَّيِّدُ مِنْ ذَلِكَ بَقِيَّةَ كِتَابَتِهِ وَعَتَقَ الْعَبْدُ وَدُفِعَ إلَيْهِ الْفَضْلُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ الْجُرْحِ إذَا كَانَ فِيهِ أَدَاءُ الْكِتَابَةِ عُجِّلَ لِلسَّيِّدِ أَدَاؤُهُ وَإِنْ كَانَتْ النُّجُومُ لَمْ تَحِلَّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ أَدَاءٌ أُحْتُسِبَ لَهُ بِهِ فِي آخِرِ نَجْمٍ فَإِذَا كَانَ فِيهِ وَفَاءٌ عُجِّلَ لَهُ الْأَدَاءُ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ بِهِ الْعِتْقُ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ عِوَضًا مِنْ عَيْنِ الْعَبْدِ وَلَمْ يَجُزْ تَسْلِيمُهُ إلَى الْعَبْدِ لِئَلَّا يَفُوتَ لَمْ يَرْجِعْ إلَى السَّيِّدِ نَاقِصًا وَكَانَ تَعْجِيلُ دَفْعِهِ إلَى السَّيِّدِ تَعْجِيلَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ لَزِمَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْعَبْدِ فِي تَأْخِيرِهِ بِخِلَافِ مَالِ الْمُكَاتَبِ فَإِنَّهُ لَا يُعَجِّلُ لِلسَّيِّدِ قَبْلَ حُلُولِ النُّجُومِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِعِوَضٍ عَنْ عَيْنِ الْمُكَاتَبِ؛ وَلِأَنَّ لِلْمُكَاتَبِ حَقًّا فِي تَصْرِيفِهِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ إلَى أَنْ تَحِلَّ نُجُومُ كِتَابَتِهِ فَافْتَرَقَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(22/7)

فَإِنَّهُ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ عَرْضٍ مُخَالِفٍ لِلْعُرُوضِ الَّتِي كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَيْهَا يُعَجِّلُ ذَلِكَ وَلَا يُؤَخِّرُهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِي الْمُكَاتَبِ أَنَّهُ إذَا بِيعَ كَانَ أَحَقَّ بِاشْتِرَاءِ كِتَابَتِهِ مِمَّنْ اشْتَرَاهَا إذَا قَوِيَ أَنْ يُؤَدِّيَ إلَى سَيِّدِهِ

[المنتقى]

[بَيْعُ الْمُكَاتَبِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ خِلَافًا لِرَبِيعَةَ وَعَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ

وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي مَنْعِهِمْ ذَلِكَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهَا مَا فِيهِ مِنْ الْعِتْقِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا لِلْعِتْقِ وَهَذَا إذَا بَاعَ السَّيِّدُ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ وَأَمَّا إذَا بَاعَ جُزْءًا مِنْهَا فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ رِوَايَتَانِ عَنْ مَالِكٍ إحْدَاهُمَا الْمَنْعُ وَالْأُخْرَى الْجَوَازُ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَوَازِ وَهِيَ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّ هَذَا مَبِيعٌ مَقْصُودٌ فِي نَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُ جَمِيعِهِ فَجَازَ بَيْعُ جُزْءٍ مِنْهُ كَسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْمَنْعِ أَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إلَى أَنْ يُؤَدِّيَ الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ أَدَاءَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إلَى سَيِّدِهِ بِعَقْدِ كِتَابَتِهِ وَالثَّانِي إلَى امْتِنَاعِ الْجُزْءِ لِحَقِّ ابْتِيَاعِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ نِصْفَ عَبْدِهِ لِحَقِّ الْكِتَابَةِ وَيُؤَدِّي النِّصْفَ الْآخَرَ مِنْ الْخَرَاجِ بِحَقِّ الْمِلْكِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتَبُ لِشَرِيكَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا بَيْعُ حِصَّتِهِ دُونَ شَرِيكِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَإِنْ أَذِنَ فِي ذَلِكَ شَرِيكُهُ إلَّا أَنْ يَبِيعَاهُ جَمِيعًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ لَا يَشْتَرِي نَصِيبَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فِيهِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ جَمِيعَهُ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَمَّا مِنْ الْمُكَاتِبِ فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِرِضَا شَرِيكِهِ وَأَمَّا مِنْ غَيْرِهِ فَيَجُوزُ وَإِنْ كَرِهَ شَرِيكُهُ، وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَوَازِ أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ مَقْصُودَةٌ تَجُوزُ فِي جَمِيعِ الْعَبْدِ فَجَازَتْ فِي بَعْضِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ مَا قَدَّمْنَاهُ أَيْضًا وَأَمَّا مِنْ الْعَبْدِ نَفْسِهِ فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ أَنَّهَا كَالْقَطَاعَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إذَا كَاتَبَهُ بِدَنَانِيرَ وَدَرَاهِمَ فَلَا يَبِيعُهَا إلَّا بِعَرْضٍ مُعَجَّلٍ لَا يَتَأَخَّرُ؛ لِأَنَّهُ يُدْخِلُهُ الْكَالِئُ بِالْكَالِئِ، وَإِنْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ بِعَرْضٍ مِنْ إبِلٍ وَرَقِيقٍ جَازَ أَنْ يَبِيعَهُ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ عَرْضٍ مُخَالِفٍ لَهُ يُعَجِّلُ ذَلِكَ وَلَا يُؤَخِّرُهُ لِمَا قَدَّمْنَاهُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَهِيَ ذَهَبٌ بِوَرِقٍ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ ذَهَبٌ بِوَرِقٍ إلَى أَجَلٍ وَلَا يَبِيعُهَا وَهِيَ عَرْضٌ بِعَرْضٍ مِنْ جِنْسِهِ أَكْثَرَ مِنْهُ إلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ الزِّيَادَةُ مَعَ النَّسَاءِ فِي الْجِنْسِ وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهَذَا إذَا بَاعَ الْكِتَابَةَ مِنْ غَيْرِ الْعَبْدِ فَأَمَّا إذَا بَاعَهَا مِنْ الْعَبْدِ نَفْسِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيَنْقُلُهُ مِنْ ذَهَبٍ إلَى وَرِقٍ وَمِنْ عَرْضٍ إلَى جِنْسِهِ أَكْثَرَ مِنْهُ وَأَقَلَّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقُلْ شَيْئًا مِنْ ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ وَإِنَّمَا تَرَكَ مَا عَامَلَهُ عَلَيْهِ وَعَدَلَ عَنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ الْكِتَابَةَ، ثُمَّ بَاعَهُ وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَلَاؤُهُ لِلْمُشْتَرِي وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ وَالنَّخَعِيُّ وَابْنُ حَنْبَلٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَاَلَّذِي أَعْتَقَ هُوَ الَّذِي عَقَدَ الْكِتَابَةَ وَذَلِكَ لَا يُنْقَضُ إلَّا بِالْعَجْزِ، وَالْبَيْعُ لَمْ يَتَعَلَّقْ إلَّا بِمَا عَلَيْهِ دُونَ الْوَلَاءِ، وَمَا رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ وَجَاءَتْ تَسْتَعِينُهَا فِي كِتَابَتِهَا،

ثُمَّ ثَبَتَ الْوَلَاءُ لَهَا فَذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهَا عَجَزَتْ فَاشْتَرَتْهَا بَعْدَ الْعَجْزِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَذَا حُكْمُ الْكِتَابَةِ وَأَمَّا بَيْعُ الْكِتَابَةِ فَلَا يَجُوزُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ الزُّهْرِيُّ وَرَبِيعَةُ إنْ كَانَ بِإِذْنِ الْمُكَاتَبِ جَازَ وَلَا يَجُوزُ مَعَ عَدَمِ إذْنِهِ وَقَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مَنْ بَاعَ مُكَاتَبَهُ رُدَّ إلَّا أَنْ يَعْتِقَهُ الْمُبْتَاعُ فَيَمْضِي وَكَذَلِكَ إنْ مَاتَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ وَلَا عَلَى الْبَائِعِ أَنْ يَجْعَلَ شَيْئًا مِمَّا أَخَذَ فِي رَقَبَتِهِ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ يَبِيعُهُ، ثُمَّ يَفُوتُ بِمَوْتٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ» قَالَ فَإِنْ بَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ وَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إلَى الْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ فَهُوَ بَيْعُ الْوَلَاءِ وَإِنْ رَقَّ لَمْ يَجُزْ اسْتِرْقَاقٌ دُونَ عَجْزٍ عَنْ الْأَدَاءِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِإِذْنِ الْمُكَاتَبِ وَلَا بِإِذْنِ غَيْرِهِ.

(23/7)

الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ نَقْدًا وَذَلِكَ أَنَّ اشْتِرَاءَهُ نَفْسَهُ عَتَاقَةٌ وَأَنَّ الْعَتَاقَةَ تَبْدَأُ عَلَى مَا كَانَ مَعَهَا مِنْ الْوَصَايَا، وَإِنْ بَاعَ بَعْضُ مَنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ نَصِيبَهُ مِنْهُ فَبَاعَ نِصْفَ الْمُكَاتَبِ، أَوْ ثُلُثَهُ، أَوْ رُبُعَهُ، أَوْ سَهْمًا مِنْ أَسْهُمِ الْمُكَاتَبِ فَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ فِيمَا بِيعَ مِنْهُ شُفْعَةٌ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْقَطَاعَةِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُقَاطِعَ بَعْضَ مَنْ كَاتَبَهُ إلَّا بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ وَأَنَّ مَا بِيعَ مِنْهُ لَيْسَتْ لَهُ بِهِ حُرْمَةٌ تَامَّةٌ وَأَنَّ مَالَهُ مَحْجُورٌ عَنْهُ وَأَنَّ اشْتِرَاءَهُ بَعْضَهُ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ الْعَجْزُ لِمَا يَذْهَبُ مِنْ مَالِهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاءِ الْمُكَاتَبِ نَفْسَهُ كَامِلًا إلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَنْ بَقِيَ لَهُ فِيهِ كِتَابَةٌ فَإِنْ أَذِنُوا لَهُ كَانَ أَحَقَّ بِمَا بِيعَ مِنْهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَا يَحِلُّ بَيْعُ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِ الْمُكَاتَبِ وَذَلِكَ أَنَّهُ غَرَرٌ إنْ عَجَزَ بَطَلَ مَا عَلَيْهِ وَإِنْ مَاتَ وَأَفْلَسَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ لِلنَّاسِ لَمْ يَأْخُذْ الَّذِي اشْتَرَى نَجْمَهُ بِحِصَّتِهِ مَعَ غُرَمَائِهِ شَيْئًا وَإِنَّمَا الَّذِي يَشْتَرِي نَجْمًا مِنْ نُجُومِ الْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ فَسَيِّدُ الْمُكَاتَبِ لَا يُحَاصُّ بِكِتَابَةِ غُلَامِهِ غُرَمَاءَ الْمُكَاتَبِ، وَكَذَلِكَ الْخَرَاجُ أَيْضًا يَجْتَمِعُ لَهُ عَلَى غُلَامِهِ فَلَا يُحَاصُّ بِمَا اجْتَمَعَ لَهُ مِنْ الْخَرَاجِ غُرَمَاءُ غُلَامِهِ قَالَ مَالِكٌ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ بِعَرْضٍ أَوْ بِعَيْنٍ مُخَالِفٍ كُوتِبَ بِهِ مِنْ الْعَيْنِ أَوْ الْعَرْضِ أَوْ غَيْرِ مُخَالِفٍ مُعَجَّلٍ أَوْ مُؤَخَّرٍ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَهْلِكُ وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدٍ وَأَوْلَادًا لَهُ صِغَارًا مِنْهَا، أَوْ مِنْ غَيْرِهَا فَلَا يَقْوَوْنَ

عَلَى السَّعْيِ وَيُخَافُ عَلَيْهِمْ الْعَجْزَ عَنْ كِتَابَتِهِمْ قَالَ تُبَاعُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ إذَا كَانَ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ جَمِيعُ كِتَابَتِهِمْ أُمَّهُمْ كَانَتْ أَوْ غَيْرَ أُمِّهِمْ يُؤَدَّى عَنْهُمْ وَيَعْتِقُونَ؛ لِأَنَّ أَبَاهُمْ كَانَ لَا يَمْنَعُ بَيْعَهَا إذَا خَافَ الْعَجْزَ عَنْ كِتَابَتِهِ فَهَؤُلَاءِ إذَا خِيفَ عَلَيْهِمْ الْعَجْزُ بِيعَتْ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ فَيُؤَدَّى عَنْهُمْ ثَمَنُهَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ وَلَمْ تَقْوَ هِيَ وَلَا هُمْ عَلَى السَّعْيِ رَجَعُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِمْ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ أَحَقُّ بِشِرَاءِ كِتَابَتِهِ إذَا اشْتَرَاهُ غَيْرُهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الشُّفْعَةِ وَلَكِنَّهُ مِنْ بَابِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – مِنْ أَنَّ الْعِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِلْكِ، وَالْمُكَاتَبُ إذَا اشْتَرَى كِتَابَتَهُ عَتَقَ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَكَانَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ اشْتِرَاءِ غَيْرِهِ لَهُ فَإِنَّ ذَلِكَ الشِّرَاءَ رُبَّمَا أَدَّى إلَى تَمَلُّكٍ وَاسْتِرْقَاقٍ فَأَمَّا إنْ بِيعَتْ بَعْضُ كِتَابَتِهِ فَلَا يَكُونُ أَحَقَّ بِهَا؛ لِأَنَّ شِرَاءَ بَعْضِ كِتَابَتِهِ لَا يُؤَدِّي إلَى عِتْقِهِ، وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ الْعِتْقَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ فَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ التَّمْلِيكِ عِنْدَ ابْتِدَائِهَا كَانَ الْعِتْقُ، أَوْلَى.

(فَرْعٌ) وَهَذَا يَجْرِي عِنْدِي مَجْرَى التَّمْلِيكِ فَإِنْ قَامَ بِذَلِكَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ بَيْعِ كِتَابَتِهِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ إلَى أَنْ يُوقَفَ فَيَتْرُكَ ذَلِكَ، أَوْ يَشْرَعَ فِي أَدَاءِ النُّجُومِ وَلَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِ الْمُكَاتَبِ يُرِيدُ نَجْمًا مُعَيَّنًا لِمَا فِيهِ الْغَرَرُ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ النَّجْمُ الَّذِي بَاعَهُ أَوَّلَ نَجْمٍ فَقَبَضَهُ ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ رَقَّ جَمِيعُهُ وَبَطَلَ حُكْمُ ذَلِكَ النَّجْمِ وَإِنْ اشْتَرَى الثَّانِيَ رُبَّمَا عَجَزَ الْعَبْدُ قَبْلَهُ فَلَا يَدْرِي مَا يَصِيرُ إلَيْهِ، وَأَمَّا إنْ اشْتَرَى نَجْمًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالُوا لِأَنَّ بَيْعَهُ نَجْمًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ يَرْجِعُ إلَى بَيْعِ جُزْءٍ مِنْ الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ جَائِزٌ عَلَى رِوَايَةِ الْإِجَارَةِ وَهِيَ الْأَظْهَرُ مِنْ قَوْلِ أَصْحَابِنَا وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الْمَنْعِ مِنْ بَيْعِ الْجُزْءِ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ بَيْعُ نَجْمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْمُكَاتَبِ يَهْلِكُ وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدٍ وَوَلَدًا لَهُ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَبْتَاعُ كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ الَّذِي اشْتَرَى كِتَابَتَهُ وَإِنْ عَجَزَ فَلَهُ رَقَبَتُهُ وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ إِلَى الَّذِي اشْتَرَاهَا وَعَتَقَ فَوَلَاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ لَيْسَ لِلَّذِي اشْتَرَى كِتَابَتَهُ مِنْ وَلَائِهِ شَيْءٌ) .

[المنتقى]

صِغَارًا لَهُ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا فَلَا يَقْدِرُونَ عَلَى السَّعْيِ تُبَاعُ أُمُّ الْوَلَدِ إذَا كَانَ يُتَهَيَّأُ مِنْ ثَمَنِهَا جَمِيعُ الْكِتَابَةِ عَلَى مَا قَالَهُ وَالْمُكَاتَبُ إذَا تَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ لَهَا وَلَدٌ أَوْ لَا يَكُونُ لَهَا وَلَدٌ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ لَمْ تُسْتَسْعَ وَلَمْ تَعْتِقْ وَإِنْ تَرَكَ أَضْعَافَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ عَلَيْهَا كِتَابَةٌ فَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ مَالِ الْمُكَاتَبِ يَصِيرُ إلَى السَّيِّدِ بِمَوْتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ مِنْهَا، أَوْ مِنْ غَيْرِهَا يُخَافُ عَلَيْهِمْ الْعَجْزُ لِضَعْفِهِمْ عَنْ السَّعْيِ بِيعَتْ أُمُّ الْوَلَدِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ مَالِ أَبِيهِمْ فَلِذَلِكَ لَمْ يُثْبِتْ لَهَا حُكْمَ الْكِتَابَةِ فَتَعْتِقَ بِالْأَدَاءِ وَإِنَّمَا أَثْبَتَ لَهَا حُكْمَ الْمَالِ وَلِذَلِكَ يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَبِيعَهَا إذَا خَافَ الْعَجْزَ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يُؤَدِّيَ مِنْهَا الْكِتَابَةَ فَيَعْتِقَ بِذَلِكَ مَنْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ وَشَارَكَ فِيهَا مَنْ عَقَدَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ مَا لَا تُؤَدَّى مِنْهُ الْكِتَابَةُ عَتَقَ جَمِيعُهُمْ، وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا وَلَدُ الْمُكَاتَبِ بِشَيْءٍ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمَّهُمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُبَاعُ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَإِنَّمَا تُبَاعُ لِلضَّرُورَةِ وَخَوْفِ الْعَجْزِ وَإِذَا انْتَفَى ذَلِكَ بِإِمْكَانِ الْأَدَاءِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَعْتِقَ وَإِنَّمَا تَعْتِقُ عَلَى الْمُكَاتَبِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ مِمَّا عَتَقَتْ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا عَتَقَتْ عَلَيْهِ أُمُّ وَلَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ أُمِّ وَلَدٍ وَأَبٍ وَأَخٍ فِي الْكِتَابَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ هِيَ رَقِيقٌ لِلْأَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً بِالْكِتَابَةِ، وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ تَرَكَ وَفَاءً عَتَقَتْ مَعَ الْأَبِ وَالْأَخِ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً رَقَّتْ وَلَا تَعْتِقُ فِي سَعْيِهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلَا تَسْعَى هِيَ إلَّا مَعَ الْوَلَدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ وَلَمْ تَقْوَ هِيَ وَلَا هُمْ عَلَى السَّعْيِ رَجَعُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِمْ، يُرِيدُ

أَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبِ يَرِقُّونَ إذَا لَمْ يُمَكِّنْهُمْ الْأَدَاءُ بِمَا يُخْلِفُهُ أَبُوهُمْ وَلَا بِسَعْيِهِمْ يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ حَتَّى يَبْلُغَ السَّعْيَ، وَأَمَّا إنْ كَانَ فِي ثَمَنِهِمْ مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ عِيسَى تُبَاعُ وَيُؤَدَّى عَنْهُمْ مِنْ ثَمَنِهَا نُجُومُهُمْ حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ فَإِنْ أَدَّوْا عَتَقُوا وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ لَا تُبَاعُ لَهُمْ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ثَمَنِهَا إنْ بِيعَتْ مَا يَعْتِقُونَ بِهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا مَالٌ لِلْمُكَاتَبِ فَجَازَ أَنْ تُبَاعَ فِي الْأَدَاءِ عَنْ بَنِيهِ كَمَا لَوْ كَانَ فِي ثَمَنِهَا مَا يَعْتِقُونَ بِهِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يُبَاعُ فِي أَدَاءِ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ بِيعَتْ فِي أَدَاءِ بَعْضِ مَا عَلَيْهِمْ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ وَرَقِيقِهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا يَلْحَقُهَا الْعِتْقُ وَتَعْتِقُ مَعَ الْوَلَدِ فَلَا تُبَاعُ مَعَ السَّلَامَةِ كَسَائِرِ مَنْ انْعَقَدَ لَهُ الْكِتَابَةُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِيمَنْ اشْتَرَى كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ ثُمَّ مَاتَ أَنَّهُ يَرِثُهُ يُرِيدُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِمَالِهِ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ يُنَافِي التَّوَارُثَ وَلَكِنْ بِمَعْنَى اسْتِحْقَاقِ السَّيِّدِ مَالَ عَبْدِهِ وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَكَانَتْ رَقَبَتُهُ لِمَنْ اشْتَرَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ يَسْتَرِقُّ بِالْعَجْزِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُ بَائِعُ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْتَمِعُ لَهُ الثَّمَنُ وَرَقَبَةُ الْعَبْدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ كِتَابَةً إلَى الَّذِي اشْتَرَاهَا وَعَتَقَ فَوَلَاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ الْكِتَابَةَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ الْوَلَاءُ لِلْمُشْتَرِي وَبِهِ قَالَ ابْنُ حَنْبَلٍ وَالنَّخَعِيُّ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إنَّمَا عَتَقَ بِالْعِتْقِ الَّذِي تَضَمَّنَهُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ وَقَدْ ثَبَتَ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَهُ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وَأَمَّا مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ» وَإِنَّ ذَلِكَ فِي قِصَّةٍ بِعَيْنِهَا كَانَ فِيهَا الْمُعْتَقُ هُوَ الَّذِي أَعْطَى الْوَرِقَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْرُجَ عَلَى الْغَالِبِ فَإِنْ غَالَبَ الْحَالِ أَنَّ الْمُعْتَقَ هُوَ مُعْطِي الْوَرِقِ وَأَمَّا مَنْ يَشْتَرِي الْكِتَابَةَ وَتَتَأَدَّى إلَيْهِ فَقَلِيلٌ نَادِرٌ فَكَانَ ذَلِكَ

(25/7)

سَعْيُ الْمُكَاتَبِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا عَنْ رَجُلٍ كَاتَبَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى بَنِيهِ، ثُمَّ مَاتَ هَلْ يَسْعَى بَنُو الْمُكَاتَبِ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ أَمْ هُمْ عَبِيدٌ فَقَالَا بَلْ يَسْعَوْنَ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ وَلَا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَبِيهِمْ شَيْءٌ قَالَ مَالِكٌ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا لَا يُطِيقُونَ السَّعْيَ لَمْ يُنْتَظَرْ بِهِمْ أَنْ يَكْبَرُوا وَكَانُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِ أَبِيهِمْ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ تَرَكَ مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ نُجُومُهُمْ إلَى أَنْ يَتَكَلَّفُوا

السَّعْيَ فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ أُدِّيَ ذَلِكَ عَنْهُمْ وَتُرِكُوا عَلَى حَالِهِمْ حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ فَإِنْ أَدَّوْا عَتَقُوا وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ وَيَتْرُكُ مَا لَا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءُ الْكِتَابَةِ وَيَتْرُكُ وَلَدًا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَأُمَّ وَلَدٍ فَأَرَادَتْ أُمُّ وَلَدِهِ أَنْ تَسْعَى عَلَيْهِمْ أَنَّهُ يُدْفَعُ إلَيْهَا الْمَالُ إذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً عَلَى ذَلِكَ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ وَلَا مَأْمُونَةً عَلَى الْمَالِ لَمْ تُعْطَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَرَجَعَتْ هِيَ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبِ رَقِيقًا لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ) .

[المنتقى]

عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيقِ لَا عَلَى سَبِيلِ التَّعْلِيقِ وَكَانَ قَوْلُهُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ عَلَى وَجْهِ التَّعْلِيلِ فِيهِ بِتَعَلُّقِ الْحُكْمِ فَعَلَى هَذَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لِلْكِتَابَةِ إنَّمَا يَشْتَرِي مَا عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ الْكِتَابَةِ وَإِنَّمَا يَسْتَرِقُّ الْعَبْدَ لِعَجْزِهِ عَنْ أَدَاءِ مَا اشْتَرَى فَلَوْ ابْتَدَأَ عِتْقَهُ بَعْدَ عَجْزِهِ وَاسْتِرْقَاقِهِ لَبَطَلَ حُكْمُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بِالْعِتْقِ الثَّانِي لِلْمُشْتَرِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[سَعْيُ الْمُكَاتَبِ]

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ وَلَهُ بَنُونَ أَنَّهُ لَا يُحَطُّ عَنْهُمْ شَيْءٌ مِنْ الْكِتَابَةِ الَّتِي لَزِمَتْ أَبَاهُمْ وَيَسْعَوْنَ فِي أَدَاءِ ذَلِكَ كُلِّهِ يَقْتَضِي أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى حُكْمِ الْحَمَالَةِ يَحْمِلُهَا الْمُكَاتَبُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ فَمَنْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ثَبَتَ لَهُ وَعَلَيْهِ حُكْمُ الْحَمَالَةِ فَلَا يَعْتِقُ أَحَدٌ مِنْ شُرَكَائِهِ فِي الْكِتَابَةِ إلَّا بِعِتْقِهِ وَيُؤَدِّي عَمَّنْ عَجَزَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابَةِ مَا عَجَزَ عَنْهُ لِمَوْتٍ أَوْ عَجْزٍ عَنْ سِعَايَةٍ، فَمَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابَةِ أُدِّيَ عَنْهُ مَا كَانَ يَنُوبُهُ مِنْ الْكِتَابَةِ مِنْ شِرْكِهِ فِيهَا وَلَوْ اسْتَحَقَّ أَحَدُ الْمُكَاتَبِينَ بِحُرِّيَّةٍ سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ بِقَدْرِ مَا يَنُوبُهُ مِنْ الْكِتَابَةِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يَمُوتُ أَنَّ مَنْ مَاتَ قَدْ لَزِمَتْهُ الْكِتَابَةُ وَتَعَلَّقَتْ بِهِ تَعَلُّقَ حَقِيقَةٍ، وَأَمَّا الْمُسْتَحِقُّ بِحُرِّيَّةٍ فَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَازِمًا لَهُ وَلَا مُتَعَلِّقًا بِهِ فَلَمْ يَضْمَنْ سَائِرَ مَنْ كَانَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ مَا يَنُوبُهُ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ مِنْهُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا لَا يُطِيقُونَ السَّعْيَ لَمْ يُنْتَظَر بِهِمْ أَنْ يَكْبَرُوا يُرِيدُ إذَا لَمْ يَتْرُكْ أَبُوهُمْ مَا يُؤَدَّى بِهِ الْكِتَابَةُ أَوْ يُؤَدَّى بِهِ نُجُومُهَا إلَى أَنْ يَبْلُغُوا السَّعْيَ، فَإِنْ تَرَكَ مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ إلَى أَنْ يَبْلُغُوا السَّعْيَ أُدِّيَ عَنْهُمْ وَانْتُظِرَ بِهِمْ ذَلِكَ فَإِنْ أَدَّوْا بِسَعْيِهِمْ عَتَقُوا وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ الْمُتَوَفَّى كَانَ

أَيْضًا ضَامِنًا لَهُ مَا عَلَى بَنِيهِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ الْكِتَابَةِ بِحَقِّ مُشَارَكَتِهِ لَهُمْ فِيهَا فَإِذَا تَرَكَ مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ وَعَجَزُوا هُمْ كَانَ ذَلِكَ فِي مَالِهِ الَّذِي تَرَكَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ أُمَّ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ إذَا مَاتَ عَنْهَا وَعَنْ وَلَدٍ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا فَأَرَادَتْ السَّعْيَ عَلَيْهِمْ فَذَلِكَ لَهَا وَيَسْعَوْنَ بِسَعْيِهَا؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ بِمَنْزِلَتِهِ قَدْ بَاشَرَتْهُ الْكِتَابَةُ كَمَا بَاشَرَتْهُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ لَهَا حُكْمُ الْمَالِ فَإِنْ أَمْكَنَ الْأَدَاءُ عَنْهُمْ بِسَعْيِهَا فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ غَلَّةِ مَالِ الْمُكَاتَبِ يَتَأَدَّى مِنْهَا نُجُومُهُمْ، وَإِذَا لَمْ يُخْلِفْ الْمُكَاتَبُ وَلَدًا فَلَا سَبِيلَ لَهَا إلَى السَّعْيِ وَلَا إلَى الْعِتْقِ، وَلَوْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ مَالًا كَثِيرًا أَوْ لَمْ يَتْرُكْ مَنْ يَقُومُ بِالْكِتَابَةِ مِمَّنْ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا فَجَمِيعُ الْمَالِ لِسَيِّدِهِ وَأُمُّ الْوَلَدِ مِنْ مَالِهِ فَتَعُودُ إلَى رِقِّ سَيِّدِهِ مَعَ سَائِرِ مَالِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ وَلَا مَأْمُونَةً عَلَى الْمَالِ لَمْ تُعْطَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَرَجَعَتْ هِيَ وَوَلَدُهَا الْمُكَاتَبُ رَقِيقًا، يُرِيدُ أَنَّهَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِي سَعْيِهَا مَا يَتَأَدَّى مِنْهُ النُّجُومُ، أَوْ كَانَتْ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ

(26/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا كَاتَبَ لِقَوْمٍ جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً وَلَا رَحِمَ بَيْنَهُمْ فَعَجَزَ بَعْضُهُمْ وَسَعَى بَعْضُهُمْ حَتَّى عَتَقُوا جَمِيعًا فَإِنَّ الَّذِينَ سَعَوْا يَرْجِعُونَ عَلَى الَّذِينَ عَجَزُوا بِحِصَّةِ مَا أَدَّوْا عَنْهُمْ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ) .

[المنتقى]

وَلَمْ تَكُنْ مَأْمُونَةً عَلَيْهِ وَلَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ مَا تَتَأَدَّى مِنْهُ الْكِتَابَةُ أَوْ يَتَأَدَّى مِنْ نُجُومِهَا مَا يَبْلُغُونَ بِهِ السَّعْيَ دُفِعَ الْمَالُ كُلُّهُ إلَى السَّيِّدِ وَرَقَّ الْوَلَدُ وَأُمُّ الْوَلَدِ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ وَفَاءُ نُجُومِهِمْ إلَى أَنْ يَبْلُغُوا السَّعْيَ مَعَ عَجْزِهِمْ وَعَجْزِ أُمِّ الْوَلَدِ عَنْ ذَلِكَ دُفِعَ الْمَالُ إلَى السَّيِّدِ فَحُسِبَ فِي أَوَّلِ نُجُومِهِمْ، ثُمَّ إذَا بَلَغُوا السَّعْيَ أَدَّوْا بِسَعْيِهِمْ، أَوْ رَقُّوا لِعَجْزِهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ أُمِّ وَلَدِهِ وَقَدْ كُوتِبَ مَعَهُ غَيْرُهُ مِمَّنْ لَيْسَ بِوَلَدٍ لَهُ فَأَدَّوْا الْكِتَابَةَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ لَا تَعْتِقُ أُمُّ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ فِي كِتَابَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ إلَّا مَعَ وَلَدِهِ، أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ

قَالَ عِيسَى كَانَ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا مِمَّنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ، وَأَمَّا بَيْعُ غَيْرِهِمْ مِنْ وَلَدٍ وَأَخٍ فَلَا تَعْتِقُ بِعِتْقِهِمْ وَقَالَهُ عِيسَى وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَدَ بَعْضُ الْمُكَاتَبِ فَكَانَ لِأُمِّ وَلَدِ أَبِيهِمْ مَعَهُمْ حُكْمُهَا مَعَ أَبِيهِمْ، وَلَمَّا كَانَتْ تَعْتِقُ بِعِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ كَانَتْ مَالًا لَهُ فَكَذَلِكَ مَعَ وَلَدِهِ، وَأَمَّا مَنْ لَيْسَ بِوَلَدٍ فَإِنَّهُ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ عَلَى الْكِتَابَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ عِيسَى وَلَكِنْ هِيَ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ فَتُبَاعُ وَيَسْتَعِينُونَ بِثَمَنِهَا إنْ أَرَادُوا ذَلِكَ وَيَتْبَعُهُمْ السَّيِّدُ بِثَمَنِهَا إنْ عَتَقُوا، وَإِنْ اسْتَغْنَوْا عَنْهَا وَعَتَقُوا رَقَّتْ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُكَاتَبِ عَائِدٌ إلَيْهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى أُمِّ وَلَدِهِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا؛ لِأَنَّهُ حِينَ كَاتَبَ عَلَيْهَا كَأَنَّهَا قَدْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ وَصَارَتْ لِسَيِّدِهِ فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ كَانَ لَهَا أَنْ تَسْعَى وَإِنْ لَمْ يَمُتْ وَأَدَّيَا فَعَتَقَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا سَبِيلٌ إلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ إنْ رَضِيَتْ بِهِ وَوَلَاؤُهَا لِسَيِّدِهَا الْمُكَاتَبُ قَالَ عِيسَى قَالَهُ لِي ابْنُ الْقَاسِمِ وَبَلَغَنِي عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ.

(ش) : يُرِيدُ أَنَّهُمْ مَعَ إطْلَاقِ الْعَقْدِ يَكُونُ بَعْضُهُمْ حُمَلَاءَ عَنْ بَعْضٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى جَمْعِهِمْ فِي كِتَابَةٍ وَاحِدَةٍ فَإِنْ أَدَّى بَعْضُهُمْ الْكِتَابَةَ دُونَ بَعْضٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا أَقَارِبَ أَوْ أَجَانِبَ فَإِنْ كَانُوا أَجَانِبَ رَجَعَ بَعْضُهُمْ إلَى بَعْضٍ بِمَا أَدَّوْا عَنْهُمْ وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي صِفَةِ التَّرَاجُعِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ أَدَّى عَنْهُ بِقَدْرِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ عَلَى حَسَبِ قُوَّتِهِ وَسَعْيِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَجِدَّتِهِ وَقَالَ أَشْهَبُ عَلَى قَدْرِ قُوَّتِهِ عَلَى الْكِتَابَةِ وَهُوَ عَلَى نَحْوِ قَوْلِ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ التَّرَاجُعُ عَلَى الْعَدَدِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمْ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ فِي الْكِتَابَةِ الْقُوَّةُ عَلَى الْأَدَاءِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَا يُؤَدُّونَهُ يَتَقَسَّطُ بِحَسَبِ ذَلِكَ.

وَقَالَ عِيسَى فِي الْمُزَنِيَّةِ، وَرُبَّمَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ ثَمَنَ مِائَةِ دِينَارٍ وَلَا قُوَّةَ لَهَا عَلَى الْأَدَاءِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ الْحَقِيرُ ثَمَنَ عِشْرِينَ دِينَارًا وَهُوَ فِي الْكَسْبِ لَهُ بَالٌ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِالْعَدَدِ وَلَوْ اُعْتُبِرَ بِالْقُوَّةِ عَلَى الْأَدَاءِ لَمَا صَحَّتْ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ وَالشَّيْخِ الْفَانِي مَعَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَا أَدَاءَ فِيهِمْ فَكَانَ مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ زِيَادَةٌ أَوْ سَلَفٌ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ السَّيِّدَ إنَّمَا بَذَلَ رِقَابَهُمْ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْعِوَضُ يَتَقَسَّطُ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمَا.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ بِيَوْمِ الْعَقْدِ فَيُنْظَرُ إلَى حَالِهِمْ يَوْمَ الْعَقْدِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ الِاعْتِبَارُ بِقِيمَتِهِمْ يَوْمَ عَتَقُوا لَيْسَ يَوْمَ كُوتِبُوا.

وَقَالَ أَصْبَغُ يُعْتَبَرُ حَالُهُمْ يَوْمَ عَتَقُوا إنْ لَوْ كَانَتْ حَالُهُمْ يَوْمَ كُوتِبُوا يُرِيدُ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِالسُّوقِ وَغَلَاءِ الْأَثْمَانِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَالِاعْتِبَارَ بِصِفَاتِهِمْ يَوْمَ الْعِتْقِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْعَقْدَ إنَّمَا اُعْتُبِرَ فِيهِ حَالُ يَوْمِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمُعْتَبَرُ بِهِمْ مِنْ حَالِهِمْ فِي التَّقْسِيطِ، فَأَمَّا مَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَمْ يَنْعَقِدْ الْعَقْدُ عَلَيْهِ.

وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ كَانَ فِيهِمْ يَوْمَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ مَنْ لَا سِعَايَةَ لَهُ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ شَيْخٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ اعْتِبَارِهِمْ يَوْمَ الْعَقْدِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ عَقْدَ

(27/7)

عِتْقُ الْمُكَاتَبِ إذَا أَدَّى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مَحِلِّهِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَغَيْرَهُ يَذْكُرُونَ أَنَّ مُكَاتَبًا كَانَ لِلْفُرَافِصَةِ بْنِ عُمَيْرٍ الْحَنَفِيِّ وَأَنَّهُ عَرَضَ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ فَأَبَى الْفُرَافِصَةُ فَأَتَى الْمُكَاتَبُ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ فَذَكَرَ ذَلِكَ فَدَعَا مَرْوَانُ الْفُرَافِصَةَ فَقَالَ لَهُ ذَلِكَ فَأَبَى فَأَمَرَ مَرْوَانُ بِذَلِكَ الْمَالِ أَنْ يُقْبَضَ مِنْ الْمُكَاتَبِ فَيُوضَعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَقَالَ لِلْمُكَاتَبِ اذْهَبْ فَقَدْ عَتَقْت فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ الْفُرَافِصَةُ قَبَضَ الْمَالَ قَالَ مَالِكٌ فَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا أَدَّى جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ قَبْلَ مَحِلِّهَا جَازَ ذَلِكَ لَهُ وَلَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَضَعُ عَنْ الْمُكَاتَبِ بِذَلِكَ كُلَّ شَرْطٍ أَوْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتِمُّ عَتَاقَةُ رَجُلٍ وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ رِقٍّ وَلَا تَتِمُّ حُرْمَتُهُ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَلَا يَجِبُ مِيرَاثُهُ

[المنتقى]

الْكِتَابَةِ لَا يَتِمُّ إلَّا بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَإِنَّ الْعَجْزَ يُنْقِصُهُ وَإِنَّمَا يَتِمُّ بِالْأَدَاءِ وَبِهِ يَصِحُّ الْعِتْقُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الِاعْتِبَارُ بِذَلِكَ الْيَوْمِ دُونَ يَوْمِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُمْ لَوْ عَجَزُوا لَرَجَعُوا إلَيْهِ عَلَى حَالِهِمْ ذَلِكَ الْيَوْمَ لِلسَّيِّدِ الزِّيَادَةُ وَالنَّقْصُ دُونَ تَرَاجُعٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ صِفَاتَهُمْ تُعْتَبَرُ بِحَالِ يَوْمِ الْأَدَاءِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ نُفُوذِ الْعَقْدِ عَلَى السَّوَاءِ يَوْمَ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ الْمُعْتَبَرَ فِي زِيَادَةِ الْكِتَابَةِ وَنَقْصِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ فَبَلَغَ السَّعْيَ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يُطِيقُ يَوْمَ وَقَعَتْ الْكِتَابَةُ عَلَى حَالِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ يُرِيدُ بِحَالِهِ يَوْمَ الْحُكْمِ أَنْ لَوْ كَانَ هَكَذَا يَوْمَ الْكِتَابَةِ بَالِغًا وَقَالَ أَصْبَغُ عَلَيْهِ بِقَدْرِ طَاقَتِهِ يَوْمَ بَلَغَ السَّعْيَ أَنْ لَوْ كَانَ بِهَذِهِ الْحَالِ يَوْمَ الْكِتَابَةِ وَقَالَ فِي بَابٍ آخَرَ لَا شَيْءَ عَلَى الصَّغِيرِ

وَالشَّيْخِ الْفَانِي يَوْمَ الْعَقْدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّ الَّذِينَ سَعَوْا فِي الْكِتَابَةِ يَرْجِعُونَ عَلَى الَّذِينَ عَجَزُوا بِحِصَّةِ مَا أَدَّوْا عَنْهُمْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِأَنَّ الْأَجَانِبَ يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فَأَمَّا الْأَقَارِبُ فَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَالَّذِي يَصِحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إذَا مَلَكَهُ وَقَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ إذَا كَانَتْ بَيْنَهُمْ قَرَابَةٌ يَتَوَارَثُونَ بِهَا فَلَا تَرَاجُعَ بَيْنَهُمْ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَرْجِعُ عَلَى ذِي رَحِمٍ وَإِنْ كَانَ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَلَا يَرِثُهُ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْأَدَاءَ عَنْهُ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاءِ الْكِتَابَةِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ اعْتِبَارُ التَّوَارُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ وَوَجْهُ مَالِكٍ أَنَّهَا تُوَارِثُهُ كَالِابْنِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا لَا تُنَاسِبُهُ كَالْأَجْنَبِيِّ؛ وَلِأَنَّ تَوَارُثَهُمَا لَيْسَ سَبَبُهُ ثَابِتًا؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالطَّلَاقِ بِخِلَافِ الْأَقَارِبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ وَالزَّوْجُ كَذَلِكَ إنْ أُعْتِقَ بِسِعَايَةِ الْمَرْأَةِ وَمَالِهَا لَمْ تَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ فَإِنْ مَاتَ لَمْ تَرِثْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُمْ نَجْمًا لَا يَتِمُّ بِهِ عِتْقُهُمْ، أَوْ مَا يَتِمُّ بِهِ عِتْقُهُمْ فَإِنْ أَدَّى عَنْهُمْ مَا لَا يَتِمُّ بِهِ عِتْقُهُمْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ الْآنَ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَدَّى عَنْهُمْ لِيُعِينَهُمْ عَلَى السِّعَايَةِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْغَلَهُمْ بِطَلَبِ مَا أَدَّى عَنْهُمْ حَتَّى يَتِمَّ الْأَدَاءُ، وَأَمَّا إنْ أَدَّى مَا يَتِمُّ بِهِ عِتْقُهُمْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ مُعَجَّلًا قَالَ مُحَمَّدٌ يُرِيدُ يُؤَدِّي عَنْهُمْ عَلَى النُّجُومِ وَلَمْ يُعَجِّلْهَا، وَأَمَّا إذَا عَجَّلَ أَحَدُهُمْ الْأَدَاءَ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ النُّجُومُ فَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عَلَى النُّجُومِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالتَّعْجِيلِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَهُمْ ذَلِكَ وَيُحَاصُّ الَّذِي أَدَّى عَنْ أَصْحَابِهِ الْغُرَمَاءَ بِمَا أَدَّى عَنْهُمْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمَّا أَدَّى عَنْهُمْ وَعَتَقُوا بِهِ صَارَ دَيْنًا ثَابِتًا عَلَيْهِمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(28/7)

وَلَا أَشْبَاهُ هَذَا مِنْ أَمْرِهِ وَلَا يَنْبَغِي لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً بَعْدَ عَتَاقَتِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُكَاتَبٍ مَرِضَ مَرَضًا شَدِيدًا فَأَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ نُجُومَهُ كُلَّهَا إلَى سَيِّدِهِ لِأَنْ يَرِثَهُ وَرَثَةٌ لَهُ أَحْرَارٌ وَلَيْسَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَلَدٌ لَهُ قَالَ مَالِكٌ ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ؛ لِأَنَّهُ تَتِمُّ بِذَلِكَ حُرْمَتُهُ وَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَيَجُوزُ اعْتِرَافُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ دُيُونِ النَّاسِ وَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ فَرَّ مِنِّي بِمَالِهِ) .

[المنتقى]

[عِتْقُ الْمُكَاتَبِ إذَا أَدَّى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مَحِلِّهِ]

(ش) : امْتِنَاعُ الْفُرَافِصَةِ مِنْ قَبْضِ كِتَابَةِ مُكَاتَبِهِ قَبْلَ مَحِلِّ نُجُومِهَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَاتَبَهُ عَلَى عُرُوضٍ مُؤَجَّلَةٍ فَلِذَلِكَ امْتَنَعَ مِنْ أَخْذِهَا لَمَّا جَوَّزَ أَنَّهَا أَكْثَرُ قِيمَةً عِنْدَ مَحِلِّ نُجُومِهَا.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ إذَا عَجَّلَ الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ لَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ الِامْتِنَاعُ مِنْ أَخْذِهَا؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقٌّ لِلْمُكَاتَبِ، وَرِفْقٌ بِهِ فَإِذَا رَضِيَ إسْقَاطَهُ كَانَ ذَلِكَ لَهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ الِامْتِنَاعُ مِنْ قَبْضِهَا.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا عَجَّلَ الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الضَّحَايَا عَتَقَ إنْ كَرِهَ السَّيِّدُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا عَلَى أَنَّهَا قَدْ حَلَّتْ لَا قِيمَتُهَا إلَى مَحِلِّهَا.

(فَصْلٌ) :

وَلَمَّا امْتَنَعَ الْفُرَافِصَةُ مِنْ قَبْضِ ذَلِكَ كَانَ لِمَرْوَانَ جَبْرُهُ عَلَى قَبْضِهِ إلَّا أَنَّهُ رَأَى تَعْجِيلَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَوَضْعِ الْكِتَابَةِ فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يُؤْمَنُ عَدَمُ الْأَدَاءِ فِيهِ وَمِثْلُ هَذَا يَجُوزُ فِعْلُهُ إذَا رَآهُ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْجُزْءِ الْمَقْصُودِ بِتَعْجِيلِ الْأَدَاءِ وَهُوَ إنْفَاذُ الْعِتْقِ، وَلِذَلِكَ جَازَ لِلْمُكَاتَبِ تَعْجِيلُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ كَانَتْ عُرُوضًا لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَعْجِيلِ الْعِتْقِ؛ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَضَعُ عَنْ الْمُكَاتَبِ بِالْأَدَاءِ كُلَّ شَرْطٍ أَوْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَا تَتِمُّ عَتَاقَتُهُ إنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ أَسْبَابِ الرِّقِّ وَمَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ سَفَرٍ أَوْ خِدْمَةٍ فَذَلِكَ كُلُّهُ مِنْ أَسْبَابِ الرِّقِّ يَمْنَعُ قَبُولَ شَهَادَتِهِ وَتَمَامَ حُرْمَتِهِ وَمُوَارَثَةَ الْأَحْرَارِ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَفِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ أَحَدُهُمَا الَّتِي تَقَدَّمَتْ وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَهِيَ فِي الْعُتْبِيَّةِ رِوَايَةُ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا شَرَطَ مِنْ ذَلِكَ تَابِعٌ لِلْكِتَابَةِ فَإِذَا عَجَّلَتْ سَقَطَ مَا يَتْبَعُهَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ وَهِيَ ثُبُوتُ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَنَّهُ بَعْضُ الْعِوَضِ فِي عِتْقِ الرَّقَبَةِ فَلَمْ تَسْقُطْ كَالْكِتَابَةِ نَفْسِهَا، قَالَ فَإِذَا قُلْنَا لَا تَسْقُطُ فَيَتَخَرَّجُ مَا يَلْزَمُهُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ إحْدَاهُمَا أَنَّهُ يُؤَدِّيهِ بِعَيْنِهِ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَلَا يَعْتِقُ إلَّا بِأَدَائِهِ وَالْأُخْرَى يُؤَدِّي قِيمَةَ ذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَعَ كِتَابَتِهِ مُعَجَّلًا وَلَا يُؤَخِّرُهُ وَهَذِهِ رِوَايَةُ أَشْهَبَ عَنْ

مَالِكٍ.
وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ وَقَدْ رَجَعَ عَنْهُ مَالِكٌ وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِهِ عِوَضًا وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ مُيَسَّرٍ الْقِيَاسُ رِوَايَةُ أَشْهَبَ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ كِسْوَةٍ وَضَحَايَا فَإِنَّهُ يَغْرَمُ قِيمَةَ ذَلِكَ مُعَجَّلًا هَذَا الَّذِي رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ، وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ إنَّ عَلَيْهِ تَعْجِيلَ الْيَمِينِ عَلَى مَا ثَبَتَ لَهَا مِنْ الصِّفَةِ بِمَوْصُوفٍ أَوْ إطْلَاقٍ لَمَا بَعُدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ حَالَ الْمَرَضِ فِي ذَلِكَ كَحَالِ الصِّحَّةِ إذَا أَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ كِتَابَتَهُ وَيُعَجِّلَهَا حَالَ مَرَضِهِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ وَلَزِمَ السَّيِّدَ قَبْضُهَا مِنْهُ، وَيَتِمُّ عِتْقُهُ بِأَدَائِهَا حَالَ مَرَضِهِ كَمَا يَتِمُّ عِتْقُهُ بِأَدَائِهَا حَالَ صِحَّتِهِ فَتَجُوزُ بِذَلِكَ شَهَادَتُهُ وَيُوَارِثُ الْأَحْرَارُ، وَذَلِكَ إذَا عَقَدَ كِتَابَتَهُ فِي الصِّحَّةِ وَثَبَتَ دَفْعُهُ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِذَلِكَ، وَأَمَّا إنْ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ إلَّا بِإِقْرَارِ السَّيِّدِ فِي مَرَضِهِ فَقَبَضَهَا مِنْهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنَّ حَمَلَهُ الثُّلُثَ جَازَ وَعَتَقَ اُتُّهِمَ أَوْ لَمْ يُتَّهَمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ وَقَعَ فِي الصِّحَّةِ فَثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ وَأَمَّا الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ الْمَالِ فَكَانَ فِي الْمَرَضِ فَيُحْمَلُ مَحْمَلَ الْوَصِيَّةِ إنْ حَمَلَهُ الثُّلُثَ جَازَ إقْرَارُهُ وَإِنْ اُتُّهِمَ بِالْمَيْلِ إلَيْهِ، وَأَمَّا إنْ لَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُث وَكَانَ لِلسَّيِّدِ وَلَدٌ لَمْ يُتَّهَمْ وَجَازَ قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ لَمْ يُصَدَّقْ إلَّا بِبَيِّنَةٍ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ لَمْ يُتَّهَمْ السَّيِّدُ بِانْقِطَاعِ الْمُكَاتَبِ إلَيْهِ جَازَ قَوْلُهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ إذَا لَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثَ لَمْ يُتَّهَمْ عَلَى أَنْ يُحَابِيَهُ وَيَعْدِلَ بِالْمَالِ عَنْ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خِلَافُ مَا اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ الْعَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ اُتُّهِمَ

(29/7)

مِيرَاثُ الْمُكَاتَبِ إذَا عَتَقَ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ سُئِلَ عَنْ مُكَاتَبٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَمَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا كَثِيرًا فَقَالَ يُؤَدَّى إلَى الَّذِي تَمَاسَكَ بِكِتَابَتِهِ الَّذِي بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بِالسَّوِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ إذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ فَعَتَقَ فَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَنْ كَاتَبَهُ مِنْ الرِّجَالِ يَوْمَ تُوُفِّيَ الْمُكَاتَبُ مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ قَالَ مَالِكٌ وَهَذَا أَيْضًا فِي كُلِّ مَنْ أُعْتِقَ فَإِنَّمَا مِيرَاثُهُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ مِمَّنْ أَعْتَقَهُ مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ مِنْ الرِّجَالِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُعْتَقُ بَعْدَ أَنْ يَعْتِقَ وَيَصِيرَ مَوْرُوثًا بِالْوَلَاءِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْإِخْوَةُ فِي الْكِتَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ إذَا كُوتِبُوا جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً إذَا لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ وَلَدٌ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، أَوْ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمْ وَتَرَكَ مَالًا أُدِّيَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ كِتَابَتِهِمْ وَعَتَقُوا وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ بَعْدَ ذَلِكَ لِوَلَدِهِ دُونَ إخْوَتِهِ) .

[المنتقى]

أَنْ يَكُونَ أَرَادَ الْوَصِيَّةَ بِأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ إلَيْهِ مَيْلٌ بَعُدَتْ التُّهْمَةُ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ فِي الْحَقِيقَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ وَقَبَضَ الْكِتَابَةَ فَذَلِكَ نَافِذٌ إنْ حَمَلَهُ الثُّلُثَ وَهُوَ بَيْعٌ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَالَ أَشْهَبُ لَيْسَ كَالْبَيْعِ إذْ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَحْمِلَهُ الثُّلُثَ وَمَعْنَى اخْتِلَافِهِمْ فِي كَوْنِهِ بَيْعًا أَنَّهُ إذَا كَانَ بَيْعًا نَفَذَ إلَّا أَنْ يُحَمِّلَهُ الثُّلُثَ وَإِنْ قُلْنَا أَنَّهُ عِتْقٌ لَمْ يَنْفُذْ إلَّا أَنْ يَكُونَ لِلسَّيِّدِ أَمْوَالٌ مَأْمُونَةٌ كَالْمُعْتَقِ فِي الْمَرَضِ وَإِلَّا لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَ السَّيِّدُ وَيُحَمِّلُهُ الثُّلُثَ، وَإِنْ لَمْ يُحَمِّلْهُ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ فِي عِتْقِهِ، أَوْ يَرُدُّوا إلَيْهِ مَا قَبَضَهُ السَّيِّدُ وَيَعْتِقُ مِنْهُ مَا حَمَلَ الثُّلُثَ بَتْلًا.

[مِيرَاثُ الْمُكَاتَبِ إذَا عَتَقَ]

(ش) : قَوْلُهُ فِي مُكَاتَبٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَمَاتَ الْمُكَاتَبُ فَإِنَّ الَّذِي تَمَاسَكَ بِنَصِيبِهِ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ يَقْتَضِي أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا عَجَّلَ أَحَدُ سَيِّدَيْهِ عِتْقَهُ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُمَا قَدْ عَقَدَا عَقْدَ الْعِتْقِ فِي حَالٍ وَهُوَ وَقْتُ الْكِتَابَةِ فَمَا أَتَى بِهِ بَعْدَ هَذَا أَحَدُهُمَا مِنْ عِتْقِ نَصِيبِهِ فَلَيْسَ بِعِتْقٍ وَإِنَّمَا هُوَ إسْقَاطٌ لِمَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ كَمَا لَوْ عَتَقَا جَمِيعًا إلَى أَجَلٍ، ثُمَّ عَجَّلَ أَحَدُهُمَا عِتْقَ نَصِيبِهِ وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَقْلُ مَا انْعَقَدَ لِشَرِيكِهِ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنْ الْوَلَاءِ بِالتَّقْوِيمِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَعْتَقَ بَعْضَ مُكَاتَبِهِ فَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ وَضِيعَةٌ إلَّا أَنْ يُرِيدَ الْعِتْقَ فَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ وَأَمَّا إنْ أَوْصَى أَنْ يَعْتِقَ شِقْصًا مِنْ مُكَاتَبٍ لَهُ، أَوْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ، أَوْ أَعْتَقَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، أَوْ وَضَعَ لَهُ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّهُ عِتْقٌ قَالَ لِأَنَّهُ يَنْفُذُ مِنْ ثُلُثِهِ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ نَافِذٌ مِنْ الثُّلُثِ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَأَمَّا إذَا وَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ عَجَزَ عَنْ الْبَاقِي فَإِنَّهُ يَسْتَرِقُّ جَمِيعَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي مُكَاتَبِ الْمُكَاتَبِ يَعْتِقُ فَإِنَّهُ يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَنْ كَاتَبَهُ مِنْ الرِّجَالِ يَوْمَ يَمُوتُ يُرِيدُ أَنَّ مُكَاتَبَ الْمُكَاتَبِ يَعْتِقُ فَإِنَّهُ أَوْلَى النَّاسِ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ فَإِذَا بَقِيَ سَيِّدُهُ وَهُوَ الْمُكَاتَبُ الْأَعْلَى عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدِّ بَعْدُ لَمْ يَرِثْهُ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ فَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إلَى الْمُكَاتَبِ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْإِخْوَةَ فِي الْكِتَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ يُرِيدُ إذَا كُوتِبُوا جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً فَمَاتَ أَحَدُ الْإِخْوَةِ عَنْ مَالٍ وَوَلَدٍ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ فَإِنَّ جَمِيعَهُمْ يَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ الْإِخْوَةَ وَالْوَلَدَ وَمَا فَضَلَ مِنْهُ فَهُوَ لِوَلَدِهِ دُونَ إخْوَتِهِ قَالَ عِيسَى لَا يَرْجِعُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِخْوَةِ بِشَيْءٍ مِمَّا عَتَقُوا بِهِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَالَ لِأَخِيهِمْ وَهُمْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا أُدِّيَ عَنْهُمْ وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا فَضَلَ مِنْ الْمَالِ إلَى الْوَلَدِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَزِنِيَّةِ وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ لَأَدَّى إخْوَتُهُ مَالَهُ عَنْ أَنْفُسِهِمْ فَيَعْتِقُوا بِهِ وَلَمْ يَتْبَعْهُمْ السَّيِّدُ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَجَعَلَ مَالِكٌ الْمَالَ لِلْهَالِكِ وَرَوَى

(30/7)

الشَّرْطُ فِي الْمُكَاتَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ فِي ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ سَفَرًا أَوْ خِدْمَةً أَوْ أُضْحِيَّةً أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ سَمَّى بِاسْمِهِ ثُمَّ قَوِيَ الْمُكَاتَبُ عَلَى أَدَاءِ نُجُومِهِ كُلِّهَا قَبْلَ مَحِلِّهَا قَالَ إذَا أَدَّى نُجُومَهُ كُلَّهَا وَعَلَيْهِ هَذَا الشَّرْطُ عَتَقَ فَتَمَّتْ حُرْمَتُهُ وَنُظِرَ إلَى مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعَالِجُهُ هُوَ بِنَفْسِهِ فَذَلِكَ مَوْضُوعٌ عَنْهُ لَيْسَ لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ مِنْ ضَحِيَّةٍ أَوْ كِسْوَةٍ أَوْ شَيْءٍ يُؤَدِّيهِ فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ يُقَوَّمُ ذَلِكَ عَلَيْهِ فَيَدْفَعُهُ مَعَ نُجُومِهِ وَلَا يَعْتِقُ حَتَّى يَدْفَعَ ذَلِكَ مَعَ نُجُومِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ بَعْدَ خِدْمَةِ عَشْرِ سِنِينَ فَإِذَا هَلَكَ سَيِّدُهُ الَّذِي أَعْتَقَهُ قَبْلَ عَشْرِ سِنِينَ فَإِنَّ مَا بَقِيَ مِنْ خِدْمَتِهِ لِوَرَثَتِهِ وَكَانَ وَلَاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ عِتْقَهُ وَلِوَلَدِهِ مِنْ الرِّجَالِ، أَوْ الْعَصَبَةِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِطُ عَلَى مُكَاتَبِهِ إنَّك لَا تُسَافِرُ وَلَا تَنْكِحُ وَلَا

[المنتقى]

يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ الْمَالُ لِلْوَلَدِ وَيَرْجِعُونَ عَلَى أَعْمَامِهِمْ بِمَا أَدَّوْا عَنْهُمْ فَيَعْتِقُوا بِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ وَلَدٌ لَعَتَقُوا بِهِ وَرَجَعَ عَلَيْهِمْ السَّيِّدُ بِمَا عَتَقُوا بِهِ قَالَ فِي الْمَزنِيَّةِ أَصْبَغُ إذَا كَانَتْ التَّأْدِيَةُ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ لَمْ يَرْجِعْ إخْوَتُهُ بِشَيْءٍ وَإِنْ كَانَتْ التَّأْدِيَةُ مِنْ مَالِ الْوَلَدِ رَجَعُوا عَلَى أَعْمَامِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَعْتِقُونَ عَلَيْهِمْ.

[الشَّرْطُ فِي الْمُكَاتَبِ]

(ش) : هَذَا عَلَى مَا ذَكَرَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ مِنْ أَنَّ الْعَمَلَ الْمُشْتَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ يَثْبُتُ مِنْهُ مَا كَانَ مِنْهُ قَبْلَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ، وَأَمَّا مَا تَجَعَّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَهُ فَإِنَّهُ يَفُوتُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ بِالْحُرِّيَّةِ سَوَاءٌ عَظُمَ قَدْرُهُ أَوْ صَغُرَ وَذَلِكَ أَنَّهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا مَقْصُودٍ فِي الْكِتَابَةِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَيْسَ بِعِتْقٍ مُعَلَّقٍ بِصِفَةٍ وَإِنَّمَا يَجْرِي مَجْرَى الْبَيْعِ لِلرَّقَبَةِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَدْ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِغُلَامِهِ كَاتَبْتُك عَلَى أَنْ أُعْطِيَك عَشْرَ بَقَرَاتٍ فَإِنْ بَلَغَتْ خَمْسِينَ فَأَنْتَ حُرٌّ هَذِهِ كِتَابَتُك قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَيْسَتْ هَذِهِ عِنْدِي كِتَابَةٌ وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ فَسْخُ ذَلِكَ وَلَا بَيْعُ الْبَقَرِ إلَّا أَنْ يُرْهِقَهُ دَيْنٌ وَيَخْتَصُّ بِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ إسْقَاطَهَا عَنْ نَفْسِهِ بِدَفْعِ الْكِتَابَةِ، وَلِذَلِكَ جَازَ لَهُ أَنْ يُعَجِّلَ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْعُرُوضِ الْمُؤَجَّلَةِ، وَإِنْ كَانَ لِلسَّيِّدِ مَنْفَعَةٌ فِي تَأْخِيرِهَا إلَى الْأَجَلِ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ فَالْأَعْمَالُ الْمُشْتَرَطَةُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الضَّمَانِ لِلْعُرُوضِ إلَى أَجَلٍ فَكَمَا جَازَ لَهُ أَنْ يُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ الضَّمَانَ بِتَعْجِيلِ الْأَدَاءِ لِلْعُرُوضِ وَإِنْ لَمْ يَجْرِ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ الْمَحْضِ فَكَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُسْقِطَ عَنْ نَفْسِهِ الْعَمَلَ بِتَأْجِيلِ الْأَدَاءِ وَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ مِنْ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ بِشَرْطٍ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ إلَّا بِالْإِتْيَانِ بِكُلِّ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ الْعَمَلِ، وَعَلَى هَذَا يَنْتَظِمُ الْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ الْعَمَلِ كَمَا عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ الْمَالِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ هُوَ كَالضَّحَايَا وَالْكِسْوَةِ فَإِنَّ عَلَيْهِ الْإِتْيَانَ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُكَاتِبَهُ بِعَيْنٍ وَعِوَضٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِهِمَا وَبِذَلِكَ تَتِمُّ عَتَاقَتُهُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ إذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، ثُمَّ مَاتَ وَرِثَهُ وَرَثَتُهُ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي إلَيْهِمْ مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ وَبِذَلِكَ يَعْتِقُ وَوَلَاؤُهُ لِمَنْ عَقَدَ كِتَابَتَهُ وَذَلِكَ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ امْرَأَةٍ تَرَكَتْ مُكَاتَبًا وَزَوْجًا وَابْنًا فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ يُؤَدِّي لِلزَّوْجِ وَالِابْنِ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ فِي الْمَيِّتَةِ فَإِنْ عَتَقَ لَمْ يَجُرَّ الْوَلَاءَ إلَّا الِابْنُ خَاصَّةً وَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ رَقِيقًا لِلِابْنِ وَالزَّوْجِ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ بِشَرْطِ خِدْمَةِ عَشْرِ سِنِينَ، ثُمَّ يَمُوتُ السَّيِّدُ فَإِنَّ الْخِدْمَةَ لِجَمِيعِ وَرَثَتِهِ مِنْ زَوْجٍ أَوْ بِنْتٍ وَابْنٍ وَغَيْرِهِمْ وَوَلَاؤُهُ لِمَنْ يَنْجَرُّ إلَيْهِ الْوَلَاءُ عَنْ

مُعْتِقِ الَّذِي أَعْتَقَهُ فَقَدْ أَشَارَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إلَى أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِتْقٍ مُعَلَّقٍ بِصِفَةٍ وَذَلِكَ يَقْتَضِي لُزُومَ الْخِدْمَةِ لَهُ كَمَا يَلْزَمُهُ فِي الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ بِصِفَةٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(31/7)

تَخْرُجُ مِنْ أَرْضِي إلَّا بِإِذْنِي فَإِنْ فَعَلْت شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إذْنِي فَمَحْوُ كِتَابَتِك بِيَدِي قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ مَحْوُ كِتَابَتِهِ بِيَدِهِ إنْ فَعَلَ الْمُكَاتَبُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَلْيَرْفَعْ سَيِّدُهُ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ وَلَا يُسَافِرَ وَلَا يَخْرُجَ مِنْ أَرْضِ سَيِّدِهِ إلَّا بِإِذْنِهِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَلَهُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ فَيَنْطَلِقُ فَيَنْكِحُ الْمَرْأَةَ فَيُصْدِقُهَا الصَّدَاقَ الَّذِي يُجْحِفُ بِمَالِهِ وَيَكُونُ فِيهِ عَجْزُهُ فَيَرْجِعُ إلَى سَيِّدِهِ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ أَوْ يُسَافِرُ فَتَحِلُّ نُجُومُهُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَلَا عَلَى كَاتَبَهُ وَذَلِكَ بِيَدِ سَيِّدِهِ إنْ شَاءَ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ مَنَعَهُ) .

وَلَاءُ الْمُكَاتَبِ إذَا عَتَقَ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ لَهُ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فَإِنْ أَجَازَ ذَلِكَ سَيِّدُهُ لَهُ ثُمَّ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ كَانَ وَلَاؤُهُ لِلْمُكَاتَبِ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ كَانَ وَلَاءُ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ وَرِثَهُ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قَالَ مَالِكٌ وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا فَعَتَقَ الْمُكَاتَبُ الْآخَرُ قَبْلَ سَيِّدِهِ الَّذِي كَاتَبَهُ فَإِنَّ وَلَاءَهُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ مَا لَمْ يَعْتِقْ الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ الَّذِي كَاتَبَهُ فَإِنْ عَتَقَ الَّذِي كَاتَبَهُ رَجَعَ إلَيْهِ وَلَاءُ مُكَاتَبِهِ الَّذِي كَانَ عَتَقَ قَبْلَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ أَوْ عَجَزَ عَنْ كِتَابَتِهِ وَلَهُ وَلَدٌ أَحْرَارٌ لَمْ يَرِثُوا وَلَاءَ مُكَاتَبِ أَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ مَنْ شَرَطَ عَلَى مُكَاتَبِهِ إنْ فَعَلَ فِعْلًا فَلِلسَّيِّدِ مَحْوُ كِتَابَتِهِ فَإِنَّ هَذَا الشَّرْطَ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ مَحْوُ كِتَابَتِهِ وَلَا تَأْثِيرَ لِهَذَا الشَّرْطِ فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ وَتَصِحُّ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّ مُقْتَضَى الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ أَنَّ مُقْتَضَاهَا اللُّزُومُ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهَا ضِدَّ ذَلِكَ مِنْ الْخِيَارِ لِلسَّيِّدِ أَوْ لِغَيْرِهِ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ وَتَثْبُتُ الْكِتَابَةُ عَلَى مُقْتَضَاهَا لِمَا تَضَمَّنَتْهُ مِنْ الْعِتْقِ الْمَبْنِيِّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ، وَهَذَا كَمَا يَقُولُ إنَّ مَنْ عَقَدَ كِتَابَةَ مُكَاتَبٍ وَشَرَطَ الْوَلَاءَ لِغَيْرِهِ ثَبَتَتْ الْكِتَابَةُ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لَمَّا كَانَ ضِدَّ مُقْتَضَى الْكِتَابَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلْيَرْفَعْ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ يُرِيدُ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا خَالَفَهُ فِيمَا شَرَطَ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَسْخُ كِتَابَتِهِ وَإِنَّمَا يَرْفَعُ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ فَيَنْظُرُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَهُ الْمَنْعُ مِنْهُ مَنَعَهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْهُ أَبَاحَهُ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ وَلَا يُسَافِرَ إلَّا بِإِذْنِهِ يُرِيدُ أَنَّ مُقْتَضَى عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَحُكْمَهَا أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ وَلَا يُسَافِرَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ هَذَا يَلْزَمُهُ بِنَفْسِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ فِي السَّفَرِ خِلَافًا لِأَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَنْعِ ذَلِكَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ إتْلَافِ مَالِهِ وَالتَّقَرُّبِ بِهِ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَكَانَ مَمْنُوعًا مِنْ السَّفَرِ كَالْعَبْدِ، وَدَلِيلٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ كُلَّ سَفَرٍ كَانَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ عَبْدَهُ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْهُ مُكَاتَبَهُ كَالسَّفَرِ الْمَخُوفِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَنْكِحُ الْمُكَاتَبُ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ قَالَهُ مَالِكٌ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ التَّصَرُّفِ التَّامِّ بِحَقِّ سَيِّدِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ النِّكَاحُ إلَّا بِإِذْنِهِ كَالْعَبْدِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فَأَجَازَهُ السَّيِّدُ جَازَ وَإِنْ رَدَّهُ فُسِخَ وَلِلزَّوْجَةِ إنْ دَخَلَ بِهَا بِقَدْرِ مَا يَسْتَحِلُّ بِهِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ وَكَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ فِي الْكِتَابَةِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إجَازَةُ ذَلِكَ إلَّا بِإِجَازَةِ مَنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ إلَّا أَنْ يَكُونُوا صِغَارًا فَيَنْفَسِخُ بِكُلِّ حَالٍ.

(32/7)

يَثْبُتُ لِأَبِيهِمْ الْوَلَاءُ وَلَا يَكُونُ لَهُ الْوَلَاءُ حَتَّى يَعْتِقَ) .

[المنتقى]

[وَلَاءُ الْمُكَاتَبِ إذَا عَتَقَ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا عَتَقَ عَبْدَهُ لَمْ يَخْلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِذْنِهِ فَمَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ فَإِنَّ وَلَاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ أُعْتِقَ

الْمُكَاتَبُ يَوْمًا فَإِنَّ وَلَاءَ ذَلِكَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَقْدٌ مُسْتَقِرٌّ ثَابِتٌ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ وَلَاؤُهُ لِمُعْتِقِهِ إلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَانِعُ رِقٍّ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنْ مَنَعَ مِنْهُ فَوَلَاؤُهُ لِأَحَقِّ النَّاسِ بِهِ وَهُوَ سَيِّدُهُ فَإِنْ زَالَ الْمَانِعُ بِالْعِتْقِ رَجَعَ الْوَلَاءُ إلَيْهِ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيَتْرُكُ أَحَدُهُمَا لِلْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ وَيَشِحُّ الْآخَرُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ مَالًا قَالَ مَالِكٌ يَقْضِي الَّذِي لَمْ يَتْرُكْ لَهُ شَيْئًا مَا بَقِيَ لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْمَالَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ مَاتَ عَبْدًا؛ لِأَنَّ الَّذِي صَنَعَ لَيْسَ بِعَتَاقَةٍ وَإِنَّمَا تَرَكَ مَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا مَاتَ وَتَرَكَ مُكَاتَبًا وَتَرَكَ بَنِينَ رِجَالًا وَنِسَاءً، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُ الْبَنِينَ نَصِيبَهُ مِنْ الْمُكَاتَبِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُثْبِتُ لَهُ مِنْ الْوَلَاءِ شَيْئًا، وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةً لَثَبَتَ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ مِنْ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ.

قَالَ مَالِكٌ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّهُمْ إذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مَا بَقِيَ مِنْ الْمُكَاتَبِ، وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةً قُوِّمَ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ فِي مَالِهِ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» قَالَ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي مُكَاتَبٍ لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَيْهِ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ دُونَ شُرَكَائِهِ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ وَرِثَ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ مِنْ النِّسَاءِ مِنْ وَلَاءِ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ أَعْتَقْنَ نَصِيبَهُنَّ شَيْءٌ إنَّمَا وَلَاؤُهُ لِوَلَدِ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ الذُّكُورِ أَوْ عَصَبَتِهِ مِنْ الرِّجَالِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا تَرَكَ لَهُ أَحَدُ سَيِّدَيْهِ مَا عَلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ بِمَعْنَى الْهِبَةِ وَإِسْقَاطِ الدَّيْنِ لَا بِمَعْنَى الْعِتْقِ وَلِذَلِكَ إذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ فَإِنَّهُ يَقْضِي الَّذِي لَمْ يَتْرُكْ حَقَّهُ مَا بَقِيَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ فَإِنَّ حَقَّهُ بَاقٍ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا فَضَلَ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ، هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ –.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَكُونُ نِصْفُ نَصِيبِهِ لِلْمُتَمَسِّكِ بِحَقِّهِ وَهُوَ مَا يُقَابِلُ النَّصِيبَ الْحُرَّ بِالْأَدَاءِ أَوْ التَّرْكِ فَعَلَى قَوْلِهِ الْقَدِيمِ يَأْخُذُ سَيِّدُهُ الْمُتَمَسِّكُ أَيْضًا بِحَقِّ الرِّقِّ وَعَلَى قَوْلِهِ فِي الْجَدِيدِ يَكُونُ لِوَرَثَتِهِ إنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ فَالْمُعْتَقُ يَأْخُذُهُ إرْثًا.

وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِصْطَخْرِيِّ يُنْقَلُ إلَى بَيْتِ الْمَالِ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَا يَقْتَسِمَانِهِ لَوْ مَاتَ عَبْدًا يُرِيدُ لَوْ مَاتَ وَلَمْ يَقْضِ شَيْئًا وَلَا تَرَكَ لَهُ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْ حَقِّهِ فَعَبَّرَ عَنْ هَذَا بِقَوْلِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ مَاتَ عَبْدًا وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا لَكِنَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِأَحَدِ مَعْنَيَيْنِ إمَّا أَنَّهُ أَرَادَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ أَنْ يُنْفِذَ لَهُ عَقْدَ الْكِتَابَةِ فَحِينَئِذٍ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ عَبْدٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ وَالْإِطْلَاقِ وَإِذَا كُوتِبَ فَاسْمُ الْكِتَابَةِ أَخَصُّ بِهِ وَأَظْهَرُ فِيهِ، وَالْمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يُرِيدَ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْعِتْقَ لَا تُنْتَقَضُ أَحْكَامُهُ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ

لِبَعْضِهِمْ حُكْمُ الرِّقِّ وَيَثْبُتُ لِشَيْءٍ مِنْهُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْحُرِّيَّةِ فَلَا يُورثُ بِوَجْهٍ، وَإِذَا لَمْ يُورثْ وَإِنَّمَا يُقَسَّمُ مَالُهُ فَيَجِبُ أَنْ يَقْتَسِمَاهُ بِحَقِّ الْمِلْكِ عَلَى مِلْكِ رَقَبَتِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْحُكْمَ بَاقٍ لَهُ حَتَّى يَتِمَّ عِتْقُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا فَضَلَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ لَوْ مَاتَ عَبْدًا عِنْدَ مَنْ يَقُولُ أَنَّهُ إذَا تَرَكَ لَهُ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ فَقَدْ عَتَقَ نَصِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ

(33/7)

مَا لَا يَجُوزُ مِنْ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا كَانَ الْقَوْمُ جَمِيعًا فِي كِتَابَةٍ وَاحِدَةٍ لَمْ يُعْتِقْ سَيِّدُهُمْ أَحَدًا مِنْهُمْ دُونَ مُؤَامَرَةِ أَصْحَابِهِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَرِضًى مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا فَلَيْسَ مُؤَامَرَتُهُمْ بِشَيْءٍ وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ قَالَ وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ رُبَّمَا كَانَ يَسْعَى عَلَى جَمِيعِ الْقَوْمِ وَيُؤَدِّي عَنْهُمْ كِتَابَتَهُمْ لِتَتِمَّ بِهِ عَتَاقَتُهُمْ فَيَعْمِدُ السَّيِّدُ إلَى الَّذِي يُؤَدِّي عَنْهُمْ وَبِهِ نَجَاتُهُمْ مِنْ الرِّقِّ فَيُعْتِقُهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَجْزًا لِمَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ الْفَضْلَ وَالزِّيَادَةَ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى مَنْ بَقِيَ وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وَهَذَا أَشَدُّ الضَّرَرِ)

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَدْ اسْتَدَلَّ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَلَى نَفْيِ الْعِتْقِ أَنَّ الرَّجُلَ يُتَوَفَّى وَيَتْرُكُ بَنِينَ ذُكُورًا وَنِسَاءً وَمُكَاتَبًا فَأَعْتَقَ أَحَدُ الْبَنِينَ نَصِيبَهُ مِنْ الْمُكَاتَبِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ مِنْ الْوَلَاءِ شَيْءٌ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ انْجَرَّ إلَيْهِ عَنْ السَّيِّدِ مِنْ ذُكُورِ الْوَلَدِ دُونَ النِّسَاءِ، وَلَوْ كَانَ تَرْكُ الْكِتَابَةِ بِمَعْنَى الْعِتْقِ وَتَرَكَ إحْدَى الْبَنَاتِ حِصَّتَهَا مِنْ الْكِتَابَةِ أَوْ عَتَقَتْ حِصَّتَهَا لَثَبَتَ الْوَلَاءُ لَهَا وَهَذَا بَيِّنٌ مَعَ التَّسْلِيمِ.

(فَصْلٌ) :

قَالَ وَيُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا مَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ حِصَّتَهُ، ثُمَّ عَجَزَ فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ عَلَى الْعِتْقِ حِصَصُ شُرَكَائِهِ وَلَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعِتْقِ لَقُدِّمَ عَلَيْهِ عَلَى حَسَبِ مَا يَقُولُهُ الشَّافِعِيُّ وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ بَاقٍ لَا يُبْطِلُهُ إلَّا الْعَجْزُ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ وَهَذَا لَا يَصِحُّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ بِالْعَجْزِ يَرْجِعُ مِلْكًا لَهَا؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ تَمْنَعُ عِتْقَ شَيْءٍ مِنْهُ بِأَدَاءٍ أَوْ إسْقَاطِ بَعْضِ مَا عَلَيْهِ كَمَا لَوْ كَانَ سَيِّدُهُ وَاحِدٌ فَأَسْقَطَ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ عَنْ بَاقِيهِ لَرَجَعَ جَمِيعُهُ رَقِيقًا لَهُ وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُ يُقَوَّمُ

عَلَيْهِ حِينَ الْعِتْقِ، أَوْ التَّرْكِ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِلَّذِي عَقَدَ الْكِتَابَةَ وَهَذَا أَيْضًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ ثَابِتٌ مُثْبِتٌ لِلْوَلَاءِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ تَغْيِيرُ شَيْءٍ مِنْ عَقْدِ الْكِتَابَةِ إلَّا بِالْعَجْزِ وَلَا لِأَحَدٍ نَقْلُ الْوَلَاءِ عَنْ الْمُعْتَقِ مَعَ كَوْنِهِ مَحَلًّا لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَدْ اسْتَدَلَّ مَالِكٌ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا فَقَالَ وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ وَرِثَ السَّيِّدَ مِنْ النِّسَاءِ وَإِنْ أَعْتَقْنَ نَصِيبَهُنَّ شَيْءٌ وَإِنَّمَا يَنْجَرُّ الْوَلَاءُ عَنْ السَّيِّدِ إلَى ذُكُورِ وَلَدِهِ إنْ كَانَ لَهُ بَنُونَ ذُكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَحَدٌ مِنْ ذُكُورِ الْبَنِينَ فَإِلَى عَصَبَتِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ الْكَلَامِ مَا يَقُومُ مَقَامَ تَفْسِيرِهِ وَيُبَيِّنُ مِنْهُ مَقْصُودَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا لَا يَجُوزُ مِنْ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ كَاتَبَ جَمَاعَةَ عَبِيدٍ لَهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً فَإِنَّهُ إنْ كَانَ فِي جَمِيعِهِمْ سِعَايَةٌ لَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَعْتِقَ بَعْضَهُمْ دُونَ إذْنِ الْبَاقِينَ لِمَا ذَكَرَهُ مِنْ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُ بَاقِيَهُمْ فَإِنْ أَذِنُوا فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ الْمُكَاتَبِينَ كِبَارًا مِمَّنْ يَلْزَمُهُ رِضَاهُ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا الْجَوَازُ وَقَدْ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي الْبَاقِينَ قُوَّةٌ عَلَى الْأَدَاءِ، وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ الْمَنْعُ مِنْ ذَلِكَ وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْجَوَازِ أَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمَ السَّيِّدُ وَالْمُكَاتَبِينَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ إلَّا حُقُوقُهُمْ فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى إخْرَاجِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنْ ذَلِكَ بِالْعِتْقِ جَازَ كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِالْكِتَابَةِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ هَذَا سَبَبًا إلَى اسْتِرْقَاقِ سَائِرِهِمْ وَلَا يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَسْتَبِقُوا مَا يُسْتَرَقُّونَ بِهِ كَمَا لَوْ كَانَ مِنْهُمْ صَغِيرٌ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ بِقَدْرِ مَا يُصِيبُهُ مِنْ الْكِتَابَةِ عَلَى قَدْرِ سَعْيِهِمْ دُونَ مُرَاعَاةِ قِلَّتِهِمْ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ.

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا فَلَيْسَ مُؤَامَرَتُهُمْ بِشَيْءٍ وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ يُرِيدُ أَنَّ الصِّغَارَ لَا يَصِحُّ إذْنُهُمْ وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُ مَنْ كَانَ مَعَهُمْ فِي الْكِتَابَةِ مِمَّنْ يُنْتَفَعُ بِهِ وَيُرْجَى التِّجَارَةُ بِهِ وَاحْتَجَّ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي ذَلِكَ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبِيدِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا أَنَّ لِسَيِّدِهِمْ أَنْ يَعْتِقَ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ الْفَانِيَ وَالصَّغِيرَ الَّذِي لَا يُؤَدِّي وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئًا وَلَيْسَ عِنْدَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوْنٌ وَلَا قُوَّةٌ فِي كِتَابَتِهِمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ) . .

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي عِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَأُمِّ وَلَدِهِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدِهِ وَقَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ بَقِيَّةٌ وَيَتْرُكُ وَفَاءً بِمَا عَلَيْهِ أَنَّ أُمَّ وَلَدِهِ أَمَةٌ مَمْلُوكَةٌ حِينَ لَمْ يَعْتِقْ الْمُكَاتَبُ حَتَّى مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا فَيَعْتِقُونَ بِأَدَاءِ مَا بَقِيَ فَتَعْتِقُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ بِعِتْقِهِمْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَعْتِقُ عَبْدًا لَهُ، أَوْ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ سَيِّدُهُ حَتَّى عَتَقَ الْمُكَاتَبُ قَالَ مَالِكٌ يَنْفُذُ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ فَإِنْ عَلِمَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ فَرَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يُجِزْهُ فَإِنَّهُ إنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ وَذَلِكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتِقَ ذَلِكَ الْعَبْدَ وَلَا أَنْ يُخْرِجَ تِلْكَ الصَّدَقَةَ إلَّا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ طَائِعًا مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ) .

[المنتقى]

بِأَنَّ الْوَاحِدَ مِنْ الْجَمَاعَةِ رُبَّمَا كَانَ هُوَ الَّذِي بِسَعْيِهِ يَعْتِقُونَ لِقُوَّتِهِ عَلَى الْكِتَابَةِ وَقِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ سَائِرِهِمْ فَيَعْتِقُهُ السَّيِّدُ لِيُتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إلَى اسْتِرْقَاقِ سَائِرِهِمْ فَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ الضَّرَرِ بِمَنْ شَارَكَهُ فِي الْكِتَابَةِ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» وَلَيْسَ فِي الضَّرَرِ أَشَدُّ مِنْ التَّسَبُّبِ إلَى اسْتِرْقَاقِهِمْ وَإِبْطَالِ مَا انْعَقَدَ لَهُمْ مِنْ عَقْدِ الْكِتَابَةِ الْمُتَضَمِّنِ عِتْقَهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبِيدِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا أَنَّ لِسَيِّدِهِمْ أَنْ يَعْتِقَ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ الْفَانِيَ وَالصَّغِيرَ الَّذِي لَا يُؤَدِّي وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئًا وَلَيْسَ عِنْدَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوْنٌ وَلَا قُوَّةٌ فِي كِتَابَتِهِمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْبَاقِينَ فِي تَعْجِيلِ عِتْقِهِ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَا يَسْقُطَ عَمَّنْ بَقِيَ مِنْ الْكِتَابَةِ شَيْءٌ وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا بِالْأَدَاءِ رَجَعَ عَلَيْهِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ شَيْئًا بِبَقَائِهِ مَعَهُمْ وَلَا انْعَقَدَتْ الْكِتَابَةُ عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُمْ بِعِتْقِهِ شَيْءٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا عِنْدِي فِي الصَّغِيرِ الَّذِي يُرَى أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ السَّعْيَ حَتَّى تَتَأَدَّى الْكِتَابَةُ وَأَمَّا مَنْ يُرَى أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ نُجُومُ الْكِتَابَةِ فَإِنَّ لِمَنْ شَرِكَهُ فِي الْكِتَابَةِ الْمَنْعَ مِنْ تَعْجِيلِ عِتْقِهِ لِمَا يَرْجُو مِنْ الِاسْتِعَانَةِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي عِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَأُمِّ وَلَدِهِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَعْتِقَ أَحَدًا مِنْ عَبِيدِهِ وَلَا يَتَصَدَّقَ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ضِرَارَ بِهِ فِي أَدَائِهِ وَمُبْطِلٌ لِمَا كَانَ يَجُرُّ إلَيْهِ مِنْ عِتْقِهِ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَمْ يُكْمِلْ مِلْكَهُ بِمَالِهِ وَلَهَا كَمُلَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ وَإِنَّمَا يَجُوزُ الْعِتْقُ وَالصَّدَقَةُ مِنْ كَامِلِ الْمِلْكِ كَامِلِ التَّصَرُّفِ فَلَوْ أَجَزْنَا عِتْقَهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ لَجَوَّزْنَا عَلَيْهِ الْعَجْزَ وَالرُّجُوعَ إلَى السَّيِّدِ وَقَدْ أَتْلَفَ مَا كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا كَانَ لِسَيِّدِهِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ، وَأَمَّا إذَا أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِيهِ فَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا فِي الْأَصْلِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ غَيْرُهُ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ مَنْ شَرَكَهُ فِي الْكِتَابَةِ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ مَالِهِ فَلَيْسَ لَهُ تَفْوِيتُهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَإِبْطَالُ مَا يُرْجَى مِنْ عِتْقِهِمْ بِهِ.

(فَرْعٌ) فَلَوْ رَدَّ السَّيِّدُ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ وَصَدَقَتَهُ، ثُمَّ عَتَقَ لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ وَإِنْ بَقِيَ ذَلِكَ بِيَدِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِحَقِّ نَفْسِهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ فَلَمْ يُطَالَبْ بِمَا رَدَّ مِنْ أَفْعَالِهِ كَالصَّغِيرِ.

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ السَّيِّدُ حَتَّى يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ لَزِمَهُ الْعِتْقُ وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ عَلَى مَا قَالَ لِأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ قَدْ اسْتَوْفَاهُ وَلَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِرَدِّ عِتْقِ الْعَبْدِ كَالْغُرَمَاءِ يَعْتِقُ غَرِيمُهُمْ عَبْدَهُ فَلَا يَعْلَمُونَ بِذَلِكَ حَتَّى يَطْرَأَ لَهُ مَالٌ فَيَقْضِيَهُمْ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ رَدُّ عِتْقِهِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(35/7)

الْوَصِيَّةُ فِي الْمُكَاتَبِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعْت فِي الْمُكَاتَبِ يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يُقَامُ عَلَى هَيْئَتِهِ تِلْكَ الَّتِي لَوْ بِيعَ كَانَ ذَلِكَ الثَّمَنُ الَّذِي يَبْلُغُ فَإِنْ كَانَتْ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ وَضَعَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ وَلَمْ يَنْظُرْ إلَى عَدَدِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ لَمْ يَغْرَمْ قَاتِلُهُ إلَّا قِيمَتَهُ يَوْمَ قَتْلِهِ وَلَوْ جُرِحَ لَمْ يَغْرَمْ جَارِحُهُ إلَّا دِيَةَ جُرْحِهِ يَوْمَ جَرْحِهِ وَلَمْ يُنْظَرْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إلَى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ مِنْ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ لَمْ يُحْسَبْ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ إلَّا مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ لَهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ فَصَارَتْ وَصِيَّةً أَوْصَى بِهَا قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَبْقَ مِنْ كِتَابَتِهِ إلَّا مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَوْصَى سَيِّدُهُ لَهُ بِالْمِائَةِ دِرْهَمٍ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِ حُسِبَتْ لَهُ فِي ثُلُثِ سَيِّدِهِ فَصَارَ حُرًّا بِهَا) (ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ

أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَبْدًا فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِهِ سَعَةٌ لِثَمَنِ الْعَبْدِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَ دِينَارٍ فَيُكَاتِبَهُ سَيِّدُهُ عَلَى مِائَتِي دِينَارٍ عِنْدَ مَوْتِهِ فَيَكُونَ ثُلُثُ مَالِ سَيِّدِهِ أَلْفَ دِينَارٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ أَوْصَى لَهُ بِهَا فِي ثُلُثِهِ فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بِوَصَايَا وَلَيْسَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنْ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ بُدِئَ بِالْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَتَاقَةٌ، وَالْعَتَاقَةُ تُبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا، ثُمَّ تُجْعَلُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ يَتْبَعُونَهُ بِهَا وَيُخَيَّرُ وَرَثَةُ الْمُوصِي فَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً وَتَكُونَ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ فَذَلِكَ لَهُمْ وَإِنْ أَبَوْا وَأَسْلَمُوا الْمُكَاتَبَ وَمَا عَلَيْهِ إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا فَذَلِكَ لَهُمْ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ صَارَ فِي الْمُكَاتَبِ وَلِأَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا أَحَدٌ فَقَالَ الْوَرَثَةُ الَّذِي أَوْصَى بِهِ صَاحِبُنَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ وَقَدْ أَخَذَ مَا لَيْسَ لَهُ قَالَ فَإِنَّ وَرَثَتَهُ مُخَيَّرُونَ فَيُقَالُ لَهُمْ قَدْ أَوْصَى صَاحِبُكُمْ بِمَا قَدْ عَلِمْتُمْ فَإِنْ أَحْبَبْتُمْ أَنْ تُنَفِّذُوا ذَلِكَ لِأَهْلِهِ عَلَى مَا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ وَإِلَّا فَأَسْلِمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ كُلِّهِ قَالَ فَإِنْ أَسْلَمَ الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا كَانَ لِأَهْلِ الْوَصَايَا مَا عَلَيْهِ

[المنتقى]

[الْوَصِيَّةُ فِي الْمُكَاتَبِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ مُكَاتَبِهِ فَإِنَّهُ لَا يُحْتَسَبُ عَنْهُ فِي الثُّلُثِ إلَّا بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ، أَوْ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ فَإِنَّ السَّيِّدَ إنَّمَا أَتْلَفَ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ فِي جِنَايَتِهِ عَلَى الْوَرَثَةِ أَسْوَأَ حَالًا مِنْ الْقَاتِلِ وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِعَقِبِهِ وَلَا يَكُونُ أَسْوَأَ حَالًا مِنْ تَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ وَلَوْ تَرَكَهُ عَلَى حَالِهِ لَعَتَقَ بِمَا بَقِيَ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ إذَا أَوْصَى بِعِتْقِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَبْدًا فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِهِ سَعَةٌ لِثَمَنِ الْعَبْدِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَ دِينَارٍ فَيُكَاتِبَهُ سَيِّدُهُ عَلَى مِائَتِي دِينَارٍ عِنْدَ مَوْتِهِ فَيَكُونَ ثُلُثُ مَالِ سَيِّدِهِ أَلْفَ دِينَارٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ أَوْصَى لَهُ بِهَا فِي ثُلُثِهِ فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بِوَصَايَا وَلَيْسَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنْ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ بُدِئَ بِالْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَتَاقَةٌ، وَالْعَتَاقَةُ تُبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا، ثُمَّ تُجْعَلُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ يَتْبَعُونَهُ بِهَا وَيُخَيَّرُ وَرَثَةُ الْمُوصِي فَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً وَتَكُونَ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ فَذَلِكَ لَهُمْ وَإِنْ أَبَوْا وَأَسْلَمُوا الْمُكَاتَبَ وَمَا عَلَيْهِ إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا فَذَلِكَ لَهُمْ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ صَارَ فِي الْمُكَاتَبِ وَلِأَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا أَحَدٌ فَقَالَ الْوَرَثَةُ الَّذِي أَوْصَى بِهِ صَاحِبُنَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ وَقَدْ أَخَذَ مَا لَيْسَ لَهُ قَالَ فَإِنَّ وَرَثَتَهُ مُخَيَّرُونَ فَيُقَالُ لَهُمْ قَدْ أَوْصَى صَاحِبُكُمْ بِمَا قَدْ عَلِمْتُمْ فَإِنْ أَحْبَبْتُمْ أَنْ تُنَفِّذُوا ذَلِكَ لِأَهْلِهِ عَلَى مَا

أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ وَإِلَّا فَأَسْلِمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ كُلِّهِ قَالَ فَإِنْ أَسْلَمَ الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا كَانَ لِأَهْلِ الْوَصَايَا مَا عَلَيْهِ

(36/7)

مِنْ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ أَخَذُوا ذَلِكَ فِي وَصَايَاهُمْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ كَانَ عَبْدًا لِأَهْلِ الْوَصَايَا لَا يَرْجِعُ إلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُمْ تَرَكُوهُ حِينَ خُيِّرُوا؛ وَلِأَنَّ أَهْلَ الْوَصَايَا حِينَ أُسْلِمَ إلَيْهِمْ ضَمِنُوهُ فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ وَتَرَكَ مَالًا هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ فَمَالُهُ لِأَهْلِ الْوَصَايَا وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ وَرَجَعَ وَلَاؤُهُ إلَى عَصَبَةِ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ فَيَضَعُ عَنْهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ قَالَ مَالِكٌ يُقَوَّمُ الْمُكَاتَبُ فَيُنْظَرُ كَمْ قِيمَتُهُ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَالَّذِي وُضِعَ عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ فِي الْقِيمَةِ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَهُوَ عُشْرُ الْقِيمَةِ فَيُوضَعُ عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ فَيَصِيرُ ذَلِكَ إلَى عُشْرِ الْقِيمَةِ نَقْدًا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ وُضِعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِ وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُحْتَسَبْ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ إلَّا قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَإِنْ كَانَ الَّذِي وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ الْكِتَابَةِ حُسِبَ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ نِصْفُ الْقِيمَةِ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ) (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ أَنَّهَا مِنْ

[المنتقى]

مِنْ الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ أَخَذُوا ذَلِكَ فِي وَصَايَاهُمْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ كَانَ عَبْدًا لِأَهْلِ الْوَصَايَا لَا يَرْجِعُ إلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُمْ تَرَكُوهُ حِينَ خُيِّرُوا؛ وَلِأَنَّ أَهْلَ الْوَصَايَا حِينَ أُسْلِمَ إلَيْهِمْ ضَمِنُوهُ فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ وَتَرَكَ مَالًا هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ فَمَالُهُ لِأَهْلِ الْوَصَايَا وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ وَرَجَعَ وَلَاؤُهُ إلَى عَصَبَةِ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ كَانَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ، وَهَذَا لَهُ حُكْمُ الْعِتْقِ لَا حُكْمُ الْمُعَاوَضَةِ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إلَى عِتْقٍ وَانْتِزَاعِ مَا بِيَدِ الْمُعْتَقِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي ثُلُثِهِ قِيمَتُهُ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي فُوِّتَ

بِالْكِتَابَةِ، وَمَنْعُ الْوَرَثَةِ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ وَأَمَّا الْكِتَابَةُ أَوْ قِيمَتُهَا فَلَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً فَنَفَاهَا بَلْ بِالْكِتَابَةِ أَحْدَثَهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَ دِينَارٍ فَيُكَاتِبَهُ بِمِائَتَيْ دِينَارٍ فَإِنْ حَمَلَ ثُلُثُ السَّيِّدِ قِيمَتَهُ الَّتِي هِيَ أَلْفُ دِينَارٍ جَازَتْ كِتَابَتُهُ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ، أَوْصَى بِهَا فِي ثُلُثِهِ، وَلَوْ كَاتَبَهُ بِأَلْفٍ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ مِائَتَا دِينَارٍ وَكَانَ الثُّلُثُ مِائَتَيْ دِينَارٍ جَازَ ذَلِكَ أَيْضًا وَلَمْ يُعْتَبَرْ بِنَقْصِ الثُّلُثِ عَنْ الْكِتَابَةِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ أَوْصَى مَعَ ذَلِكَ بِوَصَايَا فَفَاقَ الثُّلُثَ بُدِئَ بِالْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَتَاقَةٌ يُرِيدُ أَوْصَى بِذَلِكَ مَعَ ذَلِكَ بِوَصَايَا لِقَوْمٍ مِنْ دَنَانِيرَ وَثِيَابٍ وَرِبَاعٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّ الْكِتَابَةَ الْمُضَمَّنَةَ لِلْعِتْقِ تُقَدَّمُ عَلَى مِلْكِ الْوَصَايَا فَتَنْفُذُ الْكِتَابَةُ لِمَا تَجُرُّ إلَيْهِ مِنْ الْعِتْقِ، ثُمَّ تَكُونُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي الْكِتَابَةِ فَيُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُؤَدُّوا إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً وَتَكُونُ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ وَبَيْنَ أَنْ يُسَلِّمُوا إلَى أَهْلِ الْوَصَايَا فَإِنْ أَدَّوْا تَحَاصُّوا فِيمَا يُؤَدِّيهِ مِنْ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ عَجَزُوا رَقَّ لَهُمْ دُونَ الْوَرَثَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَمَّا قُدِّمَتْ عَلَى الْوَصَايَا اقْتَضَى ذَلِكَ ثُبُوتَ عَقْدِهَا لَمَّا كَانَ مَا يُؤَدِّيهِ الْمُكَاتَبُ مُتَعَلِّقًا بِالثُّلُثِ الَّذِي يَخُصُّ بِالْوَصَايَا وَكَانَ الْوَرَثَةُ أَحَقَّ بِأَعْيَانِ أَمْوَالِ الْمَيِّتِ مِنْ الْمُوصِي لَهُمْ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ خُيِّرُوا فَإِنْ اخْتَارُوا أَدَاءَ الْوَصَايَا اسْتَخْلَصُوا الْكِتَابَةَ وَيَكُونُونَ مَعَ الْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ مَنْ كَاتَبَهُ إنْ أَدَّى عَتَقَ وَإِنْ عَجَزَ رَقَّ لَهُمْ وَإِنْ أَسْلَمُوهُ كَانَ مَعَ أَهْلِ الْوَصَايَا عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ إنْ أَدَّى إلَيْهِمْ عَتَقَ وَإِنْ عَجَزَ رَقَّ لَهُمْ؛ لِأَنَّ إسْلَامَ الْوَرَثَةِ الْكِتَابَةَ عَيَّنَتْ حُقُوقَ أَهْلِ الْوَصَايَا فِيهِ فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ وَإِنْ أَدَّى لَمْ يَكُنْ لَهُمْ غَيْرُ مَا يُؤَدِّي وَإِنْ عَجَزَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ غَيْرُ اسْتِرْقَاقِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ السَّيِّدَ إذَا وَضَعَ عَنْ مُكَاتَبِهِ عَدَدًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُخْتَصٍّ بِنَجْمٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ نُجُومٍ مُعَيَّنَةٍ فَإِنَّهُ إنَّمَا وَضَعَ عَنْهُ جُزْءًا مِنْ كِتَابَتِهِ عَلَى حَسَبِ مَا سَمَّاهُ بِالْهِبَةِ مِنْ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابَةِ فَإِنْ أَسْقَطَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَالْكِتَابَةُ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ فَقَدْ وَضَعَ عَنْهُ عُشْرَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَسِبُ فِي الثُّلُثِ إلَّا بِعُشْرِ قِيمَتِهِ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَاحْتَسَبَ فِي الثُّلُثِ بِعُشْرِ قِيمَتِهِ وَذَلِكَ كَمِائَةِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَضَعَ عَنْهُ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ وَهِيَ عَشَرَةُ آلَافٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ لَمْ يُحْتَسَبْ فِي الثُّلُثِ إلَّا بِقِيمَتِهِ دُونَ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ هِيَ الَّتِي أُسْقِطَ بِالْجُزْءِ وَأَمَّا الْمُسَمَّى بِالْكِتَابَةِ فَغَيْرُ ثَابِتٍ وَلَا مُتَيَقَّنٍ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ أَنَّهَا مِنْ

أَوَّلِ كِتَابَتِهِ، أَوْ مِنْ آخِرِهَا وُضِعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عُشْرُهُ) . (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ، أَوْ مِنْ آخِرِهَا وَكَانَ أَصْلُ الْكِتَابَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ قَوَّمَ الْمُكَاتَبُ قِيمَةَ النَّقْدِ، ثُمَّ قُسِمَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ فَجُعِلَ لِتِلْكَ الْأَلْفِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ حِصَّتُهَا مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ بِقَدْرِ قُرْبِهَا مِنْ الْأَجَلِ وَفَضْلِهَا، ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِي الْأَلْفَ الْأُولَى بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِيهَا بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا حَتَّى يُؤْتَى عَلَى آخِرِهَا تَفْضُلُ كُلُّ أَلْفٍ بِقَدْرِ مَوْضِعِهَا فِي تَعْجِيلِ الْأَجَلِ وَتَأْخِيرِهِ؛ لِأَنَّ مَا اسْتَأْخَرَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ أَقَلَّ فِي الْقِيمَةِ، ثُمَّ يُوضَعُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ قَدْرَ مَا أَصَابَ تِلْكَ الْأَلْفَ مِنْ الْقِيمَةِ عَلَى تَفَاضُلِ ذَلِكَ إنْ كَانَ قَلَّ أَوْ كَثُرَ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبُعِ مُكَاتَبٍ وَأَعْتَقَ رُبُعَهُ فَهَلَكَ الرَّجُلُ، ثُمَّ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالًا كَثِيرًا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ يُعْطَى وَرَثَةُ السَّيِّدِ وَالَّذِي أَوْصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ لَهُمْ عَلَى الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ مَا فَضَلَ فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ ثُلُثُ مَا فَضَلَ بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ وَلِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ الثُّلُثَانِ وَذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ فَإِنَّمَا يُورَثُ بِالرِّقِّ) .

[المنتقى]

أَوَّلِ كِتَابَتِهِ، أَوْ مِنْ آخِرِهَا وُضِعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عُشْرُهُ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ وَضَعَ عَنْ مُكَاتَبٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَالْكِتَابَةُ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَأَطْلَقَ ذَلِكَ وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَحَلًّا مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ وَلَا مِنْ وَسَطِهَا وَلَا آخِرِهَا وَلَا نَجْمًا مِنْ نُجُومِهَا فَإِنَّهُ يُوضَعُ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عُشْرُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ، أَوْلَى بِمَا وَضَعَ عَنْهُ مِنْ بَعْضٍ فَوَجَبَ أَنْ يَفُضَّ ذَلِكَ عَلَى جَمِيعِ النُّجُومِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ، أَوْ مِنْ آخِرِهَا وَكَانَ أَصْلُ الْكِتَابَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ قَوَّمَ الْمُكَاتَبُ قِيمَةَ النَّقْدِ، ثُمَّ قُسِمَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ فَجُعِلَ لِتِلْكَ الْأَلْفِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ حِصَّتُهَا مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ بِقَدْرِ قُرْبِهَا مِنْ الْأَجَلِ وَفَضْلِهَا، ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِي الْأَلْفَ الْأُولَى بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِيهَا بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا حَتَّى يُؤْتَى عَلَى آخِرِهَا تَفْضُلُ كُلُّ أَلْفٍ بِقَدْرِ مَوْضِعِهَا فِي تَعْجِيلِ الْأَجَلِ وَتَأْخِيرِهِ؛ لِأَنَّ مَا اسْتَأْخَرَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ أَقَلَّ فِي الْقِيمَةِ، ثُمَّ يُوضَعُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ قَدْرَ مَا أَصَابَ تِلْكَ الْأَلْفَ مِنْ الْقِيمَةِ عَلَى تَفَاضُلِ ذَلِكَ إنْ كَانَ قَلَّ أَوْ كَثُرَ

فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ) .

(ش) : وَمَعْنَى ذَلِكَ فِيمَا رَوَاهُ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمَيِّتِ ثَلَاثَةُ آلَافِ دِينَارٍ فِي ثَلَاثَةِ أَنْجُمٍ فَإِنْ كَانَ الَّذِي وَضَعَ عَنْهُ الْمِائَةَ الْأُولَى نُظِرَ كَمْ قِيمَتُهَا أَنْ لَوْ كَانَتْ تُبَاعُ نَقْدًا فِي قُرْبِ مَحِلِّهَا أَوْ تَأَخُّرِهَا؛ لِأَنَّ آخِرَ النُّجُومِ أَقَلُّ قِيمَتِهَا مِنْ أَوَّلِهَا فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ النَّجْمِ الْأَوَّلِ خَمْسَمِائَةٍ وَقِيمَةُ النَّجْمِ الثَّانِي ثَلَاثَمِائَةٍ وَقِيمَةُ النَّجْمِ الثَّالِثِ مِائَتَيْنِ كَانَ الَّذِي أَوْصَى لَهُ بِهِ نِصْفَ رَقَبَتِهِ فَيُنْظَرُ أَيُّهُمَا أَقَلُّ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ، أَوْ النَّجْمُ الْأَوَّلُ فَذَلِكَ يُحْتَسَبُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ فَإِنْ خَرَجَ مِنْ الثُّلُثِ عَتَقَ نِصْفُهُ وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَقُولُوا قَدْ تَعَجَّلَ أَوَّلَ نَجْمٍ يُرِيدُ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ النَّجْمِ إنَّمَا كَانَتْ عَلَى الْحُلُولِ قَالَ وَعَلَى حَسَبِ هَذَا يَكُونُ لَوْ أَوْصَى لَهُ بِالنَّجْمِ الثَّانِي، أَوْ الثَّالِثِ وَإِنْ كَانَ النَّجْمُ الْأَوَّلُ نِصْفَهُ وَلَمْ يَتْرُكْ الْمَيِّتُ مَالًا غَيْرَهُ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يَضَعُوا ذَلِكَ النَّجْمَ بِعَيْنِهِ وَيَعْتِقَ الَّذِي كَانَ نَصِيبُهُ مِنْ قِيمَةِ رَقَبَتِهِ النِّصْفَ وَيَسْقُطَ عَنْهُ ذَلِكَ النَّجْمُ وَيَكُونَ لَهُمَا النَّجْمَانِ الْبَاقِيَانِ فَإِنْ اسْتَوْفَوْا فَذَلِكَ، وَإِنْ رَقَّ مِنْهُ نِصْفَهُ وَبَيْنَ أَنْ لَا يُجِيزُوا فَيَعْتِقَ ثُلُثَهُ وَيُوضَعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ ثُلُثُهُ فَإِنْ عَجَزُوا كَانَ ثُلُثُهُ حُرًّا وَثُلُثَاهُ رَقِيقًا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هَذَا وَجْهُ مَا سَمِعْت مِنْ مَالِكٍ وَتَفْسِيرُ مَنْ أَثِقُ بِهِ قَالَ يَحْيَى بْنُ مُزَيْنٍ وَلَيْسَتْ فِي شَيْءٍ مِنْ الْكُتُبِ وَالسَّمَاعَاتِ بِأَتَمَّ وَلَا أَصَحَّ مِمَّا فِي هَذَا الْكِتَابِ وَمَعْنَى هَذَا رَوَاهُ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَذَكَرَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبُعِ مُكَاتَبِهِ، ثُمَّ بِعِتْقِ رُبُعِهِ فَقَدْ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ لِلْمُوصِي نِصْفُهُ وَلِلْمُوصِيَةِ رُبُعُهُ فَكَانَ الْبَاقِي مِنْهُ عَلَى الْمِلْكِ بَيْنَهُمَا عَلَى الثُّلُثَيْنِ مِنْهُمَا لِلْمُوصَى وَالثُّلُثُ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ فَإِذَا مَاتَ الْمُوصَى انْتَقَلَ ذَلِكَ الثُّلُثُ إلَى الْمُوصِي بِهِ وَالثُّلُثَانِ إلَى وَرَثَةِ الْمُوصَى فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ مَالٍ أَعْطَى وَرَثَةَ السَّيِّدِ مَا بَقِيَ لَهُ وَلِلْمُوصَى لَهُ مَا بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ الْبَقِيَّةَ لِلْوَرَثَةِ ثُلُثَاهُ وَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَالَ إنَّمَا يُنْقَلُ عَنْهُ إلَيْهِمْ عَلَى حُكْمِ الْمِلْكِ وَالَّذِي يَمْلِكُ مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْوَرَثَةِ رُبْعَاهُ وَلِلْمُوصَى لَهُ رُبُعُ ذَلِكَ يَنْقَسِمُ عَلَى ثَلَاثٍ وَثَلَاثِينَ حَسْبَمَا ذَكَرُوا ذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلَا يُورَثُ وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ مَالُهُ إلَى مُسْتَحِقِّهِ بِحَقِّ

(38/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُكَاتَبٍ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ قَالَ إنْ لَمْ يَحْمِلْهُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ وَيُوضَعُ عَنْهُ مِنْ الْكِتَابَةِ قَدْرُ ذَلِكَ إنْ كَانَ عَلَى الْمُكَاتَبِ خَمْسَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَكَانَتْ قِيمَتُهُ

أَلْفَيْ دِرْهَمٍ نَقْدًا وَيَكُونُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَتَقَ نِصْفُهُ وَيُوضَعُ عَنْهُ شَطْرُ الْكِتَابَةِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ غُلَامِي فُلَانٌ حُرٌّ وَكَاتِبُوا فُلَانًا تُبْدَأُ الْعَتَاقَةُ عَلَى الْكِتَابَةِ) .

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْمُدَبَّرِ) (الْقَضَاءُ فِي الْمُدَبَّرِ) (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ دَبَّرَ جَارِيَةً لَهُ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا بَعْدَ تَدْبِيرِهِ إيَّاهَا ثُمَّ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ قَبْلَ الَّذِي دَبَّرَهَا إنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ مِنْ الشَّرْطِ مِثْلُ الَّذِي ثَبَتَ لَهَا وَلَا يَضُرُّهُمْ هَلَاكُ أُمِّهِمْ فَإِذَا مَاتَ الَّذِي كَانَ دَبَّرَهَا فَقَدْ عَتَقُوا إنْ وَسِعَهُمْ الثُّلُثُ.

وَقَالَ مَالِكٌ كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا إنْ كَانَتْ حُرَّةً فَوَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا فَوَلَدُهَا أَحْرَارٌ وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً أَوْ مُكَاتَبَةً أَوْ مُعْتَقَةً إلَى سِنِينَ أَوْ مُخْدَمَةً أَوْ بَعْضُهَا حُرٌّ أَوْ مَرْهُونَةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ فَوَلَدُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى مِثْلِ حَالِ أُمِّهِ يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهَا وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهَا) .

[المنتقى]

الْمِلْكِ وَالرِّقِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ بِعِتْقِ الْمُكَاتَبِ وَهُوَ إسْقَاطُ مَا عَلَيْهِ فَإِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا عَلَيْهِ يُرِيدُ مِنْ الْكِتَابَةِ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ وَمَعْنَى ذَلِكَ يُوضَعُ عَنْهُ مِنْ الْكِتَابَةِ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْ قِيمَتِهِ تُعْتَبَرُ عِنْدَ احْتِمَالِ الثُّلُثِ لَهُ جَمِيعُ الْكِتَابَةِ وَعِنْدَ ضِيقِ الثُّلُثِ عَنْهَا الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ أَوْ الْكِتَابَةِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَيُوضَعُ عَنْهُ قَدْرُ ذَلِكَ فَإِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ نِصْفَهُ وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْكِتَابَةِ وَذَلِكَ بِأَنْ يُوضَعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ نِصْفُهُ فَإِنْ كَانَتْ الْكِتَابَةُ خَمْسَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَثُلُثُ الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَتَقَ نِصْفُهُ وَوُضِعَ عَنْهُ مِنْ الْكِتَابَةِ نِصْفُهَا لِأَنَّهَا مُقَابِلَةٌ نِصْفَ قِيمَةِ الْعَبْدِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِعِتْقٍ مُتَحَقِّقٍ بَلْ يَجُوزُ أَنْ تَبْطُلَ بِالْعَجْزِ مَعَ مَا فِيهِ مِنْ التَّأْجِيلِ وَأَمَّا الْعِتْقُ الْمُبْتَلُ فَفِيهِ مَعَ تَحَقُّقِ الْعِتْقِ التَّأْجِيلُ فَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى تَقَدُّمِ الْمُعَيَّنِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ الْوَصَايَا فَوَجَبَ أَنْ يُقَدِّمَ مَا تَحَقَّقَ مِنْهُ وَيُعَجِّلَ عَلَى مَا خَالَفَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[كِتَابُ الْمُدَبَّرِ]

[الْقَضَاءُ فِي الْمُدَبَّرِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَةَ مَا وَلَدَتْ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَإِنَّ لَهُ حُكْمَ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَبَعٌ لِأُمِّهِ فِي أَحْكَامِ الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ بَعْدَ التَّدْبِيرِ وَأَمَّا الْمُوصَى بِعِتْقِهَا فَمَا وَلَدَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا فَلَا يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِمَوْتِ الْمُوصِي وَأَمَّا قَبْلَ مَوْتِهِ فَلَا تَثْبُتُ؛ لِأَنَّ لِلْمُوصِي الرُّجُوعَ عَنْهَا فَإِذَا ثَبَتَ حُكْمُ التَّدْبِيرِ لِوَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ لَمْ يُخْرِجْهُمْ عَنْ هَذَا الْحُكْمِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ مَوْتُ الْأُمِّ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبَةُ وَالْمُعْتَقَةُ إلَى أَجَلٍ وَالْمُخْدَمَةُ أَوْ بَعْضُهَا حُرٌّ أَوْ مَرْهُونَةٌ أَوْ أُمُّ وَلَدٍ فَإِنَّ وَلَدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِمَنْزِلَتِهَا لَهُ حُكْمُهَا يَعْتِقُ بِعِتْقِهَا وَيَرِقُّ بِرِقِّهَا وَيَعْتِقُ مِنْهُ مَا عَتَقَ مِنْهَا وَيَرِقُّ مِنْهَا مَا يَرِقُّ مِنْهُ قَالَ لِأَنَّ كُلَّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا يُرِيدُ مَا لَمْ يَنْشَأْ فِي مِلْكِ سَيِّدٍ حُرٍّ، أَوْ انْعَقَدَ لَهُ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ فَأَمَّا إذَا خُلِقَ فِي مِلْكِ سَيِّدٍ حُرٌّ أَوْ انْعَقَدَ لَهُ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ مِنْ كِتَابَةٍ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ عِتْقٍ مُؤَجَّلٍ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ أَبَاهُ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِذَا مَاتَ الَّذِي دَبَّرَهَا فَقَدْ عَتَقَ بِعِتْقِهَا إنْ وَسِعَهُمْ الثُّلُثُ يُرِيدُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ تَحْصُلُ الْحُرِّيَّةُ لِلْمُدَبَّرَةِ وَوَلَدِهَا إنْ وَسِعَهُمْ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ إنَّمَا يَعْتِقُ مِنْ الثُّلُثِ فَإِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ فَقَدْ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ عَتَقَ مِنْهُ مَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الْإِطْلَاقِ وَأَمَّا الشَّرْطُ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مَنْ دَبَّرَ

(39/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبَّرَةٍ دُبِّرَتْ وَهِيَ حَامِلٌ وَلَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهَا بِحَمْلِهَا أَنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ أَعْتَقَ جَارِيَةً لَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَلَمْ يَعْلَمْ بِحَمْلِهَا قَالَ مَالِكٌ فَالسُّنَّةُ فِيهَا أَنَّ وَلَدَهَا يَتْبَعُهَا وَيَعْتِقُ بِعِتْقِهَا قَالَ مَالِكٌ وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ فَالْوَلِيدَةُ وَمَا فِي بَطْنِهَا لِمَنْ ابْتَاعَهَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُبْتَاعُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ قَالَ مَالِكٌ وَلَا يَحِلُّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا فِي بَطْنِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا وَلَا يَدْرِي أَيَصِلُ ذَلِكَ إلَيْهِ أَمْ لَا وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ بَاعَ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَذَلِكَ لَا يَحِلُّ لَهُ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبَّرٍ أَوْ مُكَاتَبٍ ابْتَاعَ أَحَدُهُمَا جَارِيَةً فَوَطِئَهَا فَحَمَلَتْ مِنْهُ وَوَلَدَتْ قَالَ وَلَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ جَارِيَتِهِ بِمَنْزِلَتِهِ يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهِ وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهِ قَالَ مَالِكٌ فَإِذَا أَعْتَقَ هُوَ فَإِنَّمَا أُمُّ وَلَدِهِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ يُسَلَّمُ إلَيْهِ إذَا أَعْتَقَ) .

[المنتقى]
أَمَتَهُ عَلَى أَنَّ مَا تَلِدُ رَقِيقٌ مَضَى التَّدْبِيرُ وَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ الْعِتْقَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ شَرْطًا فَاسِدًا مُتَرَقَّبًا بَطَلَ الشَّرْطُ وَنَفَذَ الْعَقْدُ كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ مَا تَكْسِبُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِي يَصِحُّ الْعِتْقُ وَنَفَذَ وَبَطَلَ الشَّرْطُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ دَبَّرَ أَمَةً وَهِيَ حَامِلٌ فَالتَّدْبِيرُ يَتَنَاوَلُ مَا فِي بَطْنِهَا فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي التَّدْبِيرِ حُكْمَهَا وَهَكَذَا قَالَ عَلِيٌّ وَعُثْمَانُ وَابْنُ عُمَرَ وَجَابِرٌ وَابْنُ الْمُسَيِّبِ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَغَيْرُهُمْ. وَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ عَلَى ذَلِكَ بِأَنْ قَالَ وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَهَا لَكَانَ ذَلِكَ عِتْقًا لِمَا فِي بَطْنِهَا وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِحَمْلِهَا؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ وَالْوَلَدُ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا يَتْبَعُهَا فِي الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَكُونَا مِنْ عُقُودِ التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ فَكَذَلِكَ التَّدْبِيرُ وَالْعِتْقُ وَهُمَا بِذَلِكَ أَوْلَى لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

(ش) : وَهُوَ عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَالْمُكَاتَبَ مَنْ ابْتَاعَ مِنْهُمَا جَارِيَةً فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّ الْوَلَدَ بِمَنْزِلَتِهِ يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ وَيَرِقُّ بِرِقِّهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَلَدٍ حَدَثَ عَنْ مِلْكِ يَمِينٍ يَتْبَعُ أَبَاهُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ أَصْلُ ذَلِكَ الْحُرُّ يَسْتَوْلِدُ أَمَتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا وَضَعَتْهُ أُمُّهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ مِنْ وَقْتِ التَّدْبِيرِ وَمَا وَضَعَتْهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَهُوَ رَقِيقٌ، رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ وَمَا وَلَدَتْهُ الْمُدَبَّرَةُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَهُوَ مُدَبَّرٌ كَأُمِّهِ طَالَ ذَلِكَ أَوْ قَصُرَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَا فِي بَطْنِ الْمُدَبَّرَةِ عُضْوٌ مِنْ أَعْضَائِهَا وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالْبَيْعِ دُونَهَا وَلَا تُفْرَدُ بِالْبَيْعِ دُونَهُ وَمَا فِي بَطْنِ أَمَةِ الْمُدَبَّرِ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تُفْرَدَ بِالْبَيْعِ دُونَهُ وَيُفْرَدَ الْمُدَبَّرُ بِالْبَيْعِ دُونَ الْحَمْلِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَتْبَعْهُ إلَّا إذَا حَدَثَ بَعْدَ عَقْدِ التَّدْبِيرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِذَا عَتَقَ هُوَ فَإِنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ تُسَلَّمُ إلَيْهِ إذَا أُعْتِقَ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي التَّدْبِيرِ] 1

ِ الْمُدَبَّرُ مِنْ الْعَبِيدِ مَأْخُوذٌ مِنْ الدُّبُرِ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَعْتَقَهُ بَعْدَ مَمَاتِهِ وَالْمَمَاتُ دُبُرُ الْحَيَاةِ وَالْفُقَهَاءُ يَقُولُونَ لِلْمُعْتَقِ عَنْ دُبُرٍ أَيِّ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهَذَا اللَّفْظُ لَمْ يُسْتَعْمَلْ إلَّا فِي الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ دُونَ سَائِرِ مَا يُمْلَكُ كَمَا لَمْ يُسْتَعْمَلْ الْعِتْقُ إلَّا فِيهِمْ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبَّرٍ قَالَ لِسَيِّدِهِ عَجِّلْ لِي الْعِتْقَ وَأُعْطِيك خَمْسِينَ مِنْهَا مُنَجَّمَةً عَلَيَّ فَقَالَ سَيِّدُهُ نَعَمْ أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْك خَمْسُونَ دِينَارًا تُؤَدِّي إلَيَّ كُلَّ عَامٍ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَرَضِيَ بِذَلِكَ الْعَبْدُ ثُمَّ هَلَكَ السَّيِّدُ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ قَالَ مَالِكٌ يَثْبُتُ لَهُ الْعِتْقُ وَصَارَتْ الْخَمْسُونَ دِينَارًا دَيْنًا عَلَيْهِ وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ وَثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ وَمِيرَاثُهُ وَحُدُودُهُ وَلَا يَضَعُ عَنْهُ مَوْتُ سَيِّدِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَذَلِكَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُقَاطِعَ مُدَبَّرَهُ عَلَى مَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ وَيُعَجِّلُ

(40/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ فَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ وَمَالٌ غَائِبٌ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ الْحَاضِرِ مَا يَخْرُجُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ قَالَ يُوقَفُ الْمُدَبَّرُ بِمَالِهِ وَيُجْمَعُ خَرَاجُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُ الْمَالِ الْغَائِبِ فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مِمَّا يَحْمِلُهُ الثُّلُثَ عَتَقَ بِمَالِهِ وَبِمَا جَمَعَ مِنْ خَرَاجِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مَا يَحْمِلُهُ عَتَقَ مِنْهُ قَدْرَ الثُّلُثِ وَتَرَكَ مَالَهُ فِي يَدَيْهِ) .

الْوَصِيَّةُ فِي التَّدْبِيرِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ عَتَاقَةٍ أَعْتَقَهَا رَجُلٌ فِي وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ أَنَّهُ يَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ وَيُغَيِّرُهَا مَتَى شَاءَ مَا لَمْ يَكُنْ تَدْبِيرًا فَإِذَا دَبَّرَ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إلَى رَدِّ مَا دَبَّرَ) .

[المنتقى]

لَهُ الْعِتْقُ فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَخْذِ الْمَالِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الدَّيْنُ؛ لِأَنَّهُ دِينٌ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَّتِهِ وَيَعْتِقُ الْعَبْدُ بِالْعِتْقِ الْمُنَجَّزِ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ ثُلُثُ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ قَدْ سَبَقَتْ لَهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَنَجَزَتْ بِالْعِوَضِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنْ الْمَالِ الْحَاضِرِ وَقَفَ وَانْتَظَرَ الْمَالَ الْغَائِبَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُعَجَّلُ اسْتِرْقَاقُ بَعْضِهِ مَعَ مَا يُرْجَى مِنْ اسْتِكْمَالِ حُرِّيَّتِهِ بِالْمَالِ الْغَائِبِ لِأَنَّ حُرِّيَّةَ الْمُدَبَّرِ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَالَيْنِ فَلَا تَسْقُطُ مِنْ أَحَدِهِمَا لِتَغَيُّبِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ إلَى عَشْرِ سِنِينَ وَنَحْوِهَا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُبَاعُ الدَّيْنُ بِمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِهِ حَتَّى يُعَجَّلَ عِتْقُ الْمُدَبَّرِ مِنْ ثُلُثِهِ أَوْ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ بِهَذَا يُتَوَصَّلُ إلَى تَعْجِيلِ الْعِتْقِ بِخِلَافِ الْمَالِ الْغَائِبِ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَطَاعُ ذَلِكَ فِيهِ وَفِيهِ أَيْضًا الْمُدَبَّرُ إلَى أَنْ يَحُلَّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ إلَى عَشْرِ سِنِينَ اسْتِدَامَةَ اسْتِرْقَاقِهِ الْمُدَّةَ الطَّوِيلَةَ الَّتِي رُبَّمَا أَدَّتْ إلَى تَفْوِيتِ عِتْقِهِ بِمَوْتِهِ قَبْلَ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ يَئِسَ مِنْ الدَّيْنِ لِعَدَمِ الْغَرِيمِ أَوْ بَعْدَ غَيْبَتِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَعْتِقُ مِنْهُ مَا حَمَلَهُ الْمَالُ الْحَاضِرُ؛ لِأَنَّ انْتِظَارَ ذَلِكَ لَا فَائِدَةَ فِيهِ مَعَ مَا يُخَافُ مِنْ مَوْتِهِ وَفَوْتِ عِتْقِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يُوقَفُ الْمُدَبَّرُ بِمَالِهِ وَجَمِيعِ خَرَاجِهِ يُرِيدُ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ تَابِعٌ لَهُ يَتْبَعُهُ فِي عِتْقِهِ فَلِذَلِكَ قُوِّمَ مَعَهُ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ فِي قِيمَتِهِ، وَكَذَلِكَ إذَا عَجَّلَ عِتْقَهُ لِعَدَمِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لِسَيِّدِهِ، أَوْ بَعْدَ غَيْبَتِهِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ مِنْهُ مَا حَمَلَهُ الْمَالُ الْحَاضِرُ وَيَعْمَلُ فِي مَالِ الْمُدَبَّرِ عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ أُعْتِقَ بَعْضُهُ، ثُمَّ قَدِمَ الْمَالُ الْغَائِبُ، أَوْ أَثْرَى الْمُعْدِمُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ الْمُدَبَّرُ فِي أَيْدِي الْوَرَثَةِ عَتَقَ فِي ثُلُثِ مَا أَخَذَ مِنْ الدَّيْنِ وَإِنْ خَرَجَ عَنْ أَيْدِيهِمْ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَلَا شَيْءَ فِيمَا قَبَضَ لِلْمُدَبَّرِ وَذَلِكَ لِلْوَرَثَةِ.

وَقَالَ عِيسَى يَعْتِقُ فِي الثُّلُثِ حَيْثُ كَانَ وَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ لِلْمُشْتَرِي رَدَّهُ، وَالَّذِي قَالَهُ عِيسَى قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَيْبَ قَدْ ظَهَرَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ الْمُدَبَّرِ الْعِتْقَ مِمَّا كَانَ لِلسَّيِّدِ مِنْ الْمَالِ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَسْتَحِقَّ بِحُرِّيَّةٍ.

[الْوَصِيَّةُ فِي التَّدْبِيرِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْعِتْقِ يَرُدُّهَا الْمُوصِي مَتَى شَاءَ مِنْ صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ بِمَوْتِ الْمُوصِي وَقَوْلُهُ فَإِذَا دَبَّرَ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إلَى مَا دَبَّرَ يُرِيدُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ الْعِتْقِ بِمَعْنَى التَّدْبِيرِ فَلَا سَبِيلَ لِلْمُعْتِقِ إلَى رَدِّهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ غَيْرُ

حُكْمِ التَّدْبِيرِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ أَنَّ حُكْمَ التَّدْبِيرِ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ اخْتِلَافَ الْأَلْفَاظِ ظَاهِرُهُ اخْتِلَافُ الْمَعَانِي وَإِذَا كَانَ التَّدْبِيرُ مُخَالِفًا لِلْوَصِيَّةِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَفْظٌ يَخْتَصُّ بِهِ فَأَمَّا لَفْظُ الْوَصِيَّةِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ إذَا مِتُّ فَأَعْتِقُوا عَبْدِي فُلَانًا فَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ وَلِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنْهُ مَتَى شَاءَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَالَ فِي صِحَّتِهِ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ لَمْ يُرِدْ بِهِ الْوَصِيَّةَ فَهُوَ تَدْبِيرٌ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ كُلُّ مَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ فَهُوَ

(41/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَكُلُّ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ أَمَةٌ أَوْصَى بِعِتْقِهَا وَلَمْ تُدَبَّرْ فَإِنَّ وَلَدَهَا لَا يَعْتِقُونَ مَعَهَا إذَا عَتَقَتْ وَذَلِكَ أَنَّ سَيِّدَهَا يُغَيِّرُ وَصِيَّتَهُ إنْ شَاءَ وَيَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا عَتَاقَةٌ وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ قَالَ لِجَارِيَتِهِ إنْ بَقِيَتْ عِنْدِي فُلَانَةُ حَتَّى أَمُوتَ فَهِيَ حُرَّةٌ قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ أَدْرَكَتْ ذَلِكَ كَانَ لَهَا ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ قَبْلَ ذَلِكَ بَاعَهَا وَوَلَدَهَا لِأَنَّهُ لَمْ يُدْخِلْ وَلَدَهَا فِي شَيْءٍ مِمَّا جَعَلَ لَهَا قَالَ وَالْوَصِيَّةُ فِي الْعَتَاقَةِ مُخَالِفَةٌ لِلتَّدْبِيرِ، فَرْقٌ بَيْنَ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنْ السُّنَّةِ قَالَ وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ التَّدْبِيرِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ وَمَا ذُكِرَ فِيهَا مِنْ الْعَتَاقَةِ وَكَانَ قَدْ حَبَسَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَالًا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ رَقِيقًا لَهُ جَمِيعًا فِي صِحَّتِهِ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُمْ إنْ كَانَ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ قَبْلَ بَعْضٍ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ حَتَّى يَبْلُغَ الثُّلُثَ وَإِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِي مَرَضِهِ فَقَالَ فُلَانٌ حُرٌّ وَفُلَانٌ حُرٌّ وَفُلَانٌ حُرٌّ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ إنْ حَدَثَ بِي فِي مَرَضِي هَذَا حَدَثُ مَوْتٍ، أَوْ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ تَحَاصَّوْا فِي الثُّلُثِ وَلَمْ يَبْدَأْ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ صَاحِبِهِ وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ وَإِنَّمَا لَهُمْ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ، ثُمَّ يَعْتِقُ مِنْهُمْ

[المنتقى]

وَصِيَّةٌ مَا لَمْ يُدَبِّرْ.

فَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ نَحْوُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي إيقَاعَ الْعِتْقِ بَعْدَ الْمَوْتِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَذَلِكَ يُفِيدُ اللُّزومَ وَهَذَا مَعْنَى التَّدْبِيرِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لَفْظَهُ يَحْتَمِلُ اللُّزومَ عَلَى مَعْنَى التَّدْبِيرِ وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ عَلَى مَعْنَى الْوَصِيَّةِ وَهُوَ فِي الْجَوَازِ أَظْهَرُ فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ وَلَوْ تَساوَى الْمَعْنَيَانِ فِيهِ لَكَانَ الْجَوَازُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَقْطَعْ الْتِزَامُهُ إيَّاهُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ أَدْرَكَ الْمُعْتَقَ حَيًّا سُئِلَ فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْوَصِيَّةَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي صَحِيحٍ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ يَوْمَ أَمُوتُ يُسْأَلُ فَإِنْ قَالَ أَرَدْت الْوَصِيَّةَ صُدِّقَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَثَمَّ قَوْلٌ آخَرُ لِأَشْهَبَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ فَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ مُدَبَّرٌ وَيَجِيءُ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لَهُ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا لَفْظُ الْمُدَبَّرِ فَقَدْ قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ هُوَ أَنْ يَقُولَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ إذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ بِالتَّدْبِيرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ قَصَدَ بِهِ إيجَابَ عِتْقِهِ بِمَوْتِهِ لَا عَلَى وَجْهِ الْوَصِيَّةِ وَزَادَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنْ يَقُولَ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ أَنْتَ حُرٌّ مَتَى مِتُّ أَوْ إنْ مِتَّ وَلَا مَرْجِعَ لِي فِيك قَالَ أَشْهَبُ وَشِبْهُ هَذَا أَفْرَدَ ذَلِكَ بِكِتَابٍ، أَوْ جَعَلَهُ فِي ذِكْرِ وَصَايَاهُ وَمَعْنَى هَذَا عَلَى مُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّ التَّدْبِيرَ عَلَى ضَرْبَيْنِ مُطْلَقٌ وَهُوَ مَا تَقَدَّمَ وَمُقَيَّدٌ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إنْ مِتَّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ فَأَمَّا الْمُطْلَقُ فَهُوَ عَقْدٌ لَازِمٌ عِنْدَ مَالِكٍ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ فِي الْمَذْهَبِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَأَمَّا الْمُقَيَّدُ فَقَدْ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ كِنَانَةَ هُوَ تَدْبِيرٌ لَازِمٌ لَا رُجُوعَ فِيهِ، وَنَحْوُهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَيْضًا عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقِيلَ لَيْسَ هَذَا بِتَدْبِيرٍ مَاتَ فِي مَرَضِهِ ذَلِكَ، أَوْ عَاشَ.

وَرُوِيَ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَابْنُ الْقَاسِمِ هِيَ وَصِيَّةٌ إلَّا أَنْ يُرِيدَ التَّدْبِيرَ أَوْ يَقْصِدَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ وَيَأْتِي بِلَفْظِ الْوَصِيَّةِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ تَدْبِيرٌ وَتَقْطَعُ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ أَرَادَ ذَلِكَ، أَوْ يُقِرُّ أَنَّهُ أَرَادَ التَّدْبِيرَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ حُكْمَ التَّدْبِيرِ مَبْنِيٌّ عَلَى اللُّزُومِ فَأَمَّا قَيْدُهَا بِشَرْطٍ خَرَجَ عَنْ مُقْتَضَى اللُّزُومِ فَحَمْلٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ قَالَ لِجَارِيَتِهِ إنَّهَا مُدَبَّرَةٌ تَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ إنْ لَمْ يُحْدِثْ فِيهَا حَدَثٌ وَكَتَبَ لَهَا بِذَلِكَ كِتَابًا أَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِقَوْلِهِ إنْ لَمْ أُحْدِثْ فِيهَا حَدَثًا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لَفْظَ التَّدْبِيرِ يَقْتَضِي اللُّزُومَ كَالْمُطْلَقِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْأَمَةَ الْمُوصَى بِعِتْقِهَا إذَا وَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا فَإِنَّ وَلَدَهَا غَيْرُ دَاخِلٍ فِي وَصِيَّتِهَا؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ غَيْرُ لَازِمٍ وَعَقْدَ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ لَازِمٌ فَلِذَلِكَ دَخَلَ فِيهَا مَنْ يُولَدُ بَعْدَهُ، وَلَوْ أَنَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهَا تَلِدُ بَعْدَ وَفَاةِ سَيِّدِهَا قَدْ لَزِمَ عَقْدُ الْوَصِيَّةِ.

(42/7)

الثُّلُثَ بَالِغًا مَا بَلَغَ قَالَ وَلَا يَبْدَأُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَرَضِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ غُلَامًا لَهُ فَهَلَكَ السَّيِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ إلَّا الْعَبْدُ الْمُدَبَّرُ وَلِلْعَبْدِ مَالٌ قَالَ يَعْتِقُ ثُلُثُ الْمُدَبَّرِ وَيُوقَفُ مَالُهُ بِيَدَيْهِ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ دَبَّرَ عَبِيدًا وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ زَادَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ فَإِنَّهُ إذَا ضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ جَمِيعِهِمْ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إذَا دَبَّرَ عَبْدًا فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِثُلُثِ مَالِهِ عَلَى وَجْهِ الْوُجُوبِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْقِطَ ذَلِكَ بِتَدْبِيرِ غَيْرِهِ فَعَلَى هَذَا يَعْتِقُ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حَسَبِ ذَلِكَ تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِالثُّلُثِ وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ جَمِيعًا تَحَاصُّوا فِي الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِالثُّلُثِ تَعَلُّقًا وَاحِدًا فَلَيْسَ بَعْضُهُمْ أَحَقَّ بِذَلِكَ مِنْ بَعْضٍ فَإِنْ أَعْتَقَ جَمَاعَةً فِي كَلِمَةٍ، ثُمَّ أَعْتَقَ بَعْدَهُمْ جَمَاعَةً أُخْرَى فَعَلَى حَسَبِ ذَلِكَ أَيْضًا يَبْدَأُ بِالْجَمَاعَةِ الْأُولَى فَإِنْ حَمَّلَهُمْ الثُّلُثَ وَضَاقَ عَنْ الْجَمَاعَةِ الثَّانِيَةِ بُدِئَ بِعِتْقِ الْأُولَى وَتَحَاصَّتْ الْجَمَاعَةُ الثَّانِيَةُ فِي بَقِيَّةِ الثُّلُثِ وَإِنْ ضَاقَ عَنْ الْجَمَاعَةِ الْأُولَى بُدِئَ بِهَا فَتَحَاصَّتْ فِي الثُّلُثِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْجَمَاعَةِ الثَّانِيَةِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَمَعْنَى الْمُحَاصَّةِ إنْ حَمَلَ الثُّلُثُ بَعْضَهُمْ أَنْ يَعْتِقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَكَمْ مِقْدَارُ مَا يَكُونُ مِنْ الْفَصْلِ بَيْنَ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً فَبَدَأَ بِأَحَدِ عَبِيدِهِ، ثُمَّ قَامَ لِشُغْلٍ، ثُمَّ عَادَ فَكَتَبَ الْآخَرَ قَالَ يَبْدَأُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازُ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ الْمَخْزُومِيِّ فِيمَنْ دَبَّرَ فَأُغْمِيَ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَفَاقَ فَدَبَّرَ آخَرَ قَالَ هَذَانِ يَتَحَاصَّانِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ قَدْ كُنْت دَبَّرْت فُلَانًا فِي صِحَّتِي ثُمَّ دَبَّرَ آخَرَ فِي مَرَضِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ مَاضٍ يَعْتِقُ فِي ثُلُثِهِ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ قَالَهُ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي كِتَابَةِ ابْنِهِ قَالَ وَلَا يَبْطُلُ إقْرَارُهُ فِي مَرَضِهِ بِالتَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَرَفَهُ إلَى الثُّلُثِ بِخِلَافِ إقْرَارِهِ بِالْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَهُ إلَى رَأْسِ الْمَالِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا هَلَكَ سَيِّدُهُ وَلَمْ يَتْرُكْ غَيْرَهُ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ثُلُثُ الْمُدبَّرِ فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَبَّرِ مَالٌ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ يَعْتِقُ مِنْ الْعَبْدِ مَا حَمَلَهُ ثُلُثُ مَالِ الْمَيِّتِ وَبَقِيَ مَالُهُ فِي يَدِهِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ يُقَوَّمُ بِمَالِهِ فِي الثُّلُثِ كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَيَتْبَعُهُ إنْ خَرَجَ وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهُ أَقَرَّ بِيَدِهِ جَمِيعًا قَالَ سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَتْ قِيمَةُ الْمُدَبَّرِ مِائَةَ دِينَارٍ وَمَالُهُ مِائَةً وَتَرَكَ سَيِّدُهُ مِائَةً فَإِنَّهُ يَعْتِقُ نِصْفَهُ وَيَبْقَى مَالُهُ بِيَدِهِ؛ لِأَنَّ قِيمَتَهُ بِمَالِهِ مِائَتَانِ وَلَا يُنْزَعُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَرَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ رَبِيعَةَ وَيَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ يُجْمَعُ مَالُ الْمَيِّتِ إلَى الْمُدَبَّرِ وَمَالِهِ فَإِنْ خَرَجَ الْمُدَبَّرُ وَمَالُهُ فِي ثُلُثِ ذَلِكَ عَتَقَ وَكَانَ مَالُهُ بِيَدِهِ وَإِنْ كَانَ الثُّلُثُ يَحْمِلُ رَقَبَتَهُ وَبَعْضَ مَالِهِ عَتَقَ وَكَانَ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْ مَالِهِ وَرَقَبَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَدَعْ غَيْرَ الْمُدَبَّرِ وَمَالِهِ وَقِيمَةُ رَقَبَتِهِ مِائَةُ دِينَارٍ وَمَالُهُ ثَمَانِمِائَةٍ عَتَقَ الْمُدَبَّرُ وَكَانَ لَهُ مِنْ مَالٍ مِائَتَا دِينَارٍ وَهَكَذَا يُحْسَبُ وَكَذَلِكَ مَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ وَلِلْعَبْدِ مَالٌ هَكَذَا يَصْنَعُ وَهَذَا رَأْيُ ابْنِ وَهْبٍ وَبِهِ آخُذُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ تَفَرَّدَ بِذَلِكَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ وَاسْتَثْنَى مَالَهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَلِكَ جَائِزٌ وَقَالَهُ مَالِكٌ وَفِي الْمُدَوَّنَةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ مِثْلَهُ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَيَتْبَعُهُ مَالُهُ وَاحْتَجَّ ابْنُ الْقَاسِمِ لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى بِأَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ غُلَامِي مُدَبَّرٌ وَخُذُوا مَالَهُ جَازَ ذَلِكَ فَكَذَلِكَ إذَا قَالَهُ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ بِهَذَا الشَّرْطِ دَبَّرَهُ وَلَيْسَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُدَبِّرَهُ فِي الصِّحَّةِ وَلَا يُسْتَثْنَى مَالُهُ يُرِيدُ أَنْ يُنْتَزَعَ مَالُهُ فِي مَرَضِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَدْبِيرٌ يَقْتَضِي بَقَاءَ مَالِهِ بِيَدِهِ فَلَيْسَ لَهُ انْتِزَاعُهُ عِنْدَ ظُهُورِ عِتْقِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ كِنَانَةَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَ مُدَبَّرِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ، أَوْ يَنْتَزِعَهُ الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَبَقِيَ الْمَالُ لِلْمُدَبَّرِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ بَعْدَ مَوْتِ نَفْسِهِ إذَا عَتَقَ وَمَعْنَى ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنَّ مَعْنَى اسْتِثْنَاءِ مَالِهِ أَنْ يُسْتَثْنَى عِنْدَ عَقْدِ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبَّرٍ كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ فَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَمْ يَتْرُكْ مَالًا غَيْرَهُ قَالَ مَالِكٌ يَعْتِقُ مِنْهُ ثُلُثُهُ وَيُوضَعُ عَنْهُ ثُلُثُ كِتَابَتِهِ وَيَكُونُ عَلَيْهِ ثُلُثَاهَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ لَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ فَبَتَّ عِتْقُ نِصْفِهِ، أَوْ بَتَّ عِتْقُهُ كُلُّهُ وَقَدْ كَانَ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ آخَرَ قَبْلَ ذَلِكَ قَالَ يُبْدَأُ بِالْمُدَبَّرِ قَبْلَ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرُدَّ مَا دَبَّرَ وَلَا أَنْ يَتَعَقَّبَهُ بِأَمْرٍ يَرُدُّهُ بِهِ فَإِذَا عَتَقَ الْمُدَبَّرُ فَلْيَكُنْ مَا بَقِيَ مِنْ الثُّلُثِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ شَطْرَهُ حَتَّى يَسْتَتِمَّ عِتْقَهُ كُلَّهُ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ فَضْلَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ فَضْلَ الثُّلُثِ بَعْدَ الْمُدَبَّرِ الْأَوَّلِ) .

مَسُّ الرَّجُلِ وَلِيدَتِهِ إِذَا دَبَّرَهَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ لَهُ فَكَانَ يَطَؤُهُمَا وَهُمَا مُدَبَّرَتَانِ قَالَ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ إِنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ كَانَ يَقُولُ إِذَا دَبَّرَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا وَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا) .

[المنتقى]

التَّدْبِيرِ أَخَذُهُ عِنْدَ نُفُوذِ الْعِتْقِ وَأَمَّا عِنْدَ التَّدْبِيرِ وَبَعْدَهُ فَإِنَّ لَهُ انْتِزَاعَهُ اشْتَرَطَهُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا اسْتَثْنَاهُ فِي التَّدْبِيرِ قُوِّمَ بِغَيْرِ مَالٍ وَحُسِبَ مَا بِيَدِهِ مِنْ مَالِ السَّيِّدِ فَقُوِّمَ الْمُدَبَّرُ دُونَهُمَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ التَّدْبِيرِ لَا يَمْنَعُ عَقْدَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَمْنَعُ التَّدْبِيرَ وَلَا تُبْطِلُهُ بَلْ تُؤَكِّدُهُ وَتُعَجِّلُهُ وَأَسْوَأُ أَحْوَالِهَا أَنْ يَبْقَى الْمُدَبَّرُ عَلَى حَالِهِ وَذَلِكَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعَ مَالِ الْمُدَبَّرِ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ عَلَى تَعْجِيلِ عِتْقِهِ فَذَلِكَ غَيْرُ مُخَالِفٍ لِمَا عَقَدَ عَلَيْهِ تَدْبِيرُهُ فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ عَجَّلَ عِتْقَهُ فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ عَتَقَ مِنْهُ ثُلُثُهُ وَسَقَطَ عَنْهُ لِذَلِكَ ثُلُثُ الْكِتَابَةِ وَبَقِيَ بَاقِي الْعَبْدِ عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ، وَذَلِكَ أَفْضَلُ لَهُ مِنْ أَنْ يَبْقَى عَلَى حُكْمِ الرِّقِّ لَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْ عَقْدُ الْكِتَابَةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إِنَّ الْمَرِيضَ إِذَا ابْتَدَأَ فَدَبَّرَ عَبْدًا لَهُ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ آخَرَ، أَوْ أَعْتَقَ مِنْهُ

نِصْفَهُ، ثُمَّ تُوُفِّيَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِعِتْقِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ وَهَذَا الْأَمْرُ لَازِمٌ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَنْقُضَهُ بِعِتْقِ غَيْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ الْمَرِيضَ دَبَّرَ أَحَدَهُمَا وَبَتَلَ عِتْقَ الْآخَرِ فِي لَفْظَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ كَلَامٍ مُتَّصِلٍ تَحَاصَّا فِي الثُّلُثِ رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الْخِدْمَةِ وَلَمْ يَتَقَدَّمْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي الرَّقَبَةِ فَلَزِمَ تَحَاصُّهُمَا كَالْمُدَبَّرَيْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرُ فَلْيَكُنْ مَا بَقِيَ مِنْ الثُّلُثِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ شَطْرَهُ حَتَّى يَسْتَتِمَّ لَهُ عِتْقُهُ كُلُّهُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِعِتْقِ بَعْضِهِ تَمَّمَ عَلَيْهِ سَائِرَهُ فِي الثُّلُثِ.

[مَسُّ الرَّجُلِ وَلِيدَتِهِ إذَا دَبَّرَهَا]

(ش) : قَوْلُهُ فِي الَّذِي دَبَّرَ أَمَتَهُ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ عِتْقَهَا إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَمِنْ الثُّلُثِ كَالْمُوصِي بِعِتْقِهَا؛ وَلِأَنَّهَا تَعْتِقُ بِالْمَوْتِ وَانْتِزَاعِ مَالِهَا كَأُمِّ الْوَلَدِ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ وَطْأَهَا يُؤَكِّدُ عِتْقَهَا؛ لِأَنَّهَا إنْ حَمَلَتْ مِنْهُ عَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ بَقِيَتْ عَلَى حَالِهَا فَإِنَّمَا تَعْتِقُ بِالثُّلُثِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَةَ إذَا حَمَلَتْ بَطَلَ تَدْبِيرُهَا وَانْتَقَلَتْ إلَى مَا هُوَ أَقْوَى مِنْ التَّدْبِيرِ كَمَا يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ بِالْعِتْقِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ يُرِيدُ أَنَّ حُكْمَ التَّدْبِيرِ قَدْ لَزِمَهُ فِيهِ فَلَيْسَ لَهُ إبْطَالُهُ بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مَا كَانَ مِنْهُ مُطْلَقًا فَلَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ عَلَى مَا قُلْنَاهُ وَمَا كَانَ مُقَيَّدًا فَلَهُ إبْطَالُهُ وَعِنْدَنَا لَا يَجُوزُ لَهُ إبْطَالُ الْمُقَيَّدِ كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ إبْطَالُ الْمُطْلَقِ وَإِنَّمَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُفَسِّرَ الْمُقَيَّدَ فَيَقُولَ لَمْ أُرِدْ بِهِ التَّدْبِيرَ فَيَكُونَ لَهُ حِينَئِذٍ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ عَلَى تَسْلِيمِ إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ هَذَا تَدْبِيرٌ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَازِمًا كَالْمُطْلَقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا يُقَدَّرُ فِي الْمُقَيَّدِ

بَيْعُ الْمُدَبَّرِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبَّرِ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَبِيعُهُ وَلَا يُحَوِّلُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ وَأَنَّهُ إنْ رَهِقَ سَيِّدَهُ دَيْنٌ فَإِنَّ غُرَمَاءَهُ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مَا عَاشَ سَيِّدُهُ فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِي ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَثْنَى عَلَيْهِ عَمَلَهُ مَا عَاشَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْدُمَهُ حَيَاتَهُ ثُمَّ يُعْتِقَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ إذَا مَاتَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عَتَقَ ثُلُثُهُ وَكَانَ ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِالْمُدَبَّرِ بِيعَ فِي دَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَعْتِقُ فِي الثُّلُثِ قَالَ فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ لَا يُحِيطُ إلَّا بِنِصْفِ الْعَبْدِ بِيعَ نِصْفُهُ لِلدَّيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ)

[المنتقى]

قَوْلٌ وَاحِدٌ أَنَّهُ إذَا أُرِيدَ بِهِ التَّدْبِيرَ أَنَّهُ يَلْزَمُ فَكَذَلِكَ الْمُطْلَقُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ عِنْدَنَا صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ غَيْرَ التَّدْبِيرِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْ التَّدْبِيرِ الْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ بِالْفِعْلِ دُونَ الْقَوْلِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لَهُ الرُّجُوعُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ عَقْدُ عِتْقٍ اسْتَفَادَ بِهِ اسْمًا يُعْرَفُ بِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إبْطَالُهُ أَصْلُهُ الْكِتَابَةُ، وَدَلِيلٌ آخَرُ أَنَّ هَذَا عَقْدُ عِتْقٍ لَيْسَ لَهُ إبْطَالُهُ بِالْفِعْلِ أَصْلُهُ مَا ثَبَتَ مِنْ ذَلِكَ لِأُمِّ الْوَلَدِ وَأَمَّا مَا تَعَلَّقُوا بِهِ مِمَّا رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ «أَنَّ رَجُلًا دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنِّي فَاشْتَرَاهُ مِنْهُ نُعَيْمُ بْنُ النَّحَّامِ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ» قَالُوا وَهَذَا هُوَ أَبُو مَذْكُورٍ الْعَرَبِيُّ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ يُقَالُ لَهُ يَعْفُورٌ فَبَاعَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَلَيْسَ فِيمَا ادَّعَوْهُ حُجَّةٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَبْلَ التَّدْبِيرِ فَبَاعَهُ لِأَدَاءِ ذَلِكَ الدَّيْنِ وَهَذَا عِنْدَنَا جَائِزٌ وَبَيِّنٌ.

وَجْهُ هَذَا التَّأْوِيلِ أَنَّهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ «لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ» وَعَلَى أَصْلِهِمْ لَا تَأْثِيرَ لِقَوْلِهِ لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ فِي الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُمْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ وَعَلَى مَا نَقُولُهُ فَهُوَ مُدَبَّرٌ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ لَمْ يُبَعْ فِي دَيْنٍ مُتَقَدِّمٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَتَأَدَّى مِنْهُ الدَّيْنُ بِيعَ حِينَئِذٍ لِأَدَاءِ الدَّيْنِ وَيُبَيِّنُ هَذَا أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هُوَ بَاشَرَ الْبَيْعَ وَأَمَرَ بِهِ عَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ دَيْنٌ يُبَاعُ مِنْ أَجْلِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَإِنَّمَا بَيْعُهُ هُوَ عِنْدَهُمْ بِاخْتِيَارِهِ وَقَدْ قَالَ نَحْوَ هَذَا ابْنُ سَحْنُونٍ وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ النَّسَوِيِّ «أَعْتَقَ رَجُلٌ مِنْ الْأَنْصَارِ غُلَامًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ وَكَانَ مُحْتَاجًا وَكَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَبَاعَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» وَهَذَا يُقَوِّي مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ التَّأْوِيلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إنَّ ذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَدْ رَأَيْته لِابْنِ سَحْنُونٍ وَقَالَ قَوْمٌ إنْ بَا عَ خَدَمَتَهُ فَذَلِكَ مُحْتَمَلٌ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِهِ أَنْ يُعْطِيَهُ مَالًا عَلَى تَعْجِيلِ عِتْقِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ كَمَا يَجُوزُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِبَيْعٍ فِي رَقَبَتِهَا.

[بَيْعُ الْمُدَبَّرِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَ لَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَبِيعَهُ وَلَا لَهُ أَنْ يُحَوِّلَهُ عَنْ مَوْضِعِهِ يُرِيدُ إزَالَةَ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنْ التَّدْبِيرِ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَبَاعَهُ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَالِكٌ جَاهِلًا أَوْ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا رُدَّ بَيْعُهُ وَرَجَعَ مُدَبَّرًا كَمَا كَانَ وَهَذَا مَا لَمْ يَعْتِقْهُ الَّذِي اشْتَرَاهُ فَإِنْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْفَسْخِ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّ الْعِتْقَ نَافِذٌ غَيْرُ مَرْدُودٍ وَالثَّانِيَةُ أَنَّ عَقْدَهُ بَاطِلٌ مَرْدُودٌ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ فِي الْمُدَبَّرِ يَبِيعُهُ سَيِّدُهُ فَيَعْتِقُ يُرَدُّ عِتْقُهُ وَيَعُودُ مُدَبَّرًا، ثُمَّ قَالَ يَمْضِي وَإِنْ كَتَمَهُ ذَلِكَ وَلَا يُرَدُّ إذَا فَاتَ بِالْعِتْقِ أَوْ بِالْمَوْتِ وَنَحْوِهِ فِي كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ عَقْدَ التَّدْبِيرِ عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَا يُنْتَقَلُ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عَنْ وَجْهِ الْعِتْقِ كَمَا لَا يُنْقَلُ بِالْهِبَةِ وَالْبَيْعِ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الْعِتْقَ هَاهُنَا مُرَتَّبٌ عَلَى الْبَيْعِ فَإِذَا لَمْ

(45/7)

. . . .

[المنتقى]

يَجُزْ إبْطَالُ التَّدْبِيرِ بِالْبَيْعِ لَمْ يَصِحَّ الْعِتْقُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَى مِنْ التَّدْبِيرِ فَوَجَبَ أَنْ يَبْطُلَ بِهِ كَالْمُدَبَّرَةِ يَطَؤُهَا سَيِّدُهَا فَتَحْمِلُ مِنْهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَبْطُلُ بِالِاسْتِيلَادِ الَّذِي هُوَ أَقْوَى فِي بَابِ الْعِتْقِ مِنْهُ.
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يَفُوتُ بِالْعِتْقِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا شَيْءَ عَلَى الْبَائِعِ وَالثَّمَنُ سَائِغٌ لَهُ حَلَالٌ وَرَوَاهُ فِي الْمُزَنِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ يُؤْمَرُ وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ الْمُدَبَّرَ فَأَعْتَقَهُ عَنْ رَقَبَةٍ وَاجِبَةٍ مِنْ ظِهَارٍ أَوْ غَيْرِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ اُخْتُلِفَ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُجْزِئُهُ وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ.
وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُجْزِئُهُ وَيُنَفَّذُ عِتْقُهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْعِتْقِ لَمْ يُفْتِ بِالشِّرَاءِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا لَمْ يَعْتِقْ فَإِنْ عَتَقَ نُفِّذَ عِتْقُهُ وَالْوَلَاءُ لِلْبَائِعِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ بَاعَ مُدَبَّرَةً فَحَمَلَتْ مِنْ الْمُشْتَرِي فَهُوَ فَوْتٌ كَالْعِتْقِ مِنْ الْمَوَّازِيَّةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَثْبَتَ لَهَا حُكْمَ الْعِتْقِ الْوَاجِبِ فَكَانَ ذَلِكَ أَقْوَى مِمَّا يَرُدُّ إلَيْهِ مِنْ التَّدْبِيرِ كَالْعِتْقِ الْمُؤَجَّلِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ مَاتَ الْمُدَبَّرُ عِنْدَ الْمُبْتَاعِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ سَحْنُونٌ مَنْ بَاعَ مُدَبَّرًا عَلَى أَنَّهُ عَبْدٌ فَمَاتَ بِيَدِ الْمُبْتَاعِ فَلْيَنْظُرْ إلَى مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ عَبْدًا وَقِيمَتِهِ مُدَبَّرًا فَمَحَلُّهُ فِي رَقَبَتِهِ وَلَا يَقْضِي بِذَلِكَ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَجَعَلَهُ فِي عَبْدٍ دَبَّرَهُ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ أَعَانَ بِهِ فِي عِتْقٍ.

وَرُوِيَ عَنْ سَحْنُونٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يَرُدُّ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ إلَى الْمُشْتَرِي، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا صَارَ إلَيْهِ قَدْ كَانَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ بِالتَّدْبِيرِ الْمُتَضَمِّنِ لِلْعِتْقِ فَمَا ازْدَادَ عَلَى ذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يُوَجِّهَهُ إلَى مِثْلِ مَا فَاتَ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَخَذَهُ عَمَّا كَانَ أَعْتَقَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَا ازْدَادَهُ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْمُشْتَرِي فَيَجِبُ أَنْ يُرَدَّ إلَيْهِ وَفِي الْمُزَنِيَّةِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ دِينَارٍ وَالْمُغِيرَةِ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا مَاتَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ غَيْرِ مُدَبَّرٍ وَلَيْسَ هَذَا مِنْ الْفَوْتِ الَّذِي يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ قَالَ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَقُولُ مَالَكَ تَرْجِعُ عَلَيَّ إنْ كُنْت ظَالِمًا فَإِنَّمَا ظَلَمْت نَفْسِي يَقُولُ إنَّ الْمُدَبَّرَ إنَّمَا يُدْرِكُهُ الْعِتْقُ إنْ عَاشَ إلَى أَنْ يَمُوتَ سَيِّدُهُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ سَيِّدِهِ فَلَمْ يُدْرِكْهُ الْعِتْقُ وَإِنَّ السَّيِّدَ مَمْنُوعٌ مِنْ بَيْعِهِ وَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ حِينَ تَعَدَّى وَبَاعَهُ وَذَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُشْتَرِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) وَلَوْ بَاعَ السَّيِّدُ مُدَبَّرَهُ فَلَمْ يَرْفَعْ أَمْرَهُ حَتَّى مَاتَ السَّيِّدُ فَقَدْ رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ فِي الْمَزِنِيَّةِ إنْ كَانَ لِلسَّيِّدِ الَّذِي بَاعَهُ مَالٌ فُسِخَ بَيْعُهُ وَرُدَّ إلَيْهِ وَأُخِذَ مِنْ مَالِهِ ثَمَنُهُ فَدُفِعَ إلَى الْمُبْتَاعِ وَعَتَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ ثُلُثُ مَالِ الْمَيِّتِ وَرَقَّ بَاقِيهِ لِلْوَرَثَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَفَاءٌ بِدَيْنِ الْمُشْتَرِي مَضَى بَيْعُهُ قَالَ عِيسَى وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِثْلَهُ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ رَهِقَهُ دَيْنٌ فَإِنَّ غُرَمَاءَهُ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مَا دَامَ سَيِّدُهُ حَيًّا يُرِيدُ إنْ اسْتَحْدَثَ دَيْنًا بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْقُصُ التَّدْبِيرُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِذِمَّةٍ بَاقِيَةٍ وَأَمَّا إنْ كَانَ الدَّيْنُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ فَإِنَّ لِلْغُرَمَاءِ مَا نَقَصَ التَّدْبِيرُ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِي ثُلُثِهِ يُرِيدُ أَنَّهُ يَعْتِقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ مَالِهِ فَإِنْ حَمَلَهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْ إلَّا بَعْضَهُ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إلَّا بِذَلِكَ الْقَدْرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالُ عَبِيدِهِ عَتَقَ ثُلُثُهُ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ خِلَافًا لِمَسْرُوقٍ وَالشَّعْبِيِّ فِي قَوْلِهِمَا إنَّهُ يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ عَقْدًا يَصْرِفُ فِيهِ جَمِيعَ مَالِهِ عَنْ الْوَرَثَةِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا أُمُّ الْوَلَدِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَثْبُتُ لَهَا بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ أَقْوَى مِنْ الْعَقْدِ وَلِذَلِكَ لَا تُبَاعُ أُمُّ الْوَلَدِ لِلدَّيْنِ الْمُتَقَدِّمِ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ وَيُبَاعُ الْمُدَبَّرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِذَا مَاتَ الْمُدَبِّرُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِالْمُدَبَّرِ بِيعَ فِي دَيْنِهِ يُرِيدُ وَإِنْ كَانَ دَيْنًا اسْتَحْدَثَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلدَّيْنِ مَحَلٌّ غَيْرُ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّ الذِّمَّةَ قَدْ بَطَلَتْ وَهَذَا كَمَا يَقُولُ أَنَّ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ تَتَعَلَّقُ

(46/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ وَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَشْتَرِيَهُ إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُدَبَّرُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ فَيَكُونَ ذَلِكَ جَائِزًا لَهُ، أَوْ يُعْطِيَ أَحَدٌ سَيِّدَ الْمُدَبَّرِ مَالًا وَيُعْتِقَهُ سَيِّدُهُ الَّذِي دَبَّرَهُ فَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ أَيْضًا قَالَ مَالِكٌ وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي دَبَّرَهُ قَالَ مَالِكٌ لَا يَجُوزُ بَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ إذْ لَا يَدْرِي كَمْ يَعِيشُ سَيِّدُهُ فَذَلِكَ غَرَرٌ لَا يَصْلُحُ) .

(ص) : (وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيُدَبِّرُ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ أَنَّهُمَا يَتَقَاوَمَانِهِ فَإِنْ اشْتَرَاهُ الَّذِي دَبَّرَهُ كَانَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ انْتَقَضَ تَدْبِيرُهُ إلَّا أَنْ يَشَاءَ الَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ أَنْ يُعْطِيَهُ شَرِيكَهُ الَّذِي دَبَّرَهُ بِقِيمَتِهِ فَإِنْ أَعْطَاهُ إيَّاهُ بِقِيمَتِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ وَكَانَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ) .

[المنتقى]

بِالسِّلْعَةِ الَّتِي بَاعَهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَقْبِضْ ثَمَنَهَا بَعْدَ مَوْتِ الْغَرِيمِ لِعَدَمِ ذِمَّتِهِ وَلَا تَتَعَلَّقُ بِهَا فِي حَيَاتِهِ لِبَقَاءِ ذِمَّتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُدَبَّرَ نَفْسَهُ يُرِيدُ أَنْ يَفْتَدِيَ نَفْسَهُ وَيُعْطِيَ

عِوَضًا عَنْ خِدْمَتِهِ وَإِنْ كَانَتْ مَجْهُولَةً لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَخَلُّصِ رَقَبَتِهِ وَتَعَجُّلِ عِتْقِهِ وَلَا يَنْقُضُ ذَلِكَ عَقْدَ التَّدْبِيرِ وَلَا يُبْطِلُ بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى حُكْمِهِ وَإِنَّمَا يَسْقُطُ بِمَا يَدْفَعُهُ الْعَبْدُ إلَى سَيِّدِهِ فَإِنْ كَانَ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ مِنْ الْخِدْمَةِ وَالرِّقّ فَإِنْ قَاطَعَهُ عَلَى تَعْجِيلِ الْعِتْقِ بِمَالٍ مُعَجَّلٍ قَبَضَهُ سَيِّدُهُ عَتَقَ مَكَانَهُ وَلَا تِبَاعَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَاطَعَهُ عَلَى تَعْجِيلِ الْعِتْقِ بِمَالٍ مُؤَجَّلٍ أَوْ حَالٍّ فَمَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَتَرَكَ مَالًا فَإِنَّهُ حُرٌّ وَيَتْبَعُ بِالْقَطَاعَةِ رَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ تَعَجَّلَ الْعِتْقَ وَأَزَالَ عَنْ نَفْسِهِ الرِّقَّ بِمَالٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَوْ يُعْطِي أَحَدٌ سَيِّدَ الْمُدَبَّرِ مَالًا يُعْتِقُهُ سَيِّدُهُ الَّذِي دَبَّرَهُ يُرِيدُ أَنَّ أَجْنَبِيًّا أَعْطَاهُ مَالًا عَلَى تَعْجِيلِ عِتْقِهِ وَلَوْ أَعْطَاهُ مَالًا عَلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ الْأَجْنَبِيُّ بَقِيَّةَ مُدَّةِ الْخِدْمَةِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَمَلٌ مَجْهُولٌ وَهُوَ الَّذِي قَالَ مَالِكٌ لَا يَجُوزُ بَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ لَا يَدْرِي كَمْ يَعِيشُ سَيِّدُهُ وَأَمَّا لَوْ كَانَ الِاسْتِئْجَارُ لِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ مَأْمُونَةٍ لَجَازَ ذَلِكَ مِثْلَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ لِيَخْدُمَهُ شَهْرًا أَوْ سَنَةً فَذَلِكَ جَائِزٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَجَرَهُ مُدَّةَ سَنَةٍ فَقَبَضَ الْإِجَارَةَ، ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ الْمُسْتَأْجِرُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ مَا أَخَذَ مِنْ إجَارَتِهِ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ لَمْ يَتْبَعْ مِنْهُ شَيْءٌ وَاسْتَخْدَمَهُ الْمُسْتَأْجِرُ سَنَةً، ثُمَّ يَعْتِقُ ثُلُثُهُ وَيَرِقُّ ثُلُثَاهُ وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ لَا تُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ بِيعَ مِنْهُ ثُلُثُهُ فَرُفِعَ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَسْتَخْدِمُ الْمُسْتَأْجِرُ ثُلُثَيْهِ فَإِنْ فَضَلَ مِنْ الثُّلُثِ عَنْ ثُلُثِ الْأُجْرَةِ شَيْءٌ عَتَقَ قَالَ مُحَمَّدٌ أَحَبُّ إلَيْنَا أَنْ لَا يُبَاعَ مِنْهُ شَيْء وَلَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ دِينَارًا وَاحِدًا وَثَمَنُهُ وَاسِعًا حَتَّى تَتِمَّ السَّنَةُ فَعَتَقَ ثُلُثُهُ قَالَ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ مِنْهُ شَيْءٌ لِدَيْنِ الْإِجَارَةِ إلَّا إنْ كَانَ فِي بَاقِيهِ حُجَّةٌ لِدَيْنِ الْإِجَارَةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ إذَا كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَدَبَّرَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ وَلَا يُقَالُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَلَا بِغَيْرِ إذْنِهِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ يَتَقَاوَمَانِهِ فَيَكُونُ رَقِيقًا كُلَّهُ، أَوْ مُدَبَّرًا كُلَّهُ، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْمُوَطَّأِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ أَيْضًا مَالِكٌ إنْ شَاءَ الْآخَرُ قَوَّمَ عَلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ قَاوَمَاهُ وَقَالَ أَيْضًا إنْ شَاءَ تَرَكَ نِصْفَهُ مُدَبَّرًا يُرِيدُ وَيَتَمَاسَكُ هُوَ بِحِصَّتِهِ عَلَى الرِّقِّ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ بَقِيَ نِصْفُهُ مُدَبَّرًا وَلَا حُجَّةَ لِلْعَبْدِ فِي التَّقْوِيمِ فَاقْتَضَى هَذَا أَنَّ التَّدْبِيرَ الْمَذْكُورَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ كَانَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَجْهُ الْقَوْلِ بِالْمُقَاوَمَةِ أَنَّهُ قَدْ أَدْخَلَ فِيهِ بَعْضَ الْمِلْكِ بِمَا عَقَدَ فِيهِ مِنْ الْعَقْدِ اللَّازِمِ الَّذِي يُؤَدِّي غَالِبًا إلَى الْعِتْقِ وَلَمْ

يَلْزَمْ أَنْ يُقَوَّمَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ عِتْقٌ لَمْ يَكْمُلْ وَلَمْ يَلْزَمْ لُزُومًا ثَابِتًا فَإِنَّهُ رُبَّمَا رَقَّ بَعْدَ الْمَوْتِ بِالدَّيْنِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي بِالتَّخْيِيرِ بَيْنَ الْمُقَاوَمَةِ وَالتَّقْوِيمِ أَنَّ النَّقْصَ الَّذِي أُدْخِلَ عَلَيْهِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مَحْضَ الْعِتْقِ كَانَ لِلشَّرِيكِ الْخِيَارُ بَيْنَ التَّقْوِيمِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مِنْ جِهَةِ الْعِتْقِ وَبَيْنَ الْمُقَاوَمَةِ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ لَمْ يَلْزَمْ بَعْدُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ أَنَّ النَّقْصَ لَمَّا لَمْ يَتَقَرَّرْ فِيهِ الْعِتْقُ وَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ مِنْ غَيْرِ عِتْقٍ كَانَ لِلشَّرِيكِ الرِّضَا بِهِ، أَوْ التَّقْوِيمُ. وَقَدْ رَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ رِوَايَةً رَابِعَةً أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إلَّا تَقْوِيمُ حِصَّةِ الشَّرِيكِ عَلَى الَّذِي

(47/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ نَصْرَانِيًّا فَأَسْلَمَ الْعَبْدُ قَالَ مَالِكٌ يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَبْدِ وَيُخَارَجُ عَلَى سَيِّدِهِ النَّصْرَانِيِّ وَلَا يُبَاعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ فَإِنْ هَلَكَ النَّصْرَانِيُّ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ قُضِيَ دَيْنُهُ مِنْ ثَمَنِ الْمُدَبَّرِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَالِهِ مَا يَحْمِلُ الدَّيْنَ فَيَعْتِقَ الْمُدَبَّرُ) .

جِرَاحُ الْمُدَبَّرِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى فِي الْمُدَبَّرِ إذَا جَرَحَ أَنَّ لِسَيِّدِهِ أَنْ يُسَلِّمَ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ إلَى الْمَجْرُوحِ فَيَخْتَدِمَهُ الْمَجْرُوحُ وَيُقَاصَّهُ بِجِرَاحِهِ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ فَإِنْ أَدَّى قَبْلَ أَنْ يَهْلِكَ سَيِّدُهُ رَجَعَ إلَى سَيِّدِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبَّرِ إذَا جَرَحَ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ أَنَّهُ يَعْتِقُ ثُلُثُهُ، ثُمَّ يُقْسَمُ عَقْلُ الْجُرْحِ أَثْلَاثًا فَيَكُونُ ثُلُثُ الْعَقْلِ

[المنتقى]

دَبَّرَ إذَا كَانَ مُوسِرًا اعْتِبَارًا بِالْعِتْقِ إلَّا أَنْ يَشَاءَ الشَّرِيكُ أَنْ يُدَبِّرَ فَيَكْمُلَ التَّدْبِيرُ عَلَى حَسَبِ مَا يَكُونُ فِي الْعِتْقِ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ دَبَّرَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَيْسَ لِلْمُتَمَسِّكِ الرِّضَا بِذَلِكَ وَلَا بُدَّ مِنْ الْمُقَاوَمَةِ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ قَالَا لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلْعَبْدِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ دَبَّرَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ وَأَعْتَقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتَقِ وَسَقَطَ وَلَاءُ التَّدْبِيرِ لِضَعْفِهِ، رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ وَغَيْرُهُ وَكُبَرَاءُ أَصْحَابِنَا وَلَوْ كَانَ الْعِتْقُ مُؤَجَّلًا قُوِّمَ عَلَيْهِ وَعَتَقَ إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ

وَأَشْهَبُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ دَبَّرَ بَعْضَ عَبْدِهِ يَحْمِلُ عَلَيْهِ تَدْبِيرَ جَمِيعِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّهُ بَعْضُ عِتْقِ مَا يَمْلِكُهُ كَالْعِتْقِ الْبَتْلِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ النَّصْرَانِيَّ إذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ النَّصْرَانِيَّ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ انْتَهَى إلَى حُكْمٍ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ يُنْظَرُ فِيهِ عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدبَّرِ فَيَلْزَمُ نَمَاؤُهُ عَلَى حُكْمِ التَّدْبِيرِ لَكِنَّهُ تُزَالُ يَدُ السَّيِّدِ عَنْهُ وَيُخَارَجُ لَهُ؛ لِأَنَّ الَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ مَنَافِعُهُ فَيُمْنَعُ مِنْ مُبَاشَرَةِ اسْتِيفَائِهَا وَيُبَاعُ مِنْ غَيْرِهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَيَسْتَوْفِيهَا وَيَدْفَعُ إلَيْهِ ثَمَنَهَا فَإِنْ مَاتَ النَّصْرَانِيُّ عَنْ دَيْنٍ يَسْتَغْرِقُ مَالَهُ بِيعَ الْمُدَبَّرِ وَقُضِيَ مِنْهُ دَيْنُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أُعْتِقَ فِي ثُلُثِهِ، أَوْ مَا حَمَلَ مِنْهُ ثُلُثَهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَفْعَلُ لَوْ كَانَ السَّيِّدُ مُسْلِمًا لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إلَّا فِي إزَالَةِ يَدِهِ عَنْهُ وَمَنْعِهِ مِنْ اسْتِخْدَامِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ لِنَصْرَانِيٍّ فَدَبَّرَهُ النَّصْرَانِيُّ فَفِي الْمُزَنِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي حَازِمٍ يُبَاعُ عَلَيْهِ وَلَا يَنْفَعُهُ تَدْبِيرُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ مِلْكُهُ حِينَ أَسْلَمَ، وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُبَاعُ عَلَيْهِ وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ وَيُخَارَجُ عَلَيْهِ وَإِخْرَاجُهُ مِنْ يَدِهِ يُقَوَّمُ مَقَامَ بَيْعِهِ عَلَيْهِ وَإِبْقَاؤُهُ عَلَى حُكْمِ الْعِتْقِ أَفْضَلُ مِنْ بَيْعِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ رَدٌّ لَهُ إلَى الرِّقِّ فَإِنْ مَاتَ النَّصْرَانِيُّ وَخَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَرَكَ دَيْنًا يَغْتَرِقُهُ بِيعَ وَقُضِيَ مِنْهُ ثَمَنُهُ وَكَانَ بَيْعُهُ الْآنَ كَبَيْعِهِ يَوْمَ دَبَّرَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[جِرَاحُ الْمُدَبَّرِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا جَرَحَ فَإِنَّ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُسَلِّمَ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ وَهُوَ خِدْمَتُهُ وَأَمَّا رَقَبَتُهُ فَقَدْ تَعَلَّقَ بِهَا حُكْمُ عِتْقٍ لَا يُمْكِنُ إزَالَتُهُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ فَإِنْ افْتَكَّهُ فِي الْجِنَايَةِ فَهُوَ عَلَى التَّدْبِيرِ وَإِنْ أَسْلَمَهُ خُدِمَ فِي الْجِنَايَةِ فَإِنْ أَدَّى أَرْشَهَا بِخِدْمَتِهِ قَبْلَ وَفَاةِ السَّيِّدِ رَجَعَ إلَى سَيِّدِهِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ التَّدْبِيرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ مُدَبَّرَةً حَامِلًا جَرَحَتْ رَجُلًا فَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُخَيَّرُ سَيِّدُهَا إذَا وَضَعَتْ فَإِنْ فَدَاهَا فَهِيَ عَلَى حُكْمِ التَّدْبِيرِ وَإِنْ أَسْلَمَهَا بِغَيْرِ وَلَدٍ فَخَدَمَتْ فِي الْجُرْحِ فَإِنْ أَدَّتْ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا

رَجَعَتْ إلَيْهِ وَإِنْ لَمْ تُؤَدِّ حَتَّى مَاتَ سَيِّدُهَا وَخَرَجَتْ هِيَ وَوَلَدُهَا عَنْ الثُّلُثِ أُتْبِعَتْ بِبَقِيَّةِ الْأَرْشِ، وَإِنْ ضَاقَ الثُّلُثُ عَتَقَ مِنْهَا وَمِنْ وَلَدِهَا بِالْحِصَصِ وَتَبِعَ مَا عَتَقَ مِنْهَا بِحِصَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ وَيُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ فِي إسْلَامِ مَا رَقَّ مِنْهَا، أَوْ افْتِدَائِهَا بِمَا عَلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ عَنْ دَيْنٍ بِيعَ مِنْهَا مِنْ وَلَدِهَا بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَبِيعَ مِنْهَا خَاصَّةً بِقَدْرِ دِيَةِ الْجُرْحِ.

(48/7)

عَلَى الثُّلُثِ الَّذِي عَتَقَ مِنْهُ وَيَكُونُ ثُلُثَاهُ عَلَى الثُّلُثَيْنِ اللَّذَيْنِ بِأَيْدِي الْوَرَثَةِ إنْ شَاءُوا أَسْلَمُوا الَّذِي لَهُمْ فِيهِ إلَى صَاحِبِ الْجُرْحِ، وَإِنْ شَاءُوا أَعْطَوْهُ ثُلُثَيْ الْعَقْلِ وَأَمْسَكُوا نَصِيبَهُمْ مِنْ الْعَبْدِ وَذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ إنَّمَا كَانَتْ جِنَايَةً مِنْ الْعَبْدِ وَلَمْ يَكُنْ دَيْنًا عَلَى السَّيِّدِ فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الَّذِي أَحْدَثَ الْعَبْدُ بِالَّذِي يَبْطُلُ مَا صَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ عِتْقِهِ وَتَدْبِيرِهِ فَإِنْ كَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ مَعَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ بِيعَ مِنْ الْمُدَبَّرِ بِقَدْرِ عَقْلِ الْجُرْحِ وَقَدْرِ الدَّيْنِ، ثُمَّ يُبْدَأُ بِالْعَقْلِ الَّذِي كَانَ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ فَيُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ الْعَبْدِ فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ وَذَلِكَ أَنَّ جِنَايَةَ الْعَبْدِ هِيَ أَوْلَى مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا هَلَكَ وَتَرَكَ عَبْدًا مُدَبَّرًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ وَمِائَةُ دِينَارٍ وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ شَجَّ رَجُلًا حُرًّا مُوضِحَةً عَقْلُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا، أَوْ كَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مِنْ الدَّيْنِ خَمْسُونَ دِينَارًا قَالَ مَالِكٌ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالْخَمْسِينَ دِينَارًا الَّتِي فِي عَقْلِ الشَّجَّةِ فَتُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إلَى مَا بَقِيَ مِنْ الْعَبْدِ فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ فَالْعَقْلُ أَوْجَبُ فِي رَقَبَتِهِ مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَدَيْنُ سَيِّدِهِ أَوْجَبُ مِنْ التَّدْبِيرِ الَّذِي إنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ شَيْءٌ مِنْ التَّدْبِيرِ وَعَلَى سَيِّدِ الْمُدَبَّرِ دَيْنٌ لَمْ يُقْضَ وَإِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 12] قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ مَا يَعْتِقُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ كُلُّهُ عَتَقَ وَكَانَ عَقْلُ جِنَايَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَقْلُ الدِّيَةَ كَامِلَةً وَذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا جَرَحَ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ يُرِيدُ وَلَا دَيْنٌ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ عَلَى الْمُعْتَقِ مِنْهُ ثُلُثُ الْعَقْلِ وَيُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ فِيمَا رَقَّ مِنْهُ وَهُوَ ثُلُثَاهُ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكُّوا

ثُلُثَيْ الْعَقْلِ أَوْ يُسَلِّمُوهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالْعَبْدِ وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِنْهُ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ إلَّا خِدْمَتَهُ فَتَعَلَّقَتْ بِذَلِكَ الْجِنَايَةُ وَبَعْدَ سَيِّدُهُ هُوَ مِنْ الثُّلُثِ فَإِنْ عَتَقَ ثُلُثُهُ فَثُلُثُ الدِّيَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا دِيَةٌ تَعَلَّقَتْ بِجُزْءٍ فَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ وَإِذَا اسْتَرَقَّ ثُلُثَاهُ تَعَلَّقَتْ الْجِنَايَةُ بِالثُّلُثَيْنِ تَعَلُّقَهَا بِالْعَبْدِ فَصَارَ الثُّلُثُ لَهُ فِي الْجِنَايَةِ حُكْمُ الْأَحْرَارِ وَلِلثُّلُثَيْنِ حُكْمُ الْعَبْدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ بِيعَ مِنْهُ لِلْجِنَايَةِ وَالدَّيْنِ إلَى آخِرِ الْفَصْلِ يُرِيدُ أَنَّ مَا تَقَدَّمَ مِنْ عِتْقِ الثُّلُثِ وَتَخْيِيرِ الْوَرَثَةِ فِي تَسْلِيمِ الثُّلُثَيْنِ حُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَى سَيِّدِهِ وَأَمَّا إنْ كَانَ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا غَيْرَ الْمُدَبَّرِ فَإِنَّهُ يُبَاعُ مِنْهُ لِلدَّيْنِ وَإِذَا بِيعَ لِلدَّيْنِ وَالْجِنَايَةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهِ وَجَبَ أَنْ يُبَاعَ لَهَا، وَإِنَّمَا جَازَ أَنْ يُبَاعَ الْمُدَبَّرُ فِي الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ.

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 12] وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ الدَّيْنَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَالْمُدَبَّرُ لَهُ حُكْمٌ ثَابِتٌ بِالْوَصِيَّةِ فَاخْتُصَّ بِالثُّلُثِ فَكَانَ الدَّيْنُ مُقَدَّمًا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَ تَأْثِيرُ الدَّيْنِ فِي بَيْعِ الْمُدَبَّرِ أَقْوَى مِنْ تَأْثِيرِ الْجِنَايَةِ لَمَّا اخْتَصَّ الدَّيْنُ بِبَيْعِ الْمُدَبَّرِ دُونَ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ لَهُ مَحَلٌّ غَيْرَ جِهَةِ السَّيِّدِ وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا غَيْرُ الْعَبْدِ وَأَمَّا الْجِنَايَةُ فَتَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْمُدَبَّرِ تَارَةً وَتَارَةً بِذِمَّتِهِ وَتَارَةً بِخِدْمَتِهِ فَكَانَ لِلدَّيْنِ مِنْ التَّأْثِيرِ فِي وُجُوبِ الْبَيْعِ مَا لَمْ يَكُنْ لِلْجِنَايَةِ وَلَا غَيْرِهَا فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ وَبِيعَ لِلْجِنَايَةِ وَالدَّيْنِ غُرِمَ الدِّينَ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَصٌّ بِتِلْكَ الْعَيْنِ فَإِذَا اقْتَضَيَا جَمِيعًا

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَبَّرِ إذَا جَرَحَ رَجُلًا فَأَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ إلَى الْمَجْرُوحِ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ مَالًا غَيْرَهُ فَقَالَ الْوَرَثَةُ نَحْنُ نُسَلِّمُهُ إلَى صَاحِبِ الْجُرْحِ وَقَالَ صَاحِبُ الدَّيْنِ أَنَا أَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا زَادَ الْغَرِيمُ شَيْئًا فَهُوَ أَوْلَى بِهِ وَيُحَطُّ عَنْ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ قَدْرُ مَا أَزَادَ الْغَرِيمُ عَلَى دِيَةِ الْجُرْحِ فَإِنْ لَمْ يَزِدْ شَيْئًا لَمْ يَأْخُذْ الْعَبْدُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَبَّرِ إذَا جَرَحَ وَلَهُ مَالٌ فَأَبَى سَيِّدُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهُ فَإِنَّ الْمَجْرُوحَ يَأْخُذُ مَالَ الْمُدَبَّرِ فِي دِيَةِ جُرْحِهِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ وَفَاءٌ اسْتَوْفَى الْمَجْرُوحُ دِيَةَ جُرْحِهِ وَرُدَّ الْمُدَبَّرُ إلَى سَيِّدِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَفَاءٌ أَقْبَضَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ وَاسْتَعْمَلَ الْمُدَبَّرَ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ) .

مَا جَاءَ فِي جِرَاحِ أُمِّ الْوَلَدِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي أُمِّ الْوَلَدِ تَجْرَحُ إنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ ضَامِنٌ عَلَى سَيِّدِهَا فِي مَالِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ عَقْلُ ذَلِكَ الْجُرْحِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ فَلَيْسَ عَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يُخْرِجَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوْ الْوَلِيدَةِ إذَا أَسْلَمَ وَلِيدَتَهُ أَوْ غُلَامَهُ بِجُرْحٍ أَصَابَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ كَثُرَ الْعَقْلُ فَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِمَا مَضَى فِي ذَلِكَ مِنْ السُّنَّةِ فَإِنَّهُ إذَا أَخْرَجَ قِيمَتَهَا فَكَأَنَّهُ أَسْلَمَهَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا) .

[المنتقى]

وَفَضَلَتْ مِنْ الْعَبْدِ فَضْلَةٌ عَتَقَ ثُلُثُ تِلْكَ الْفَضْلَةِ وَرَقَّ لِلْوَرَثَةِ ثُلُثَاهَا.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ مَا يَعْتِقُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ أَدَاءِ مَا عَلَى سَيِّدِهِ مِنْ الدَّيْنِ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِ السَّيِّدِ وَاتُّبِعَ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ فِي ذِمَّتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ تَعَلُّقَ الْجِنَايَةِ بِهِ تَعَلُّقَهَا بِالْأَحْرَارِ فَاخْتُصَّتْ بِذِمَّتِهِ وَإِنْ كَانَتْ دِيَةً كَامِلَةً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قَتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقْتُلَهُ عَمْدًا، أَوْ خَطَأً فَإِنْ قَتَلَهُ عَمْدًا فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ لَا يَعْتِقُ فِي ثُلُثِ مَالٍ وَلَا دِيَةٍ وَيُبَاعُ وَلَا يَتْبَعُ بِشَيْءٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا تَقَدَّمَ فِي الْمَوَارِيثِ أَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَسْتَعْجِلَ الْمِيرَاثَ بِقَتْلِ مَوْرُوثِهِ فَمَنَعَهُ وَهَذَا أَرَادَ أَنْ يَسْتَعْجِلَ تَدْبِيرَهُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ فَمَنَعَهُ فَإِذَا لَمْ يَعْتِقْ مِنْ مَالٍ وَلَا دِيَةٍ اسْتُرِقَّ وَإِذَا اسْتُرِقَّ لَمْ يَتْبَعْ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَتْبَعُ بِمَا جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ وَلَا يَتْبَعُ سَيِّدُهُ بِمَا جَنَى عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ قَتَلَهُ خَطَأً عَتَقَ فِي الْمَالِ دُونَ الدِّيَةِ مِنْ الْمَوَّازِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَجَّلَ بِقَتْلِ الْخَطَأِ فَمَنَعَ الِانْتِفَاعَ بِالدِّيَةِ لِوُجُوبِهَا عَلَيْهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ فَإِنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا جَرَحَ وَأَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ وَمَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُنَازِعُ فِي الْمُدَبَّرِ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ وَالْغُرَمَاءُ فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَوْلَى بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَحَلَّ لِجِنَايَتِهِ غَيْرُ الْعَبْدِ، وَالْغُرَمَاءُ مَحَلُّ دُيُونِهِمْ ذِمَّةُ السَّيِّدِ فَقُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْعَبْدِ إلَّا أَنْ يَزِيدَ الْغُرَمَاءُ عَلَى أَرْشِ الْجِنَايَةِ شَيْئًا يَحُطُّ عَنْ

الْمُتَوَفَّى بِهِ بَعْضَ دَيْنِهِ وَيَكُونُ الْغُرَمَاءُ أَحَقَّ بِدَيْنِ الْعَبْدِ بِأَرْشِ الْجُرْحِ وَبِالزِّيَادَةِ فَيُدْفَعُ إلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَرْشَ جُرْحِهِ وَيُحَطُّ عَنْ الْمَيِّتِ مِنْ دَيْنُ الْغُرَمَاءِ مَا عَلَيْهِ بِقَدْرِ تِلْكَ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّ قِيمَةَ الْعَبْدِ قَدْ زَادَتْ بِالزِّيَادَةِ عَلَى أَرْشِ الْجِنَايَةِ لَا مَضَرَّةَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ أَرْشَ جُرْحِهِ وَيَنْحَطُّ بِالزِّيَادَةِ عَنْ الْمُتَوَفَّى بَعْضَ دَيْنِهِ؛ لِأَنَّ الْمُتَوَفَّى لَوْ سَلَّمَ أَرْشَ الْجُرْحِ لَكَانَ لَهُ التَّمَسُّكُ بِالْعَبْدِ فَإِذَا كَانَ فِي فِعْلِ الْغُرَمَاءِ ذَلِكَ مَنْفَعَةٌ لَهُ فِي تَخْفِيفِ دَيْنِهِ كَانَ ذَلِكَ لِغُرَمَائِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إنَّ الْمُدَبَّرَ إذَا جَرَحَ وَلَهُ مَالٌ وَلَمْ يَفْتَدِهِ سَيِّدُهُ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي أَرْشَ الْجُرْحِ مِنْ مَالِ الْمُدَبَّرِ وَيُرَدُّ إلَى سَيِّدِهِ وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِأَنَّ عَقْدَ التَّدْبِيرِ لَازِمٌ لَا يَنْقُصُ وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُ الْمُدَبَّرُ إلَّا بِأَمْرٍ لَا بُدَّ مِنْهُ وَلَمَّا كَانَ لِلْمُدَبَّرِ مَالٌ يُؤَدَّى مِنْهُ أَرْشُ جِنَايَتِهِ لَمْ يَنْقَضِ عَقْدُ تَدْبِيرِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي جِرَاحِ أُمِّ الْوَلَدِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إذَا جَنَتْ فَإِنَّ عَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يُؤَدِّيَ مِنْ مَالِهِ أَرْشَ جِنَايَتِهَا

(50/7)

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْقَسَامَةِ) (تَبْدِئَةُ أَهْلِ الدَّمِ فِي الْقَسَامَةِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رِجَالٌ مِنْ كُبَرَاءِ قَوْمِهِ «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إلَى خَيْبَرَ مِنْ جَهْدٍ أَصَابَهُمْ فَأُتِيَ مُحَيِّصَةُ فَأُخْبِرَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ وَطُرِحَ فِي فَقِيرِ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ فَأَتَى يَهُودَ فَقَالَ أَنْتُمْ وَاَللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ فَقَالُوا وَاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ فَأَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ، ثُمَّ أَقْبَلَ هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ فَذَهَبَ مُحَيِّصَةُ لِيَتَكَلَّمَ وَهُوَ الَّذِي كَانَ بِخَيْبَرَ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَبِّرْ كَبِّرْ يُرِيدُ السِّنَّ فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إمَّا أَنْ تَدُوا صَاحِبَكُمْ وَإِمَّا أَنْ تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ فَكَتَبَ إلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي ذَلِكَ فَكَتَبُوا إنَّا وَاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ فَقَالُوا لَا قَالَ أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ قَالُوا لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ عِنْدِهِ فَبَعَثَ إلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمْ الدَّارَ قَالَ سَهْلٌ لَقَدْ رَكَضَتْنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ» قَالَ مَالِكٌ الْفَقِيرُ هُوَ الْبِئْرُ قَالَ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ

بْنَ سَهْلٍ الْأَنْصَارِيَّ وَمُحَيِّصَةَ بْنَ مَسْعُودٍ خَرَجَا إلَى خَيْبَرَ فَتَفَرَّقَا فِي حَوَائِجِهِمَا فَقُتِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ فَقَدِمَ مُحَيِّصَةُ فَأَتَى هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ إلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ لِمَكَانِهِ مِنْ أَخِيهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَبِّرْ كَبِّرْ فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةَ فَذَكَرَا شَأْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ نَشْهَدْ وَلَمْ نَحْضُرْ لَهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَتُبَرِّئُكُمْ

[المنتقى]

إلَّا أَنْ يَكُونَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا قِيمَتُهَا؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ أَمَةً لَكَانَ لَهُ تَسْلِيمُهَا فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِعَقْدِ الْعِتْقِ الَّذِي لَا يَصِحُّ نَقْضُهُ إلَى رِقٍّ وَلَا اسْتِخْدَامٍ نَابَ عَنْ ذَلِكَ إخْرَاجُ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ مِنْ رَقَبَتِهَا، وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُدَبَّرَةِ أَنَّ لِلسَّيِّدِ اسْتِخْدَامَ أُمِّ الْوَلَدِ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يُسَلِّمَ خِدْمَةَ الْمُدَبَّرَةِ وَلَا يُسَلِّمُ خِدْمَةَ أُمِّ الْوَلَدِ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَسْتَرِقُّ بِوَجْهٍ وَالْمُدَبَّرَةُ قَدْ تَسْتَرِقُّ لِدَيْنٍ، أَوْ يَسْتَرِقُّ بَعْضُهَا لِضِيقِ الثُّلُثِ فَلِذَلِكَ جَازَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَ خِدْمَةَ الْمُدَبَّرَةِ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يُؤَدِّي إلَى اقْتِضَاءِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ مِنْ ثَمَنِهَا إنْ مَاتَ سَيِّدُهَا عَنْ دَيْنٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَ أُمَّ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ اسْتِرْقَاقُهَا بِدَيْنٍ وَلَا غَيْرِهِ فَلَا يَتَأَدَّى أَرْشُ الْجِنَايَةِ مِنْ جِهَتِهَا بِوَجْهٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(51/7)

يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ تَقْبَلُ أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارٍ قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ فَزَعَمَ بُشَيْرُ بْنُ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَدَاهُ مِنْ عِنْدِهِ»)

[المنتقى]

[كِتَابُ الْقَسَامَةِ] [تَبْدِئَةُ أَهْلِ الدَّمِ فِي الْقَسَامَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ مُحَيِّصَةُ أَتَى فَأَخْبَرَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَخْبَرَهُ مَنْ عَايَنَ قَتْلَهُ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَمِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْعَدْلِ، أَوْ يَكُونَ أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ مَنْ وَجَدَهُ مَقْتُولًا وَلَمْ يُعَايِنْ مَنْ قَتَلَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَقِيَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ قَائِمًا يَتَكَلَّمُ فِيهِ وَيَقُولُ قَتَلَنِي يَهُودُ وَوُصِفَ بِأَنَّهُ قَتِيلٌ بِمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ

أُنْفِذَتْ مَقَاتِلُهُ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو قِلَابَةَ «أَنَّ نَفَرًا مِنْ الْأَنْصَارِ تَحَدَّثُوا فَخَرَجَ رَجُلٌ مِنْهُمْ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ فَقُتِلَ فَخَرَجُوا بَعْدَهُ فَإِذَا بِصَاحِبِهِمْ يَتَشَحَّطُ فِي الدَّمِ، وَذَكَرَ حَدِيثَ الْقَسَامَةِ» وَفِيهِ تَبْدِئَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ بِالْأَيْمَانِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَكُونُ إلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا أَنْ يَقُولَ الْمَقْتُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ، أَوْ يَكُونُ لَوْثٌ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الْقَتْلِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَاطِعَةً فَأَمَّا قَوْلُ الْمَقْتُولِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الْقَسَامَةَ عِنْدَ مَالِكٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ تَعَلَّقَ مَالِكٌ وَمَنْ نَصَرَ مَذْهَبَهُ فِي ذَلِكَ بِخَبَرِ الْحَارِثِيَّيْنِ وَأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى فِي ذَلِكَ بِالْقَسَامَةِ وَمَا لَيْسَ فِيهِ أَمْرٌ قَاطِعٌ عَلَى أَنَّ الْمَقْتُولَ قَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَلَا عَلَى أَنَّهُ شَهِدَ بِقَتْلِهِ شَاهِدٌ.

وَالْحَدِيثُ مُحْتَمِلٌ وَقَدْ رَوَى بُشَيْرُ بْنُ يَسَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ لَهُمْ تَأْتُونَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ قَالُوا مَا لَنَا بَيِّنَةٌ فَقَالَ أَتَحْلِفُونَ» فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا مَا لَنَا بَيِّنَةٌ نَسْتَحِقُّ بِهَا الْقِصَاصَ وَإِنْ كَانَ لَهُمْ لَوْثٌ تُسْتَحَقُّ بِهِ الْقَسَامَةُ وَقَدْ أَشَارَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إلَى التَّعَلُّقِ بِالْعَدَاوَةِ وَأَنَّ لَهَا تَأْثِيرًا فِي إيجَابِ الْقَسَامَةِ فَفِي النَّوَادِرِ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَلَمْ يَدْعُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْحَارِثِيَّيْنِ إلَى الْأَيْمَانِ حَتَّى ادَّعَوْا عَلَى الْيَهُودِ الْقَتْلَ وَكَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْيَهُودِ عَدَاوَةٌ ظَاهِرَةٌ وَأَمْرٌ قَوَّى دَعْوَاهُمْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فَإِنْ قِيلَ قَدْ يَدَّعِي الْمَقْتُولُ عَلَى بَعْضِ مَنْ يُعَادِيهِ وَلَمْ يَكُنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْعَدَاوَةِ يَزِيدُ فِي الظِّنَّةِ وَاللَّطْخِ وَيُقَوِّي قَوْلَهُ مَعَ الْأَيْمَانِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَقْصِدُ إلَى قَتْلِهِ إلَّا عَدُوٌّ وَأَنَّهُ لَا عَدُوَّ أَعْدَى إلَيْهِ مِنْ قَاتِلِهِ فَجَعَلَ أَيْضًا لِلْعَدَاوَةِ تَأْثِيرًا فِي حُكْمِ الْقَسَامَةِ وَحَكَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ قَالَ وَيُوجِبُهَا مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ بِأَمْرَيْنِ مِثْلَ أَنْ يُرَى مُتَلَطِّخًا بِدَمٍ جَاءَ مِنْ مَكَانٍ كَانَ فِيهِ الْقَتِيلُ لَيْسَ فِيهِ مَعَهُ غَيْرُهُ فَعَلَى هَذَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ وُجِدَ مَقْتُولًا وَبِالْقُرْبِ مِنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ الْيَهُودِ ولَيْسَ بِذَلِكَ الْمَكَانِ غَيْرُهُمْ وَبِهِ مِنْ أَثَرِ سُرْعَةِ الْقَتْلِ مَا يَقْتَضِي أَنَّ الْقَاتِلَ لَهُ لَمْ يَبْعُدْ مِنْهُ.

وَقَدْ ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ أَنَّ الْمُوجِبَ لِلْقَسَامَةِ فِي قِصَّةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ أَنَّهُ وُجِدَ مَقْتُولًا بِخَيْبَرَ وَمَنْ وَجَدَ الْقَتِيلُ بِمَحَلَّةِ قَوْمٍ وَبِهِ أَثَرُ جُرْحٍ فَهُوَ لَوْثٌ.

وَقَالَ مَالِكٌ لَا يُوجِبُ ذَلِكَ قَوَدٌ، أَوْ لَا دِيَةَ وَلَا قَسَامَةَ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَشَأْ قَوْمٌ أَذِيَّةَ قَوْمٍ إلَّا أَلْقَوْا قَتِيلًا بِمَحَلَّتِهِمْ يُرِيدُ أَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَقْتُلَهُ غَيْرُهُمْ وَإِذَا أَمْكَنَ ذَلِكَ بَلْ هُوَ الْأَظْهَرُ فَإِنْ كَانَ مَنْ يَقْتُلُهُ لَا يَتْرُكُهُ بِحَيْثُ يُتَّهَمُ هُوَ بِهِ مَا أَمْكَنَهُ ذَلِكَ فَيَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ ذَلِكَ شُبْهَةً تُوجِبُ عَلَيْهِمْ حُكْمًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «وَأَنَّهُ طُرِحَ فِي فَقِيرِ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ» الْفَقِيرُ الْحَقِيرُ يُتَّخَذُ فِي السِّرْبِ الَّذِي يُصْنَعُ لِلْمَاءِ تَحْتَ الْأَرْضِ

يُحْمَلُ فِيهِ الْمَاءُ مِنْ مَوْضِعٍ إلَى غَيْرِهِ فَيُعْمَلُ عَلَيْهِ أَفْوَاهٌ كَأَفْوَاهِ الْآبَارِ مُنَافِسٌ عَلَى السِّرْبِ بِتِلْكَ الْآبَارِ هِيَ الْفَقْرُ وَاحِدُهَا فَقِيرٌ وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ الْمَاءُ مَحْمُولًا فِي السِّرْبِ مِنْ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَأَمَّا يَهُودُ فَقَالَ أَنْتُمْ وَاَللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ» يَقْتَضِي قَسَمُهُ بِذَلِكَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَدْ يَتَيَقَّنُ ذَلِكَ بِخَبَرِ مُخْبِرٍ أَوْ مُخْبِرَيْنِ وَبِمَا اقْتَرَنَ بِذَلِكَ مِنْ شَوَاهِدِ الْحَالِ وَالثَّانِي أَنَّهُ أَضَافَ ذَلِكَ إلَى ظَنِّهِ وَمُعْتَقَدِهِ وَمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ فَأَرَادَ أَنْتُمْ وَاَللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ فِيمَا أَعْتَقِدُهُ، فَقَالَتْ يَهُودُ وَاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ مُقَابَلَةً لِإِتْيَانِهِ بِالنَّفْيِ وَيَمِينِهِ بِيَمِينٍ تَضَادُّهُمَا لَا عَلَى يَمِينٍ مُخْتَصَّةٍ تُوجِبُ عَلَيْهِمْ حُكْمًا وَلِأَنَّ يَمِينَهُمْ يَنْفِي عَنْهُمْ حُكْمًا؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ لَمْ تُقْبَضْ وَلَا اسْتَوْفَاهَا طَالِبٌ وَلَا مُطَالِبٌ وَلَا بُدَّ فِي الْأَيْمَانِ الَّتِي تُوجِبُ الْحُقُوقَ أَنْ يَنْفِيَهَا مِنْ أَنْ

. . . .

[المنتقى]

يَقْتَضِيَهَا مُسْتَحَقُّهَا وَإِلَّا لَمْ يَثْبُتْ بِذَلِكَ عَلَيْهِمْ حُكْمًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَأَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ» يُرِيدُ بِالْمَدِينَةِ وَقَوْمُهُ بَنُو حَارِثَةَ مِنْ الْأَنْصَارِ فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ يُرِيدُ شَأْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ وَمَا جَرَى عَلَيْهِ وَمَا عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ فَأَقْبَلَ هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ وَهُمَا مِنْ بَنِي حَارِثَةَ وَعَبْدُ اللَّهِ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ مِنْ بَنِي حَارِثَةَ أَيْضًا قَالَ «وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ» يُرِيدُ أَنَّ حُوَيِّصَةَ أَكْبَرُ مِنْ مُحَيِّصَةَ فَذَهَبَ مُحَيِّصَةُ يَتَكَلَّمُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ هُوَ الَّذِي شَهِدَ بِخَيْبَرَ إذْ جَرَى مِنْ أَمْرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ مَا جَرَى وَعَنْهُ يُؤْثِرُ مَا يَتَكَلَّمُ بِهِ فِي أَمْرِهِ فَلِذَلِكَ أَرَادَ أَنْ يُبَاشِرَ الْكَلَامَ فِي ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «كَبِّرْ كَبِّرْ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ يَتَوَلَّى الْكَلَامَ مَعَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَسَنُّهُمْ إمَّا لِفَضِيلَةٍ بِالسِّنِّ مَعَ تَسَاوِيهِمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، أَوْ لِفَضِيلَةٍ عَلَيْهِمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ مَعَ السِّنِّ إلَّا أَنَّ الْفَضَائِلَ غَيْرُ السِّنِّ أَمْرٌ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ وَلَا ظَاهِرٌ وَيُمْكِنُ بِالتَّدَاعِي فِيهِ وَفَضْلُهُ فِي السِّنِّ لَا يُنْكَرُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ تَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ بِجُمْلَةِ الْأَمْرِ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ بِتَفَاصِيلِهِ لِمَا شَهِدَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حُوَيِّصَةُ تَكَلَّمَ بِمُعْظَمِهِ وَأَنَّ مُحَيِّصَةُ أَكْمَلَ مَا نَسِيَ مِنْهُ، أَوْ لَمْ يَكُنْ أَخْبَرَ بِهِ، ثُمَّ ذَكَرَهُ مُحَيِّصَةُ فَاسْتَوْفَاهُ.

1 –

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إِمَّا أَنْ تَدُوا صَاحِبَكُمْ وَإِمَّا أَنْ تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ أَنْ تَدُوا صَاحِبَكُمْ إعْطَاءَ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ جَرَى فِي كَلَامِ الْحَارِثِيِّينَ أَنَّهُمْ طَلَبُوا الدِّيَةَ دُونَ الْقِصَاصِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا ادَّعُوا حِينَئِذٍ قَتْلَهُ عَمْدًا وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يُعَيِّنُوا الْقَاتِلَ وَإِنَّمَا قَالُوا أَنَّ بَعْضَ يَهُودَ قَتَلَهُ وَلَا يُعْرَفُ مَنْ هُوَ لَمْ يَلْزَمْ فِي ذَلِكَ قِصَاصٌ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ فِيهِ الدِّيَةُ كَالْقَتِيلِ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ لَا يُعْرَفُ مَنْ قَتَلَهُ وَلَا يَقُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَلَا يَشْهَدُ شَاهِدٌ بِمَنْ قَتَلَهُ فَإِنَّ دِيَتَهُ عَلَى الْفِرْقَةِ الْمُنَازِعَةِ لَهُ دُونَ قَسَامَةٍ وَلِذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَكَمَ بِالْقَسَامَةِ فِي هَذَا الْمُقَامِ وَلَعَلَّ هَذَا كَانَ يَكُونُ الْحُكْمُ إنْ لَمْ يَقْطَعْ يَهُودُ بِأَنَّهَا لَمْ تَقْتُلْ وَلَمْ تَنْفِ ذَلِكَ عَنْ أَنْفُسِهَا وَتَقُولُ لَا عِلْمَ لَنَا وَإِنَّمَا أَظْهَرَ فِي الْمُقَامِ مَا يَجِبُ مِنْ الْحَقِّ إنْ لَمْ يَقَعْ النَّفْيُ لِلْقَتْلِ الْمُوجِبِ لِلْقَسَامَةِ أَنَّ عَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا الدِّيَةَ فَإِنْ امْتَنَعُوا مِنْ الْوَاجِبِ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ فَلَا بُدَّ مِنْ مُحَارَبَتِهِمْ فِي ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدُّوا الْحَقَّ وَيَلْتَزِمُوا مِنْ ذَلِكَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَكَتَبَ إلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي ذَلِكَ يَعْنِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي إعْلَامِهِمْ بِمَا فَعَلَهُ مُحَيِّصَةُ فِي شَأْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ وَبِحُكْمِهِ فِي ذَلِكَ فَكَتَبُوا إنَّا وَاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَذَلِكَ يَقْتَضِي نَفْيَهُمْ الْقَتْلَ عَنْ جَمِيعِهِمْ وَقَطْعَهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَكُنْ يَدَّعِي الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِهِمْ وَإِنَّمَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْ جُمْلَتِهِمْ إلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ مِنْهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ أَتَحْلِفُونَ بِمَعْنَى أَنَّهُمْ عَصَبَتُهُ الْقَائِمُونَ بِدَمِهِ فَأَمَّا عَبْدُ الرَّحْمَنِ فَأَخُوهُ وَهُوَ أَحَقُّ بِأَمْرِهِ إلَّا أَنَّ وَلِيَّ الدَّمِ إذَا كَانَ وَاحِدًا نُظِرَ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُ مِنْ عَصَبَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْلِفُ فِي دَمِ الْعَبْدِ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِجَمَاعَةٍ تَحْلِفُونَ وَلَا خِلَافَ أَنَّ أَخَاهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ هُوَ وَلِيُّ الدَّمِ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ أَيْمَانَ الْأَوْلِيَاءِ أُقِيمَتْ مَعَ اللَّوْثِ مُقَامَ الْبَيِّنَةِ فَكَمَا لَمْ يَكْفِ مِنْ الْبَيِّنَةِ فِي الدِّمَاءِ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ فَكَذَلِكَ لَا يَكْفِي مِنْ الْحَالِفِينَ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –

وَأَظْهَرُ مِنْ ذَلِكَ عِنْدِي مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْقَسَامَةَ لَمَّا كَانَتْ تَتَنَاوَلُ الدَّمَ فِي الْجِهَتَيْنِ احْتَاجَ أَنْ يُحْتَاطَ لِلدِّمَاءِ فِي الْجِهَتَيْنِ فَاحْتِيطَ مِنْ جِهَةِ الْقَتِيلِ إنْ قَبِلَ فِي ذَلِكَ مَالًا يُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ مِنْ اللَّوْثِ عِنْدَ مَالِكٍ قَوْلُ

(53/7)

. . . .

[المنتقى]
الْمَقْتُولِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَعِنْدَ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنْ يُوجَدَ الْقَاتِلُ بِقُرْبِ الْمَقْتُولِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَنْ يُمْكِنُ أَنْ يَتَوَجَّهَ ذَلِكَ إلَيْهِ غَيْرُهُ فَاحْتِيطَ لِدَمِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ بِأَنْ يَحْلِفَ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ وَإِنْ يَحْلِفُوا خَمْسِينَ يَمِينًا احْتِيَاطًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ لِئَلَّا يُسْرِعَ إلَى قَتْلِ مَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ عَدَاوَةٌ فَفِي الْأَغْلَبِ أَنَّ الِاثْنَيْنِ لَا يَتَّفِقَانِ عَلَى ذَلِكَ فِي الظُّلْمِ وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ حَدًّا لِمَنْ يُخَافُ مِنْهُ الزَّلَلُ فَقَالَ تَعَالَى {فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى} [البقرة: 282] وَجَعَلَ الْأَيْمَانَ تُكَرَّرُ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِيظِ فِيمَا يُرَادُ التَّحَرُّزُ لَهُ مِنْ الْجَانِبَيْنِ فَجُعِلَتْ الْأَيْمَانُ فِي اللِّعَانِ أَرْبَعَةً وَاللَّفْظُ الْخَامِسُ عَلَى مَعْنَى التَّحْقِيقِ وَالتَّغْلِيظِ وَهَذِهِ الْأَيْمَانُ هِيَ أَيْمَانُ الْقَسَامَةِ.

وَقَدْ اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى صِحَّةِ الْحُكْمِ بِهَا فِي الدِّمَاءِ إلَّا مَا يُرْوَى عَنْ قَوْمٍ مِنْ الْمُتَقَدِّمِينَ مِمَّنْ وَقَعَ الِاتِّفَاقُ وَالْإِجْمَاعُ عَلَى مُخَالَفَتِهِ فِي ذَلِكَ وَالْأَصْلُ فِي صِحَّةِ الْقَسَامَةِ هَذَا الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ «وَأَمْرُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلْحَارِثِيَّيْنِ بِالْأَيْمَانِ فَقَالَ لَهُمْ تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ يَحْتَمِلُ إنْ أَثْبَتُّمْ مَا يُوجِبُ ذَلِكَ فَلَمَّا قَالُوا لَا نَحْلِفُ كَانَ نُكُولًا وَلَمَّا قَالُوا لَمْ نَشْهَدْ وَلَمْ نَحْضُرْ كَانَ إظْهَارًا لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ وَقَوْلُهُ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مِمَّا يَجِبُ لَهُمْ فِي دَمِ صَاحِبِهِمْ الْمَقْتُولِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ دَمَ صَاحِبِكُمْ الَّذِي تَدَّعُونَ عَلَيْهِ الْقَتْلَ، أَوْ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ بِأَيْمَانِكُمْ وَفِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ، فَأَظْهَرُ احْتِمَالِ الْوَجْهَيْنِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالصَّاحِبِ الْقَتِيلَ فَيَكُونَ ذَلِكَ عَلَى الشَّكِّ فِي اللَّفْظِ فَإِذَا قُلْنَا الْمُرَادُ بِهِ دَمُ الْقَاتِلِ وَإِنَّمَا ادَّعَوْا عَلَى جَمَاعَةِ يَهُودَ بِقَوْلِ مُحَيِّصَةَ أَنْتُمْ وَاَللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَوَّلًا لَمْ

يَتَعَيَّنْ لَهُ قَاتِلُهُ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ قَتْلُهُ عِنْدَهُ بِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ مِنْ الْيَهُودِ، ثُمَّ يُعَيَّنُ لَهُ الْقَاتِلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَمْ يَتَعَيَّنْ لَهُ قَاتِلٌ غَيْرَ أَنَّهُ حَكَمَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْقَسَامَةِ دَمَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْقَسَامَةِ مِثْلَ الْقَاتِلِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ لَا يَسْتَحِقُّ بِالْقَسَامَةِ الْقِصَاصَ وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الدِّيَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ، فَنَصَّ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ الدَّمُ وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ أَظْهَرُ فِي الْقِصَاصِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ حُجَّةٌ يَثْبُتُ بِهَا الْقَتْلُ عَمْدًا فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ بِهَا الدَّمَ كَالشُّهُودِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَسَامَةِ إلَّا قَتْلُ رَجُلٍ وَاحِدٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْقَسَامَةَ أَضْعَفُ مِنْ الْإِقْرَارِ وَالْبَيِّنَةِ وَفِي قَتْلِ الْوَاحِدِ رَدْعٌ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا لَا يُقْتَلُ إلَّا وَاحِدٌ فَهَلْ يُقْسَمُ عَلَى وَاحِدٍ أَوْ عَلَى جَمَاعَةٍ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا يُقْسِمُ إلَّا عَلَى وَاحِدٍ سَوَاءٌ ثَبَتَتْ الْقَسَامَةُ بِدَعْوَى الْمَيِّتِ أَوْ بِلَوْثٍ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى الْقَتْلِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى الضَّرْبِ ثُمَّ عَاشَ أَيَّامًا.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ شَاءُوا أَقْسَمُوا عَلَى وَاحِدٍ، أَوْ عَلَى اثْنَيْنِ، أَوْ عَلَى أَكْثَرَ، أَوْ عَلَى جَمِيعِهِمْ، ثُمَّ لَا يَقْتُلُونَ إلَّا وَاحِدًا مِمَّنْ أَدْخَلُوهُ فِي قَسَامَتِهِمْ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَسَامَةَ فَائِدَتُهَا الْقِصَاصُ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ فَلَا مَعْنَى لِلْقَسَامَةِ عَلَى مَنْ لَا يَقْتُلُ وَلَا تُؤَثِّرُ الْقَسَامَةُ فِيهِ حُكْمًا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْقَسَامَةَ إنَّمَا هِيَ عَلَى قَدْرِ الدَّعْوَى مُحَقَّقَةٌ لَهَا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي بَعْضِهِ فَإِذَا وَجَبَ لَهُمْ الْقِصَاصُ بِالْقَسَامَةِ الْمُطَابِقَةِ لِدَعْوَاهُمْ كَانَ لَهُمْ حِينَئِذٍ تَعْيِينُ مَنْ يُقْتَصُّ مِنْهُ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ قَدْ تَنَاوَلَتْهُ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا إنَّهُ إنَّمَا يُقْسِمُ عَلَى وَاحِدٍ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ فِي الْقَسَامَةِ لَمَاتَ مِنْ ضَرْبِهِ وَلَا يَقُولُونَ مِنْ ضَرْبِهِمْ رَوَاهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فَيُقْبَلُ ذَلِكَ وَيَحْلِفُ

(54/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِي سَمِعْتُ مِمَّنْ أَرْضَى فِي الْقَسَامَةِ وَالَّذِي اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْأَئِمَّةُ فِي الْقَدِيمِ وَالْحَدِيثِ أَنْ يَبْدَأَ بِالْأَيْمَانِ الْمُدَّعُونَ فِي الْقَسَامَةِ فَيَحْلِفُونَ وَإِنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَجِبُ إلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا أَنْ يَقُولَ الْمَقْتُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ، أَوْ يَأْتِيَ وُلَاةُ الدَّمِ بِلَوْثٍ مِنْ بَيِّنَةٍ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَاطِعَةً عَلَى الَّذِي يُدَّعَى عَلَيْهِ الدَّمُ فَهَذَا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ لِمُدَّعِي الدَّمِ عَلَى مَنْ ادَّعَوْهُ عَلَيْهِ وَلَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ

عِنْدَنَا إلَّا بِأَحَدِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ قَالَ مَالِكٌ وَتِلْكَ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا وَالَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ أَنَّ الْمُبْدِئِينَ بِالْقَسَامَةِ أَهْلُ الدَّمِ وَالَّذِينَ يَدَّعُونَهُ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ بَدَأَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْحَارِثِيَّيْنِ فِي صَاحِبِهِمْ الَّذِي قُتِلَ بِخَيْبَرَ)

[المنتقى]

الْبَاقُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيُحْبَسُونَ عَامًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمْ لَا بِمَعْنَى لَا نَحْلِفُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ تَنَزُّهًا عَنْ الْأَيْمَانِ مَعَ تَيَقُّنِهِمْ قَتْلَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ امْتِنَاعًا مِنْ الْأَيْمَانِ لَمَّا لَمْ يَعْلَمُوا وَلَا تَيَقَّنُوا مُقْتَضَاهَا وَفِي رِوَايَةِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمَّا قَالَ لَهُمْ أَتَحْلِفُونَ قَالُوا لَمْ نَشْهَدْ وَلَمْ نَحْضُرْ وَهَذَا ظَاهِرُ الِامْتِنَاعِ مِنْ أَنْ يُقْسِمُوا عَلَى أَمْرٍ لَمْ يَقَعْ لَهُمْ الْعِلْمُ بِهِ فَأَقَرَّهُمْ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى ذَلِكَ فَثَبَتَ بِذَلِكَ صِحَّةُ امْتِنَاعِهِمْ وَذَلِكَ أَنَّ الْأَيْمَانَ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى الْقَطْعِ وَالْبَتِّ دُونَ الْعِلْمِ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ قَدْ يُنَالُ بِالْمُعَايَنَةِ وَالسَّمَاعِ كَمَا أَنَّ الصَّغِيرَ إذَا أَخْبَرَهُ شَاهِدَانِ بِتَرِكَةِ أَبِيهِ جَازَ لَهُ تَصْدِيقُهُمَا، ثُمَّ يَدَّعِي ذَلِكَ وَأَمَّا الْقَسَامَةُ فَقَدْ قَامَتْ السُّنَّةُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَرَضَ الْأَيْمَانَ عَلَى مَنْ لَمْ يَحْضُرْ بِمَا ثَبَتَ مِنْ لَطْخِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ رَدِّ الْأَيْمَانِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ حِينَ نُكُولِ الْمُدَّعِينَ وَهِيَ السُّنَّةُ عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ أَنْ يَبْدَأَ الْمُدَّعُونَ بِالْأَيْمَانِ فَإِنْ نَكَلُوا رُدَّتْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَبْدَأُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ بِالْأَيْمَانِ فَإِنْ أَقْسَمُوا بَرِئُوا وَإِنْ نَكَلُوا رُدَّتْ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِلْحَارِثِيَّيْنِ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ قَالُوا لَا قَالَ فَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فَلَنَا مِنْ هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ بَدَأَ الْمُدَّعِينَ بِالْأَيْمَانِ وَالثَّانِي أَنَّهُ نَقَلَهَا عِنْدَ نُكُولِهِمْ إلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو قِلَابَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «بَدَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ بِالْأَيْمَانِ» وَهُوَ حَدِيثٌ مَقْطُوعٌ وَمَا رَوَاهُ مُسْنَدٌ مِنْ رِوَايَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْيَمِينَ إنَّمَا يَثْبُتُ فِي إحْدَى الْجَنْبَتَيْنِ وَاللَّوْثُ وَهُوَ الشَّاهِدُ الْعَدْلُ قَدْ قَوَّى جِهَةَ الْمُدَّعِينَ فَثَبَتَتْ الْأَيْمَانُ فِي جَنْبَتِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ عَلَى مَعْنَى إظْهَارِ عَدَاوَتِهِمْ وَاسْتِبَاحَتِهِمْ قَتْلَهُمْ وَرِضَاهُمْ بِالْأَيْمَانِ الْحَانِثَةِ لَا عَلَى مَعْنَى أَنَّ لَهُمْ غَيْرَ هَذَا مِنْ الْحُقُوقِ وَأَنَّ أَيْمَانَ الْكُفَّارِ لَا تُبْرِئُهُمْ بِمَا ادَّعَى عَلَيْهِمْ، أَوْ رُدَّتْ الْأَيْمَانُ فِيهِ عَلَيْهِمْ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ لَقَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى الْيَهُودِ وَلَكِنَّهُ عَدَلَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلَى أَنْ تَفَضَّلَ عَلَى الْحَارِثِيَّيْنِ وَأَعْطَاهُمْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ دِيَةَ قَتِيلِهِمْ حِينَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِي الْحُكْمِ شَيْءٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ سَهْلٍ لَقَدْ رَكَضَتْنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ عَلَى مَعْنَى إظْهَارِ تَبْيِينِهِ لِلْحَدِيثِ وَمُشَاهَدَتِهِ لِلْكَثِيرِ مِنْهُ وَذَلِكَ لِمَا جَرَى فِيهِ مِنْ الْأَحْوَالِ الَّتِي يُذْكَرُ بِهَا أَمْرُ الدِّيَةِ وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حُكْمٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ تَحْدِيدٌ لِلْأَيْمَانِ وَحَصْرُهَا بِعَدَدٍ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ الْقَسَامَةِ بِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِي سَمِعْت مِمَّنْ أَرْضَى فِي الْقَسَامَةِ أَنْ يَبْدَأَ بِالْأَيْمَانِ الْمُدَّعُونَ وَيَسْتَحِقُّوا مَا يُوجِبُ أَيْمَانَهُمْ يُرِيدُ أَنَّ وُلَاةَ الدَّمِ إذَا أَتَوْا بِلَوْثٍ يُوجِبُ الْقَسَامَةَ

(55/7)

. . . .

[المنتقى]

كَانَ لَهُمْ أَنْ يَحْلِفُوا وَيَسْتَحِقُّوا مَا يُوجِبُ أَيْمَانَهُمْ مِنْ الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ وَلَيْسَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ الْقَتْلُ أَنْ يَحْلِفُوا وَيَبْرَءُوا إلَّا أَنْ يَنْكُلَ وُلَاةُ الدَّمِ عَنْ الْأَيْمَانِ فَحِينَئِذٍ تُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالْقَسَامَةُ لَا تَجِبُ إلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا أَنْ يَقُولَ الْمَقْتُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ، أَوْ يَأْتِي وُلَاةُ الدَّمِ بِلَوْثٍ مِنْ بَيِّنَةٍ وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ تَجِبُ الْقَسَامَةُ بِوُجُوهٍ أَرْبَعَةٍ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ الْمَذْكُورُ وَالثَّانِي أَنْ يَشْهَدَ الضَّرْبَ وَالْجُرْحَ شَاهِدَانِ مَرْضِيَّانِ ثُمَّ يُقِيمُ الْمَضْرُوبُ أَوْ الْمَجْرُوحُ بَعْدَ ذَلِكَ أَيَّامًا، ثُمَّ يَمُوتُ وَالثَّالِثُ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدٌ مَرْضِيٌّ أَنَّ فُلَانًا قَتَلَ فُلَانًا وَالرَّابِعُ أَنْ يَشْهَدَ اللَّوْثُ أَوْ أَهْلُ الْبَدْوِ عَلَى قَتِيلٍ فَيُقْسِمَ مَعَ قَوْلِهِمْ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ مِنْ اللَّوْثِ الَّذِي يَكُونُ بِهِ الْقَسَامَةُ اللَّفِيفُ مِنْ السَّوَادِ

وَالنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ يَحْضُرُونَ ذَلِكَ وَمِثْلُ الرَّجُلَيْنِ أَوْ النَّفَرِ غَيْرِ الْعُدُولِ، وَهَذَا الْقَوْلُ لَيْسَ بِمُخَالِفٍ لِقَوْلِ مَالِكٍ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ فِي الثَّلَاثَةِ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْقَسَمِ الَّذِي قَالَ فِيهِ مَالِكٌ، أَوْ يَأْتِي بِلَوْثِ بَيِّنَةٍ وَقَدْ زَادَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ قِسْمًا خَامِسًا وَهُوَ أَنْ يَنْظُرَ إلَى الْقَاتِلِ يُوجَدُ الْمَقْتُولُ بِقُرْبِهِ وَلَمْ يَرَوْهُ حِينَ قَتَلَهُ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي النَّوَادِرِ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ قِسْمًا سَادِسًا فِي فِئَتَيْنِ اقْتَتَلَتَا فَوُجِدَ بَيْنَهُمَا قَتِيلٌ فِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّ وُجُودَهُ بَيْنَهُمَا لَوْثٌ يُقْسِمُ مَعَهُ الْأَوْلِيَاءُ عَلَى مَنْ يَدَّعُونَ عَلَيْهِ قَتْلَهُ فَيَقْتُلُونَهُ وَالْأُخْرَى لَا قَسَامَةَ فِيهِ، قَالَ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ لِحُصُولِهِ مَقْتُولًا بَيْنَهُمَا إنْ قَتَلَهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْهُمَا فَكَانَ ذَلِكَ لَوْثًا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ لِأَوْلِيَائِهِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَكُونُ إلَّا مَعَ لَوْثٍ فِي مُشَارٍ إلَيْهِ مُعَيَّنٍ وَهَذَا أَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَإِنَّ اللَّوْث إذَا تَعَلَّقَ بِمُعَيَّنٍ أَثَّرَ فِي الْقَسَامَةِ وَإِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمُعَيَّنٍ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِجَمَاعَةٍ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ لَا يُتَيَقَّنُ، أَوْ آحَادٌ غَيْرُ مُعَيَّنِينَ فَهَلْ يُؤَثِّرُ فِي الْقَسَامَةِ أَمْ لَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا قَوْلُ الْمَقْتُولِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ فَهُوَ عِنْدَ مَالِكٍ فِي الْجُمْلَةِ لَوْثٌ يُوجِبُ الْقَسَامَةَ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَدْ اسْتَدَلَّ أَصْحَابُنَا فِي ذِكْرِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً} [البقرة: 67] الْآيَةَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ وَمَا ذَكَرَهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مِنْ شَأْنِ الْبَقَرَةِ الَّتِي ضُرِبَ الْقَتِيلُ بِلَحْمِهَا فَحَيِيَ فَأَخْبَرَهُ عَمَّنْ قَتَلَهُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ سَمِعَ مِنْ قَوْلِ الْمَيِّتِ فَإِنْ قِيلَ إنَّ ذَلِكَ آيَةٌ قِيلَ إنَّمَا الْآيَةُ فِي إحْيَائِهِ فَإِذَا صَارَ حَيًّا لَمْ يَكُنْ كَلَامُهُ آيَةً وَقَدْ قَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ شَرِيعَةَ مَنْ قَبْلَنَا شَرِيعَةٌ لَنَا إلَّا مَا ثَبَتَ نَسْخُهُ، وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُنَا عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا بِمَا رَوَى هِشَامُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ أَنَسٍ «أَنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ جَارِيَةً عَلَى أَوْضَاحٍ لَهَا فَقَتَلَهَا بِحَجَرٍ فَجِيءَ بِهَا إلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَبِهَا رَمَقٌ فَقَالَ أَقَتَلَكِ فُلَانٌ فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ لَا، ثُمَّ قَالَ الثَّانِيَةَ فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ نَعَمْ» وَهَذَا الْحَدِيثُ رَوَاهُ قَتَادَةُ عَنْ أَنَسٍ فَزَادَ فِيهِ «فَأُتِيَ بِهِ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلَمْ يَزَلْ بِهِ حَتَّى أَقَرَّ فَرَضَّ رَأْسَهُ بِالْحِجَارَةِ» وَاسْتَدَلُّوا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى بِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَنْ لَا يَتَزَوَّدُونَ مِنْ الدُّنْيَا قَتْلَ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ بَلْ يَسْعَى إلَى التَّوْبَةِ وَالِاسْتِغْفَارِ وَالنَّدَمِ عَلَى التَّفْرِيطِ وَرَدِّ الْمَظَالِمِ وَلَا أَحَدَ أَبْغَضَ إلَى الْمَقْتُولِ مِنْ الْقَاتِلِ فَمُحَالٌ أَنْ يَتَزَوَّدَ مِنْ الدُّنْيَا سَفْكَ دَمٍ حَرَامٍ يَعْدِلُ إلَيْهِ وَيَحْقِنُ دَمَ قَاتِلِهِ وَهَذَا عُمْدَةُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ أَصْحَابُنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ مَسْأَلَةٌ فِيهَا نَظَرٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قُلْنَا إنَّ قَوْلَ الْمَقْتُولِ إنَّ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ قَتَلَنِي عَمْدًا لَهُ تَأْثِيرٌ فِي الْقَسَامَةِ فَإِنَّهُ إنْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ شَجَّهُ، أَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا زَعَمَ أَنَّهُ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ وَقَدْ عُرِفَتْ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ فَقَدْ قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ لَا يُحْبَسُ بِقَوْلِهِ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِلَطْخٍ بَيِّنٍ وَشُبْهَةٍ قَوِيَّةٍ أَوْ يَكُونَ الْمُدَّعَى بِحَالٍ يَخَافُ مِنْهَا الْمَوْتَ وَقَدْ يَحْرِصُ الرَّجُلُ عَلَى مَعَرَّةِ عَدُوِّهِ بِالسِّجْنِ بِأَنْ يَجْرَحَ نَفْسَهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا مَاتَ وَقَدْ قَالَ فُلَانٌ قَتَلَنِي أَوْ جَرَحَنِي أَوْ ضَرَبَنِي فَفِي كِتَابِ

(56/7)

. . . .

[المنتقى]

ابْنِ الْمَوَّازِ فِيهِ الْقَسَامَةُ قَالَ أَشْهَبُ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ، أَوْ فُلَانٌ أَصَابَنِي وَهَذَا إذَا ثَبَتَ قَوْلُ الْمَيِّتِ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ إلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يُقْسِمُ مَعَ شَهَادَتِهِ وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا يُقْسِمُ إلَّا مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ بِأَنَّ الْقَسَامَةَ إنَّمَا تَكُونُ حَيْثُ يَكُونُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إنَّ الْمَيِّتَ كَشَاهِدٍ فَلَا يَثْبُتُ قَوْلُهُ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ فَيُقْسِمُ حِينَئِذٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ قَوْلَ الْمَقْتُولِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ مَعْنًى يُؤَثِّرُ فِي الْقَسَامَةِ فَثَبَتَ حُكْمُهُ بِالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ لِقَتْلِ الْقَتِيلِ.

(فَرْعٌ) وَيَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِقَوْلِهِ فُلَانٌ قَتَلَنِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ أَثَرُ جُرْحٍ وَلَا ضَرْبٍ وَلَا وَصْفُ ضَرْبٍ وَلَا غَيْرُهُ وَيَجِبُ بِذَلِكَ الْقَسَامَةُ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ سَقَانِي سُمًّا وَالسُّمُّ أَشَدُّ وَأَوْجَأُ قَتْلًا وَهُوَ أَعْلَمُ بِمَبْلَغِ ذَلِكَ وَأَثْبَتُ مِنْ مَعْرِفَتِهِ بِمَبْلَغِ الْجُرْحِ مِنْهُ فَيَكُونُ فِيهِ الْقَسَامَةُ وَلَا يُبَالِي تَقَيَّأَ مِنْهُ أَوْ لَمْ يَتَقَيَّأْ قَالَ وَقَدْ قَتَلَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْيَهُودِيَّةَ الَّتِي سَمَّتْ لَهُ الشَّاةَ فَمَاتَ مِنْهَا ابْنُ مَعْرُورٍ قَالَ مَالِكٌ وَيُقْتَلُ مَنْ سَقَى السُّمَّ.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِيمَنْ قَرَّبَتْ إلَيْهِ امْرَأَتُهُ طَعَامًا فَلَمَّا أَكَلَهُ تَقَيَّأَ مَكَانَهُ أَمْعَاءَهُ فَلَمَّا أَيْقَنَ بِالْمَوْتِ قَالَ اشْهَدُوا أَنَّهَا امْرَأَتُهُ وَخَالَتُهَا وَمَاتَ مَكَانَهُ فَأَقَرَّتْ امْرَأَتُهُ أَنَّ ذَلِكَ الطَّعَامَ جَاءَتْهُ بِهِ خَالَتُهَا وَإِذَا ثَبَتَ قَوْلُهُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ فَلْيُقْسِمْ وُلَاتُهُ عَلَى إحْدَى الْمَرْأَتَيْنِ وَلَا يَنْفَعُ الزَّوْجَةَ قَوْلُهَا أَتَتْنِي بِهِ خَالَتِي وَتُضْرَبُ الْأُخْرَى مِائَةً وَتُحْبَسُ سَنَةً.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الْقَائِلُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ عَمْدًا فَاسِقًا أَوْ غَيْرَ فَاسِقٍ فَإِنَّ الْقَسَامَةَ تَثْبُتُ بِقَوْلِهِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَاحْتَجَّ لِذَلِكَ ابْنُ الْمَوَّازِ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ حَتَّى يَكُونَ عَدْلًا لَمْ يُقْسِمْ مَعَ قَوْلِ الْمَرْأَةِ وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِ الْمَرْأَةِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لَا يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِ الصَّبِيِّ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ مِثْلَ ذَلِكَ وَزَادَ إلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ رَاهَقَ وَأَبْصَرَ وَعَرَفَ فَيُقْسِمُ مَعَ قَوْلِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ وَلَا يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِ الذِّمِّيِّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَلَا غَيْرِهِ وَلَا قَوْلِ عَبْدٍ عَلَى عَبْدٍ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَالَ لِأَنَّهُمْ لَا يَحْلِفُونَ عَلَى الْقَسَامَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَإِنَّمَا جَوَّزْنَا ذَلِكَ لِلْفَاسِقِ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ لَا تُرَاعَى فِيهَا الْعَدَالَةُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا عِنْدِي فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَقَضُ بِالْكَافِرِ وَالْعَبْدِ فَإِنَّ الْأَيْمَانَ تَصِحُّ مِنْهُمْ وَلَا يُؤَثِّرُ قَوْلُهُمْ فِي الْقَسَامَةِ اللَّهُمَّ إلَّا أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ أَنَّ أَيْمَانَ الْقَسَامَةِ لَا تُرَاعَى فِيهَا الْعَدَالَةُ فَيُسَلِّمُ حِينَئِذٍ قَالَ وَإِنَّمَا قُلْنَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِسْلَامُ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْإِسْلَامِ لَا قَسَامَةَ فِيهِ كَالْمُسْتَأْمَنِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ كَابْنِ الْقَاسِمِ وَقَدْ قَالَ فِي النَّصْرَانِيِّ يَقُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ الْمُسْلِمِ أَنَّ وُلَاتَهُ يَحْلِفُونَ وَيَسْتَحِقُّونَ الدِّيَةَ وَذَكَرَهُ عَنْ مَالِكٍ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَلَمْ يَعْرِفَاهُ لِمَالِكٍ وَلَا لِأَحَدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ وَإِنَّمَا قَالَ مَالِكٌ إنْ قَامَ شَاهِدٌ عَلَى قَتْلِهِ حَلَفَ وُلَاتُهُ يَمِينًا وَاحِدَةً وَأَخَذُوا الدِّيَةَ مِنْ مَالِ الْقَاتِلِ فِي الْعَمْدِ وَمِنْ عَاقِلَتِهِ فِي الْخَطَأِ وَقَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَلَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ دِيَةَ النَّصْرَانِيِّ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَحَقُّ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَلَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مَا تَسْتَحِقُّ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ وَإِنَّمَا شَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ حُرًّا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ كَسَائِرِ الْحَيَوَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا اللَّوْثُ فَهُوَ عِنْدَ مَالِكٍ الشَّاهِدُ الْعَدْلُ عَلَى مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُقَوِّي جَنْبَةَ الْمُدَّعِينَ وَلَهُ تَأْثِيرٌ فِي نَقْلِ الْيَمِينِ إلَى جَنْبَةِ الْمُدَّعِينَ فِي الْحُقُوقِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَخَذَ بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَذَكَرَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ شَهَادَةَ الْمَرْأَتَيْنِ لَوْثٌ يُوجِبُ الْقَسَامَةَ وَلَا يُوجِبُ ذَلِكَ شَهَادَةَ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ يُقْسِمُ مَعَ الشَّاهِدِ غَيْرِ الْعَدْلِ وَمَعَ الْمَرْأَةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ حَلَفَ الْمُدَّعُونَ اسْتَحَقُّوا دَمَ صَاحِبِهِمْ وَقَتَلُوا مَنْ حَلَفُوا عَلَيْهِ وَلَا يُقْتَلُ فِي الْقَسَامَةِ إلَّا وَاحِدٌ لَا يُقْتَلُ فِيهَا اثْنَانِ يَحْلِفُ مِنْ وُلَاةِ الدَّمِ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِنْ قَلَّ عَدَدُهُمْ أَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ إلَّا أَنْ يَنْكُلَ أَحَدٌ مِنْ وُلَاةِ الْمَقْتُولِ وُلَاةَ الدَّمِ الَّذِينَ يَجُوزُ لَهُمْ الْعَفْوُ عَنْهُ فَإِنْ نَكَلَ أَحَدٌ مِنْ أُولَئِكَ فَلَا سَبِيلَ إلَى الدَّمِ إذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَالَ يَحْيَى قَالَ مَالِكٌ وَإِنَّمَا تُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ إذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُمْ الْعَفْوُ عَنْ الدَّمِ وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا فَإِنَّ الْأَيْمَانَ لَا تُرَدُّ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْ وُلَاةِ الدَّمِ إذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنْ الْأَيْمَانِ وَلَكِنَّ الْأَيْمَانَ إذَا كَانَ ذَلِكَ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ فَيَحْلِفُ مِنْهُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِنْ لَمْ يَبْلُغُوا خَمْسِينَ رَجُلًا رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَى مَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ أَحَدٌ يَحْلِفُ إلَّا الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ حَلَفَ هُوَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِئَ)

[المنتقى]

مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ أَنَّ الْعَبْدَ وَالصَّبِيَّ وَالذِّمِّيَّ لَيْسَ بِلَوْثٍ.

فَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الشَّاهِدَ مَعْنًى يُقَوِّي جَنْبَةَ الْمُدَّعِينَ فَتَثْبُتُ لَهَا الْيَمِينُ فَاعْتُبِرَتْ فِيهِ الْعَدَالَةُ كَالشَّاهِدِ بِالدَّيْنِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَهُوَ اخْتِيَارُهُ أَنَّهُ لَوْثٌ فَلَمْ تُعْتَبَرْ فِيهِ الْعَدَالَةُ كَالَّذِي يَقُولُ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ ثَبَتَتْ لَهُ الْقَسَامَةُ بِقَوْلِهِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِ كَالْعَدْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْعَبِيدُ وَالصِّبْيَانُ فَالْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّ الشَّاهِدَ مِنْهُمْ لَا يَكُونُ لَوْثًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَجْعَلُ شَهَادَةَ الْعَبِيدِ وَالصِّبْيَانِ لَوْثًا وَبِهِ قَالَ رَبِيعَةُ وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيُّ وَزَادَ شَهَادَةَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَبْدَ وَالصَّبِيَّ لَا مَدْخَلَ لَهُمَا فِي أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ فَلَا تَأْثِيرَ لِشَهَادَةِ شَاهِدِهِمْ فِيهَا كَالْمَجْنُونِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُمَا مِنْ الْمُسْلِمِينَ الْعُقَلَاءِ فَكَانَ لِشَهَادَتِهِمْ تَأْثِيرٌ فِي الْقَسَامَةِ كَالْعُدُولِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنَّمَا يُقْسِمُ مَعَ شَهَادَةِ الْوَاحِدِ فِي مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ إذَا ثَبَتَ مُعَايَنَةُ الْقَتْلِ فَيَشْهَدُ عَلَى مَوْتِهِ وَيَجْهَلُ قَاتِلَهُ كَمَا عُرِفَ مَوْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَفُوتُ وَالْجَسَدُ لَا يَفُوتُ.

وَقَالَ أَصْبَغُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُعَجِّلَ السُّلْطَانُ فِيهِ بِالْقَسَامَةِ حَتَّى يَكْشِفَ فَلَعَلَّ شَيْئًا أَثْبَتُ مِنْ هَذَا فَإِذَا بَلَغَ الْقَضَاءُ الِاسْتِينَاءَ قَضَى بِالْقَسَامَةِ مَعَ الشَّاهِدِ وَبِمَوْتِهِ وَتَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَتُنْكَحُ وَقَدْ قِيلَ يُقْتَلُ قَاتِلُهُ بِالْقَسَامَةِ وَلَا يُحْكَمُ بِالتَّوْرِيثِ فِي زَوْجَتِهِ وَرَقِيقِهِ وَهَذَا ضَعِيفٌ وَاخْتَارَ ابْنُ حَبِيبٍ قَوْلَ أَصْبَغَ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي الْقَتِيلِ عَلَى وَجْهٍ غَيْرِ الْغِيلَةِ فَأَمَّا قَتْلُ غِيلَةٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنْ شَهِدَ عَدْلٌ أَنَّهُ قَتَلَهُ غِيلَةً لَمْ يُقْسِمْ مَعَ شَهَادَتِهِ وَلَا يُقْبَلُ فِي هَذَا إلَّا شَاهِدَانِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَرَأَيْت لِيَحْيَى بْنَ عُمَرَ أَنَّهُ يُقْسِمُ مَعَهُ.

(ش) : قَوْلُهُ يَحْلِفُ مِنْ وُلَاةِ الدَّمِ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ إنْ كَانَ الْوُلَاةُ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ حَلَفَ مِنْهُمْ خَمْسُونَ فَيَكُونُ مِنْ لِلتَّبْعِيضِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ يَحْلِفُ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ خَمْسُونَ فَتَكُونُ مِنْ لِلْجِنْسِ إذَا كَانَ وُلَاةُ الدَّمِ خَمْسِينَ فَلَا خِلَافَ أَنَّ جَمِيعَهُمْ يَحْلِفُ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ فَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَيْنِ إحْدَاهُمَا يَحْلِفُ مِنْهُمْ خَمْسُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ يَحْلِفُ جَمِيعُهُمْ وَالَّذِي ذَكَرَ ابْنُ عَبْدُوسٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ مِنْ الْوُلَاةِ خَمْسُونَ.

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ وَأَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ وَهُمْ فِي الْعَقْدِ سَوَاءٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ كَالْإِخْوَةِ وَغَيْرِهِمْ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَحْلِفَ مِنْهُمْ إلَّا خَمْسُونَ وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ فِي كُتُبِ الْمَغَارِبَةِ مِنْ الْمَالِكِيِّينَ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا إذَا كَانَ الْأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ فَأَرَادُوا أَنْ يَحْلِفَ مِنْهُمْ رَجُلَانِ خَمْسِينَ يَمِينًا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ لَا يُجْزِئُهُمْ ذَلِكَ وَهُوَ كَالنُّكُولِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ ذَهَبَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَى أَنَّ يَمِينَ رَجُلَيْنِ مِنْهُمْ خَمْسِينَ يَمِينًا يُجْزِئُ

(58/7)

. . . .

[المنتقى]

وَيَنُوبُ عَمَّنْ بَقِيَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَوَابٌ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْقَسَامَةِ تُجْزِئُ أَيْمَانُ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ وَلَوْ لَمْ يُجَوِّزْ ذَلِكَ لَمْ يَقُلْ أَشْهَبُ إنْ كَانُوا ثَلَاثِينَ يَحْلِفُونَ يَمِينًا يَمِينًا، ثُمَّ يَحْلِفُ عِشْرُونَ مِنْهُمْ عِشْرِينَ يَمِينًا وَلَوْ كَانُوا مِائَةً مُتَسَاوِينَ أَجْزَأَ يَمِينُ خَمْسِينَ قَالَ وَأَمَّا إذَا تَشَاحَّ الْأَوْلِيَاءُ وَلَمْ يَرْضَوْا أَنْ يَحْمِلَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ فَلَا بُدَّ مِنْ قَوْلِ أَشْهَبَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ إمْسَاكُ مَنْ أَمْسَكَ عَنْ الْيَمِينِ يَحْمِلُ ذَلِكَ عَنْهُ وَأَمَّا إنْ امْتَنَعَ عَنْ الْيَمِينِ فَتَسْقُطُ الدِّيَةُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَحْلِفُ فِي الْقَسَامَةِ عَلَى قَتْلِ الْعَمْدِ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كَأَنَّهُ مِنْ نَاحِيَةِ الشَّهَادَةِ إذْ لَا يُقْتَلُ بِأَقَلِّ مِنْ شَاهِدَيْنِ قَالَ أَشْهَبُ وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَهَادَةِ رَجُلٍ فِي الزِّنَا يَمِينًا مِنْ الزَّوْجِ فِي الْتِعَانِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ النِّسَاءُ فِي الْعَمْدِ؛ لِأَنَّهُنَّ لَا يَشْهَدْنَ فِيهِ وَإِنَّمَا عَرَضَهَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى جَمَاعَةٍ وَالْجَمَاعَةُ اثْنَانِ فَصَاعِدًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِنْ كَانَ لَهُ إخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ، وَأَصْلُ هَذَا مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ «قَالَ لِلْحَارِثِيَّيْنِ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» وَإِنَّمَا كَانَ وَلِيُّ الدَّمِ رَجُلًا وَاحِدًا وَهُوَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ أَخُو الْمَقْتُولِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ وَإِنَّمَا كَانَ حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةَ ابْنَيْ عَمٍّ فَلَمَّا عَلَّقَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْأَيْمَانَ بِجَمَاعَتِهِمْ وَلَمْ يَقْصُرْهَا عَلَى وَلِيِّ الدَّمِ كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا تَثْبُتُ إلَّا فِي حُكْمِ الْجَمَاعَةِ وَأَقَلُّ الْجَمَاعَةِ اثْنَانِ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَاحْتَجَّ عَلَيْهِ بِآيَةِ الْمِيرَاثِ فَإِنْ كَانَ لَهُ إخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ وَلَا خِلَافَ أَنَّ الْأَخَوَيْنِ يَحْجُبَانِ الْأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ كَمَا يَفْعَلُ الثَّلَاثَةُ مِنْ الْإِخْوَةِ وَلَا يَحْجُبُهَا الْأَخُ الْوَاحِدُ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْإِخْوَةِ لَا يَتَنَاوَلُهُ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ وُلَاةِ الْقَتِيلِ لَا يُقْسِمُ مِنْهُمْ أَقَلُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَيُقْسِمُ مِنْ جَنَبَةِ الْقَاتِلِ وَاحِدٌ وَهُوَ الْقَاتِلُ أَنَّ جَنَبَةَ الْقَتِيلِ إذَا عَدِمَ مِنْهُمْ اثْنَانِ وَبَطَلَتْ الْقَسَامَةُ فِي جَنَبَتِهِ فَرَجَعَتْ فِي جَنَبَةِ الْقَاتِلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُ مِنْ جِهَتِهِمْ كَانَ لِلطَّالِبِ بِالدَّمِ مَا يَرْجِعُ إلَيْهِ وَهُوَ أَيْمَانُ الْقَاتِلِ وَأَوْلِيَائِهِ وَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ مِنْ الْقَاتِلِ وَقَدْ يَعْدَمُ أَوْلِيَاءَ يَحْلِفُونَ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَا يَرْجِعُ إلَيْهِ فِي تَبْرِئَةِ نَفْسِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا كَانَ وُلَاةُ الدَّمِ اثْنَيْنِ حَلَفَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ خَمْسًا وَعِشْرِينَ يَمِينًا وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَحَمَّلَ عَنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا مِنْ الْأَيْمَانِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْلِفَ أَحَدٌ فِي الْعَمْدِ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ يَمِينًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَلَهُمَا أَنْ يَسْتَعِينَا بِمَنْ أَمْكَنَهُمَا مِنْ الْعَصَبَةِ وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ يَحْلِفُونَ بِقَدْرِ عَدَدِهِمْ مَعَ الْمُعَيَّنِينَ فَإِنْ حَلَفَ الْأَوْلِيَاءُ أَكْثَرَ مِمَّا يَنُوبُهُمْ فِي الْعَدَدِ مَعَ الْمُعَيَّنِينَ جَازَ ذَلِكَ وَإِنْ حَلَفَ الْمُعَيَّنُونَ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ النُّكُولِ وَأَمَّا إذَا تَسَاوَوْا عَلَى حَسَبِ الْعَدَدِ أَوْ كَانَتْ أَيْمَانُ الْوُلَاةِ أَكْثَرَ فَإِنَّهَا عَلَى وَجْهِ الْعَوْنِ لِلْوُلَاةِ وَلَوْ حَلَفَ أَحَدُ الْوَلِيَّيْنِ خَمْسًا وَعِشْرِينَ، ثُمَّ اسْتَعَانَ الْآخَرُ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ مِنْ الْعَصَبَةِ لَمْ يُجْزِهِ أَنْ

يَحْلِفَ إلَّا ثَلَاثَةَ عَشَرَ يَمِينًا لِأَنَّ الْمُعَيَّنِينَ تَتَوَجَّهُ مَعُونَتُهُمْ إلَيْهِ وَإِلَى صَاحِبِهِ كَمَا لَوْ حَلَفُوا قَبْلَ أَنْ يَحْلِفَ الْوَلِيُّ الْأَوَّلُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الدَّمِ وَاحِدًا جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ مِنْ الْعَصَبَةِ بِوَاحِدٍ وَأَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَمْسِينَ رَجُلًا وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو قِلَابَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «قَالَ لِلْحَارِثِيَّيْنِ اللَّذَيْنِ ادَّعَيَا عَلَى الْيَهُودِ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ الدِّيَةَ بِأَيْمَانِ خَمْسِينَ مِنْكُمْ» فَكَانَ الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْعَدَدَ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ عَدَدَ الْأَنْصَارِ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَتَكُونُ الْأَيْمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّفْسِيرُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ قَلَّ عَدَدُهُمْ أَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ يُرِيدُ إنْ قَلَّ عَدَدُ الْمُعَيَّنِينَ مِنْ الْعَصَبَةِ، أَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ اثْنَيْنِ فَنَكَلَ بَعْضُهُمْ عَنْ مَعُونَةِ الْوَلِيِّ فَإِنَّ مَنْ بَقِيَ مَعَ الْوَلِيِّ.

(59/7)

. . . .

[المنتقى]

تُرَدُّ عَلَيْهِمْ الْأَيْمَانُ حَتَّى يَسْتَوْفُوا خَمْسِينَ يَمِينًا فَلَا تَبْطُلُ الْقَسَامَةُ بِنُكُولِ بَعْضِ الْمُعَيَّنِينَ مِنْ الْعَصَبَةِ مَعَ بَقَاءِ الْوَلِيِّ أَوْ الْأَوْلِيَاءِ عَنْ الْقِيَامِ بِالدَّمِ وَالْمُطَالَبَةِ بِهِ وَلَوْ نَكَلَ الْوَلِيُّ لَمْ يَكُنْ لِلْمُعَيَّنِينَ الْقَسَامَةُ وَلَا الْمُطَالَبَةُ بِالدَّمِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْأَوْلِيَاءُ جَمَاعَةً فَنَكَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِمْ قَسَامَةٌ فِي الْمَشْهُورِ مِنْ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ لَا قَسَامَةَ لِغَيْرِهِمْ وَتُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُمْ لَمَّا تَسَاوَوْا فِي الْحَقِّ لَمْ يَكُنْ نُكُولُ بَعْضِهِمْ مُؤَثِّرًا فِي سُقُوطِ حَقِّ الْبَاقِينَ أَصْلُهُ قَتْلُ الْخَطَإِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْحَقَّ لِجَمَاعَتِهِمْ وَلَيْسَ بَعْضُهُمْ بِأَوْلَى مِنْ بَعْضٍ بِإِثْبَاتِهِ وَهُوَ لَا يَتَبَعَّضُ.

(فَرْعٌ) قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَهَذَا فِي الْعَصَبَةِ وَأَمَّا الْبَنُونَ وَالْإِخْوَةُ فَرِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ أَنَّ مَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَنِينَ وَالْإِخْوَةَ يَرُدُّونَ الْأُمَّ مِنْ الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ فَكَانَ لِقَرَابَتِهِمْ مَزِيَّةٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَتُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا لِابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَةٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا نَكَلَ وُلَاةُ الدَّمِ عَنْ الْقَسَامَةِ، ثُمَّ أَرَادُوا أَنْ يُقْسِمُوا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُمْ إنْ كَانَ نُكُولًا بَيِّنًا

وَمَنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ فَقَدْ أَبْطَلَ حَقَّهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ نُكُولَ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ تُوجِبُ رَدَّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَالْمُدَّعِي حَقًّا يَشْهَدُ لَهُ شَاهِدٌ فَيَنْكُلُ عَنْ الْيَمِينِ مَعَ شَاهِدِهِ فَإِنَّ الْيَمِينَ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا حَلَفَ الْأَوْلِيَاءُ مَعَ الْمُعَيَّنِينَ لَهُمْ مِنْ الْعَصَبَةِ بُدِئَ بِالْوَلِيِّ وَلَا يُبْدَأُ بِأَيْمَانِ الْمُعَيَّنِينَ لَهُمْ قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ وَإِنَّمَا يُعَيَّنُ الْوَلِيُّ مِنْ قَرَابَتِهِ مِنْهُ مَعْرُوفَةٍ يَلْتَقِي مَعَهُ إلَى جَدٍّ يُوَارِثُهُ فَأَمَّا مَنْ هُوَ مِنْ عَشِيرَتِهِ مِنْ غَيْرِ نَسَبٍ مَعْرُوفٍ فَلَا يُقْسِمُ كَانَ لِلْمَقْتُولِ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَكِنْ تُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ فَيَحْلِفُ مِنْهُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا يُرِيدُ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْجَمَاعَةُ فِي النُّكُولِ كَمَا يَحْلِفُ الْجَمَاعَةُ فِي الدَّعْوَى لِأَنَّ أَيْمَانَ الْقَسَامَةِ لَمَّا لَمْ يَحْلِفْ فِيهَا إلَّا اثْنَانِ فَمَا زَادَ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ إلَّا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَحْدَهُ بِخِلَافِ الْمُدَّعِي.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ؛ لِأَنَّ الْحَالِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إنَّمَا يُبَرِّئُ نَفْسَهُ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا رَوَى أَبُو قِلَابَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ قَالَ لِلْمُدَّعِينَ أَتَرْضَوْنَ خَمْسِينَ يَمِينًا مِنْ الْيَهُودِ مَا قَتَلُوهُ» فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ الْقَسَامَةَ مُخْتَصَّةٌ بِهَذَا الْعَدَدِ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْيَهُودَ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ وَلِيِّ الدَّمِ الْمُدَّعِي لَهُ غَيْرُهُ جَازَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمُنْكِرُ لَهُ غَيْرُهُ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الدِّمَاءَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى هَذَا وَهُوَ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا غَيْرُ الْجَانِي كَالدِّيَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَأِ فَإِنَّ الْأَيْمَانَ لَمَّا كَانَتْ خَمْسِينَ وَكَانَتْ الْيَمِينُ الْوَاحِدَةُ لَا تَتَبَعَّضُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُونَ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ غَيْرُهُ مِنْ عَصَبَتِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ هُوَ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ خَمْسُونَ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ خَمْسِينَ يَمِينًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ مَنْ يَحْلِفُ إلَّا اثْنَانِ حَلَفَا خَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِئَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَا يَحْلِفُ هُوَ مَعَهُمْ فَيَحْلِفُ هُوَ بَعْضَهَا وَهُمْ بَعْضَهَا فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَحْلِفُ مِنْ عَصَبَتِهِ إلَّا وَاحِدٌ لَمْ يَحْلِفْ مَعَهُ وَحَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَحْدَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يَحْلِفُ هُوَ وَمَنْ يُسْتَعَانُ بِهِ مِنْ عَصَبَتِهِ عَلَى السَّوَاءِ وَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ هُوَ أَكْثَرُ مِنْهُمْ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يُعِينُهُ حَلَفَ هُوَ وَحْدَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا قَالَ مُحَمَّدٌ قَوْلُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَشْبَهُ بِقَوْلِ مَالِكٍ فِي مُوَطَّئِهِ وَإِنَّمَا أَرَادَ مُحَمَّدٌ قَوْلَ مَالِكٍ يَحْلِفُ مِنْهُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَجْهُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «فَتُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْأَيْمَانَ الْمَرْدُودَةَ يُعْتَبَرُ بِعِدَّتِهَا فِيمَا انْتَقَلَتْ عَنْهُ كَأَيْمَانِ الْحُقُوقِ فَكَذَلِكَ الْأَيْمَانُ الثَّانِيَةُ فِي الْخَمْسِينَ فَإِنَّ عَدَدَهَا فِيهِمَا سَوَاءٌ كَأَيْمَانِ اللِّعَانِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغُوا خَمْسِينَ رَجُلًا رُدَّتْ عَلَيْهِمْ الْأَيْمَانُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ يَجُوزُ

(60/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْقَسَامَةِ فِي الدَّمِ وَالْأَيْمَانِ فِي الْحُقُوقِ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا دَايَنَ الرَّجُلَ اسْتَثْبَتَ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ وَأَنَّ الرَّجُلَ إذَا أَرَادَ قَتْلَ الرَّجُلِ لَمْ يَقْتُلْهُ فِي جَمَاعَةٍ مِنْ النَّاسِ وَإِنَّمَا يَلْتَمِسُ الْخَلْوَةَ قَالَ فَلَوْ لَمْ تَكُنْ الْقَسَامَةُ إلَّا فِيمَا تَثْبُتُ فِيهِ الْبَيِّنَةُ وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا كَمَا يَعْمَلُ فِي الْحُقُوقِ هَلَكَتْ الدِّمَاءُ وَاجْتَرَأَ النَّاسُ عَلَيْهَا إذَا عَرَفُوا الْقَضَاءَ فِيهَا وَلَكِنْ إنَّمَا جُعِلَتْ الْقَسَامَةُ إلَى وُلَاةِ الْمَقْتُولِ يَبْدَءُونَ بِهَا فِيهَا لِيَكُفَّ النَّاسُ عَنْ الْقَتْلِ وَلِيَحْذَرْ الْقَاتِلُ أَنْ يُؤْخَذَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْمَقْبُولِ قَالَ يَحْيَى.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يَكُونُ لَهُمْ الْعَدَدُ يُتَّهَمُونَ بِالدَّمِ فَيَرُدُّ وُلَاةُ الْمَقْتُولِ الْأَيْمَانَ عَلَيْهِمْ وَهُمْ نَفَرٌ لَهُمْ عَدَدٌ أَنَّهُ يَحْلِفُ كُلُّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ عَلَى نَفْسِهِ خَمْسِينَ يَمِينًا وَلَا تُقْطَعُ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ عَدَدِهِمْ وَلَا يَبْرَءُونَ دُونَ أَنْ يَحْلِفَ كُلُّ إنْسَانٍ عَنْ نَفْسِهِ خَمْسِينَ يَمِينًا قَالَ مَالِكٌ وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِي ذَلِكَ قَالَ وَالْقَسَامَةُ تَصِيرُ إلَى عَصَبَةِ الْمَقْتُولِ وَهُمْ وُلَاةُ الدَّمِ الَّذِينَ يَقْسِمُونَ عَلَيْهِ وَاَلَّذِينَ يُقْتَلُ بِقَسَامَتِهِمْ) .

[المنتقى]

أَنْ يَحْلِفَ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْقَاتِلِ مَنْ يَبْلُغُ خَمْسِينَ رَجُلًا يُرِيدُ وَكَانَ مَنْ وُجِدَ مِنْهُمْ اثْنَانِ فَزَائِدٌ رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُمْ حَتَّى يَسْتَوْفُوا خَمْسِينَ يَمِينًا قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ لَهُمْ أَنْ يَسْتَعِينُوا بِوُلَاتِهِمْ وَعَصَبَتِهِمْ وَعَشِيرَتِهِمْ كَمَا كَانَ ذَلِكَ لِوُلَاةِ الْمَقْتُولِ وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ وَأَصْبَغُ وَقَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَاحِدًا كَانُوا أَوْ جَمَاعَةً أَنْ يَسْتَعِينُوا بِمَنْ يَحْلِفُ مَعَهُمْ كَمَا يَفْعَلُ وُلَاةُ الْمَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُمْ إنَّمَا يُبَرِّءُونَ أَنْفُسَهُمْ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ الَّذِينَ طَاعُوا بِالْأَيْمَانِ مَعَهُ خَمْسِينَ رَجُلًا؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ مِمَّنْ كَانَ يَصِحُّ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ أَبَوْا مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ الْخَمْسِينَ يَمِينًا تُرَدُّ عَلَى مَنْ تَطَوَّعَ بِذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُ حَلَفَ وَحْدَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِئَ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأَيْمَانِ وَالْحَالِفِينَ أَنَّ الْأَيْمَانَ لَا ضَرُورَةَ تَدْعُو إلَى التَّبْعِيضِ فِيهَا عَنْ الْعَدَدِ الْمَشْرُوعِ وَقَدْ يُعْدَمُ فِي الْأَغْلَبِ عَدَدُ الْحَالِفِينَ وَقَوْلُهُ وَبَرِئَ يُرِيدُ بَرِئَ مِنْ الدَّمِ وَعَلَيْهِ جَلْدُ مِائَةٍ وَسِجْنُ عَامٍ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ سُجِنَ حَتَّى يَحْلِفَ وَفِي النَّوَادِرِ.

وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ قَوْلًا لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ غَيْرِهِ أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ إذَا رُدَّتْ عَلَيْهِمْ الْأَيْمَانُ فَنَكَلُوا فَالْعَقْلُ عَلَيْهِمْ فِي مَالِ الْجَارِحِ خَاصَّةً وَيُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الْجُرْحِ يُرِيدُ فِيمَنْ ثَبَتَ جُرْحُهُ وَاحْتِيجَ إلَى الْقَسَامَةِ أَنَّهُ مِنْ ذَلِكَ الْجُرْحِ مَاتَ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ وَأَتَى الْمُدَّعُونَ بِمَا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ وَنَكَلُوا عَنْ الْيَمِينِ حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ وَتَسْقُطُ عَنْهُ الدَّعْوَى فَإِنْ نَكَلَ فَفِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا يُحْبَسُ إلَى أَنْ يَحْلِفَ وَالثَّانِيَةُ تَلْزَمُهُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ وَأَرَاهُ أَشَارَ لِرِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يُحْبَسُ إلَى أَنْ يَحْلِفَ فَإِنْ حُبِسَ وَطَالَ حَبْسُهُ فَقَدْ رَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ يُخَلَّى سَبِيلُهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يُحْبَسُ حَتَّى يَحْلِفَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ هَذَا إنْ نَكَلَ سُجِنَ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفَ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الْقَسَامَةِ وَأَيْمَانِ الْحُقُوقِ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا دَايَنَ اسْتَظْهَرَ لِحَقِّهِ بِالْوَثَائِقِ وَالْبَيِّنَةِ أَهْلَ الْعَدْلِ فَإِذَا تَرَكَ ذَلِكَ فَمِنْ تَضْيِيعِهِ لَهُ وَالْمَقْتُولُ إنَّمَا يَلْتَمِسُ قَاتِلُهُ مَوْضِعَ خَلْوَتِهِ وَحَيْثُ يُعْدَمُ مَنْ يَرَاهُ فَكَيْفَ يَسْتَظْهِرُ بِأَهْلِ الْعَدْلِ وَلَا عِلْمَ عِنْدَ أَهْلِ الْمَقْتُولِ بِذَلِكَ فَلَا يُمْكِنُهُ الِاسْتِظْهَارُ بِالْبَيِّنَةِ وَلَا اسْتِحْضَارُ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ وَلَوْ لَمْ يَتَصَرَّفْ إلَّا بِبَيِّنَةٍ لَقَلَّ تَصَرُّفُهُ وَامْتَنَعَ مِنْ مَنَافِعِهِ وَمَكَاسِبِهِ وَسَجَنَ نَفْسَهُ وَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ عَيْشُهُ فَلِذَلِكَ جُعِلَ قَوْلُهُ عِنْدَ مَالِكٍ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ مُؤَثِّرًا فِي الْقَسَامَةِ وَجَعَلَ الْأَيْمَانَ إلَى وُلَاتِهِ، وَهَذَا الْفَرْقُ إنَّمَا يَعُودُ إلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمُدَّعِي دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَبَيْنَ قَوْلِهِ لِي عِنْدَهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي وَجْهًا آخَرَ مِنْ الْفَرْقِ وَهُوَ أَنَّ قَوْلَ الْمُدَّعِي دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ إنَّمَا يَشْهَدُ لِغَيْرِهِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّمَا يَشْهَدُ لِوُلَاتِهِ، وَقَوْلُ الْقَائِلِ لِي عِنْدَ فُلَانٍ دِرْهَمٌ أَوْ دِينَارٌ شَهَادَتُهُ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ هُوَ الْمُطَالَبَةَ بِهِ فِي حَيَاتِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ

مَا جَاءَ فِيمَنْ تَجُوزُ قَسَامَتُهُ فِي الْعَمْدِ مِنْ وُلَاةِ الدَّمِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ فِي الْقَسَامَةِ فِي الْعَمْدِ أَحَدٌ مِنْ النِّسَاءِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وُلَاةٌ إلَّا النِّسَاءَ فَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ قَسَامَةٌ وَلَا عَفْوٌ قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُقْتَلُ عَمْدًا أَنَّهُ إذَا قَامَ عَصَبَةُ الْمَقْتُولِ أَوْ مَوَالِيهِ فَقَالُوا نَحْنُ نَحْلِفُ وَنَسْتَحِقُّ دَمَ صَاحِبِنَا فَذَلِكَ لَهُمْ قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ أَرَادَ النِّسَاءُ أَنْ يَعْفُونَ عَنْهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُنَّ الْعَصَبَةُ وَالْمُوَالِي أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْهُنَّ لِأَنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ اسْتَحَقُّوا الدَّمَ وَحَلَفُوا عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ وَإِنْ عَفَتْ الْعَصَبَةُ أَوْ الْمُوَالِي بَعْدَ أَنْ يَسْتَحِقُّوا الدَّمَ وَأَبَى النِّسَاءُ وَقُلْنَ لَا نَدَعُ دَمَ صَاحِبِنَا فَهُنَّ أَحَقُّ وَأَوْلَى بِذَلِكَ لِأَنَّ مَنْ أَخَذَ الْقَوَدَ أَحَقُّ مِمَّنْ تَرَكَهُ مِنْ النِّسَاءِ وَالْعَصَبَةِ إذَا ثَبَتَ الدَّمُ وَوَجَبَ الْقَتْلُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَا يُقْسِمُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ مِنْ الْمُدَّعِينَ إلَّا اثْنَانِ فَصَاعِدًا فَتُرَدُّ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَحْلِفَا خَمْسِينَ يَمِينًا ثُمَّ قَدْ اسْتَحَقَّا الدَّمَ وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَإِذَا ضَرَبَ النَّفَرُ الرَّجُلَ حَتَّى يَمُوتَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ قُتِلُوا بِهِ جَمِيعًا فَإِنْ هُوَ مَاتَ بَعْدَ ضَرْبِهِمْ كَانَتْ الْقَسَامَةُ وَإِنْ كَانَتْ الْقَسَامَةُ لَمْ تَكُنْ إلَّا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يُقْتَلْ غَيْرُهُ وَلَمْ نَعْلَمْ قَسَامَةً كَانَتْ قَطُّ إلَّا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ) .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي الْقَوْمِ يُتَّهَمُونَ بِالْقَتْلِ تُرَدُّ عَلَيْهِمْ الْأَيْمَانُ فَإِنَّ كُلَّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَحْلِفُ عَنْ نَفْسِهِ إذْ لَعَلَّهُ الَّذِي كَانَ يُقْسِمُ عَلَيْهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَسْتَعِينَ فِي أَيْمَانِهِ بِمَنْ شَاءَ مِنْ عَصَبَتِهِ إلَى أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسُونَ يَمِينًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَقَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ وَإِنْ كَانُوا مُفْتَرِقِينَ فَلَا يَسْتَعِينُ أَحَدٌ بِغَيْرِ عَصَبَتِهِ وَإِنْ كَانُوا مِنْ فَخِذٍ وَاحِدٍ جَازَ أَنْ يَسْتَعِينَ أَحَدُهُمْ بِقَوْمٍ، ثُمَّ يَسْتَعِينُ بِهِمْ الثَّانِي، ثُمَّ يَسْتَعِينُ بِهِمْ الثَّالِثُ إنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ ثَلَاثَةً وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ أَحَدُهُمْ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ تَبْرِئَةَ الثَّلَاثَةِ فَيَقُولُ مَا فَعَلَهُ فُلَانٌ وَفُلَانٌ وَلَكِنْ تُفْرَدُ الْيَمِينُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ.

[مَا جَاءَ فِيمَنْ تَجُوزُ قَسَامَتُهُ فِي الْعَمْدِ مِنْ وُلَاةِ الدَّمِ]

(ش) : قَوْلُهُ لَا يَحْلِفُ فِي قَسَامَةِ الْعَمْدِ أَحَدٌ مِنْ النِّسَاءِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يُقْسِمُ إلَّا الْأَوْلِيَاءُ مِنْ الرِّجَالِ وَمَنْ لَهُ

تَعْصِيبٌ وَأَمَّا مَنْ لَا تَعْصِيبَ لَهُ مِنْ الْخُؤُولَةِ وَغَيْرِهِمْ فَلَا قَسَامَةَ لَهُمْ وَإِذَا كَانَ لِلْقَتِيلِ أُمٌّ فَإِنْ كَانَتْ مُعْتَقَةً أَوْ أُعْتِقَ أَبُوهَا أَوْ جَدُّهَا أَقْسَمَ مَوَالِيهَا فِي الْعَمْدِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ مِنْ الْعَرَبِ فَلَا قَسَامَةَ فِي عَمْدِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الْعَرَبَ خُؤُولَتُهُ وَلَا وِلَايَةَ لِلْخُؤُولَةِ وَمَنْ شَهِدَ شَاهِدُ عَدْلٍ بِقَتْلِهِ عَمْدًا.

وَقَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ وَكَانَ لَهُ مِنْ الْأَقَارِبِ نِسَاءٌ أَوْ خُؤُولَةٌ فَإِنَّهُ لَا قَسَامَةَ فِيهِ وَيَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ الْقَتْلُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَيْسَ لِلنِّسَاءِ قَسَامَةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَوْلُهُ لَا عَفْوَ يُرِيدُ قَبْلَ الْقَسَامَةِ وَأَمَّا بَعْدَ الْقَسَامَةِ إذَا أَقْسَمَ الْعَصَبَةُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنْ عَفَا النِّسَاءُ وَقَامَ بِالدَّمِ الْعَصَبَةُ أَوْ عَفَا الْعَصَبَةُ وَقَامَ بِالدَّمِ النِّسَاءُ فَمَنْ أَرَادَ الْقَوَدَ أَوْلَى مِمَّنْ تَرَكَهُ لِأَنَّ الدَّمَ إذَا ثَبَتَ فَقَدْ أَوْجَبَ الْقَتْلَ.

(ش) : قَوْلُهُ لَا يُقْسِمُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ مِنْ الْمُدَّعِينَ إلَّا اثْنَانِ فَصَاعِدًا يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَسْتَحِقُّ أَنْ يَحْلِفَ مِنْ الْأَوْلِيَاءِ إلَّا وَاحِدٌ فَإِنَّ الْأَيْمَانَ لَا تَثْبُتُ فِي جَنْبَتَيْ الْقَتِيلِ وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى الْقَاتِلِ فَيَحْلِفُ وَحْدَهُ بِأَنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ أَنَّ جَنْبَةَ الْقَتِيلِ لَا يَحْلِفُ لِإِثْبَاتِ الدَّمِ إلَّا اثْنَانِ وَفِي جَنْبَةِ الْقَاتِلِ يَحْلِفُ لِنَفْيِ الدَّمِ وَاحِدٌ أَنَّ جَنْبَةَ الْقَتِيلِ إذَا تَعَذَّرَتْ الْقَسَامَةُ فِيهَا لَمْ يَبْطُلْ الْحَقُّ لِأَنَّ رَدَّ الْأَيْمَانِ عَلَى جَنْبَةِ الْقَاتِلِ فِيهِ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِمْ وَجَنْبَةُ الْقَاتِلِ لَوْ لَمْ تُقْبَلْ أَيْمَانُهُ وَحْدَهُ مَعَ كَثْرَةِ وُجُودِ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِمَا فَاتَهُ مِنْ الْحَقِّ بَدَلٌ يَرْجِعُ إلَيْهِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ تُرَدُّ إلَى جَنْبَةِ الْقَتِيلِ بِانْتِقَالِهَا إلَى جَنْبَةِ الْقَاتِلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ النَّفَرَ إذَا ضَرَبُوا رَجُلًا حَتَّى مَاتَ تَيَقَّنَ أَنَّ مَوْتَهُ

(62/7)

الْقَسَامَةُ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْقَسَامَةُ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ يُقْسِمُ الَّذِينَ يَدَّعُونَ الدَّمَ وَيَسْتَحِقُّونَهُ بِقَسَامَتِهِمْ يَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا تَكُونُ عَلَى قَسْمِ مَوَارِيثِهِمْ مِنْ الدِّيَةِ فَإِنْ كَانَ فِي الْأَيْمَانِ كُسُورٌ إذَا قُسِّمَتْ بَيْنَهُمْ نُظِرَ إلَى الَّذِي يَكُونُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ تِلْكَ الْأَيْمَانِ إذَا قُسِّمَتْ فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ تِلْكَ الْيَمِينِ)

[المنتقى]

مِنْ ضَرْبِهِمْ قَتَلُوا بِهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ ضَرَبَ رَأْسَ رَجُلٍ فَأَقَامَ مَغْمُورًا لَا يُفِيقُ وَقَامَتْ بَيِّنَةٌ بِضَرْبِهِ فَقَالَ إذَا لَمْ يُفِقْ فَلَا قَسَامَةَ وَإِنَّمَا الْقَسَامَةُ فِيمَنْ أَفَاقَ أَوْ أَطْعَمَ أَوْ فَتَحَ عَيْنَهُ أَوْ تَكَلَّمَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَنَحْوَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ خَلَا بِهِ أَهْلُهُ أَوْ لَمْ يَخْلُ لَا قَسَامَةَ فِيهِ إذَا لَمْ يُفِقْ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إذَا مَاتَ تَحْتَ الضَّرْبِ أَوْ بَقِيَ مَغْمُورًا لَمْ يَأْكُلْ وَلَمْ يَشْرَبْ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ وَلَمْ يُفِقْ حَتَّى مَاتَ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ فَإِنْ تَكَلَّمَ أَوْ شَرِبَ أَوْ فَتَحَ عَيْنَهُ وَشِبْهَ ذَلِكَ فَلَا بُدَّ مِنْ الْقَسَامَةِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ قَالَ وَكَذَلِكَ إنْ قُطِعَ فَخِذُهُ فَعَاشَ يَوْمَهُ وَأَكَلَ وَشَرِبَ وَمَاتَ آخِرَ النَّهَارِ وَأَمَّا إنْ شُقَّتْ حَشْوَتُهُ وَأَكَلَ وَشَرِبَ وَعَاشَ أَيَّامًا فَإِنَّهُ يُقْتَلُ قَاتِلَهُ بِغَيْرِ قَسَامَةٍ إذَا أُنْفِذَتْ مَقَاتِلُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ انْقَطَعَ نُخَاعُ رَقَبَتِهِ وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ قُتِلُوا بِهِ جَمِيعًا يُرِيدُ أَنَّ الْجَمَاعَةَ يُقْتَلُونَ بِالْوَاحِدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ مَاتَ بِغَيْرِ ضَرْبِهِمْ كَانَتْ قَسَامَةً يُرِيدُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى الضَّرْبِ شَاهِدَانِ فَعَاشَ الْمَضْرُوبُ ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ لَمَاتَ مِنْ ضَرْبِهِ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِذَا كَانَتْ الْقَسَامَةُ لَمْ تَكُنْ إلَّا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِهِ وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ شَاءُوا أَقْسَمُوا عَلَى وَاحِدٍ أَوْ عَلَى اثْنَيْنِ أَوْ عَلَى جَمِيعِهِمْ ثُمَّ لَا يَقْتُلُونَ إلَّا وَاحِدًا مِمَّنْ أَدْخَلُوهُ فِي الْقَسَامَةِ كَانَ ذَلِكَ لِقَوْلِ الْمَيِّتِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ أَوْ فُلَانٍ لَا شَهَادَةَ شَاهِدٍ عَلَى الْقَتْلِ أَوْ شَاهِدَيْنِ عَلَى الضَّرْبِ ثُمَّ عَاشَ أَيَّامًا وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ فِي الْقَسَامَةِ إلَّا وَاحِدٌ فَلَا مَعْنَى لِلْقَسَامَةِ عَلَى غَيْرِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْقَتِيلَ إذَا ادَّعَى قَتْلَ جَمَاعَةٍ لَهُ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ الْقَسَامَةُ عَلَى قَدْرِ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ لَا تَكُونُ إلَّا مُوَافِقَةٌ لِلدَّعْوَى.

[الْقَسَامَةُ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ وُلَاةَ الدَّمِ الَّذِينَ يَدَّعُونَ الدَّمَ يُقْسِمُونَ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى الْقَتْلِ قَالَ أَشْهَبُ وَكَذَلِكَ إنْ قَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ قَتَلَنِي خَطأً.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَيُؤْخَذُ فِي ذَلِكَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيمَنْ عَلِمَ النَّاسُ بِمَوْتِهِ وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْقَسَامَةِ عَلَى قَوْلِ الْقَتِيلِ فِي الْخَطَإِ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ أَخْبَرَنِي مَنْ أَثِقُ بِهِ أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ فِي الْغَرِيمِ لَا يُقْسِمُ فِي الْخَطَإِ بِقَوْلِ الْمَيِّتِ ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يُتَّهَمُ أَنْ يُرِيدَ غِنَى وَلَدِهِ وَحُرْمَةُ الدَّمِ أَعْظَمُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الَّذِي رَجَعَ إلَيْهِ أَنَّهُ مَعْنَى يُوجِبُ الْقَسَامَةَ فِي الْعَمْدِ فَأَوْجَبَهَا فِي الْخَطَإِ كَالشَّاهِدِ الْعَدْلِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِ الْقَتِيلِ فَإِنَّهُ يُقْسِمُ مَعَ قَوْلِ الْمَسْخُوطِ وَالرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مَا لَمْ يَكُنْ صَغِيرًا أَوْ عَبْدًا أَوْ ذِمِّيًّا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا عُلِّقَ ذَلِكَ بِالْعَدَدِ لِأَنَّهَا قَسَامَةٌ فِي دَمٍ فَاخْتَصَّتْ بِالْخَمْسِينَ كَالْعَمْدِ وَلِهَذَا الْمَعْنَى يَبْدَأُ فِيهَا الْمُدَّعُونَ وَتَكُونُ الْأَيْمَانُ عَلَى الْوَرَثَةِ إنْ كَانُوا يُحِيطُونَ بِالْمِيرَاثِ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ فَإِنْ كَانَ فِي الْأَيْمَانِ كَسْرٌ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ حَظًّا مِنْهَا قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يُنْظَرُ إلَى كَثْرَةِ مَا عَلَيْهِ مِنْ الْأَيْمَانِ وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى أَكْثَرِ تِلْكَ الْيَمِينِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَإِنْ

(63/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَرَثَةٌ إلَّا النِّسَاءَ فَإِنَّهُنَّ يَحْلِفْنَ وَيَأْخُذْنَ الدِّيَةَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ إلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَأَخَذَ الدِّيَةَ وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ وَلَا يَكُونُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ) .

الْمِيرَاثُ فِي الْقَسَامَةِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا قَبِلَ وُلَاةُ الدَّمِ الدِّيَةَ فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى يَرِثُهَا بَنَاتُ الْمَيِّتِ وَأَخَوَاتُهُ وَمَنْ يَرِثُهُ مِنْ النِّسَاءِ فَإِنْ لَمْ يَحُزْ النِّسَاءُ مِيرَاثَهُ كَانَ مَا بَقِيَ مِنْ دِيَتِهِ لِأَوْلَى النَّاسِ بِمِيرَاثِهِ مَعَ النِّسَاءِ) .

[المنتقى]

كَانَ عَلَى أَحَدِهِمْ نِصْفُهَا وَعَلَى الْآخَرِ ثُلُثُهَا وَعَلَى الْآخَرِ سُدُسُهَا جُبِرَتْ عَلَى صَاحِبِ النِّصْفِ وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ لَا يُحِيطُ بِالْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ حِصَّةً مِنْ الدِّيَةِ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَحْمِلُ بَعْضُ الْوَرَثَةِ عَنْ بَعْضٍ شَيْئًا مِنْ الْأَيْمَانِ فِي الْخَطَإِ كَمَا يَتَحَمَّلُهَا بَعْضُ الْعَصَبَةِ عَنْ بَعْضٍ فِي الْعَمْدِ إلَّا فِي جَبْرِ بَعْضِ الْيَمِينِ فَإِنَّهَا تُجْبَرُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ حَظًّا مِنْهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ

الْمَوَّازِ لِأَنَّهُ مَالٌ وَلَا يَتَحَمَّلُ أَحَدٌ فِيهِ الْيَمِينَ عَنْ غَيْرِهِ كَالدُّيُونِ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَرَثَةٌ إلَّا النِّسَاءَ فَإِنَّهُنَّ يَحْلِفْنَ وَيَأْخُذْنَ الدِّيَةَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ إلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَأَخَذَ الدِّيَةَ وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ وَلَا يَكُونُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ حُكْمَ الْقَسَامَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ غَيْرُ حُكْمِهَا فِي قَتْلِ الْعَمْدِ لِأَنَّهَا لَمَّا اخْتَصَّتْ الْقَسَامَةُ فِي الْخَطَإِ بِالْمَالِ كَانَ ذَلِكَ لِلْوَرَثَةِ رِجَالًا كَانُوا أَوْ نِسَاءً قَلَّ عَدَدُهُمْ أَوْ كَثُرَ وَلَا يَحْلِفُ فِي ذَلِكَ إلَّا وَارِثٌ وَأَمَّا قَتْلُ الْعَمْدِ فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الْقِصَاصُ وَإِنَّمَا يَقُومُ بِهِ الْعَصَبَةُ مِنْ الرِّجَالِ؛ فَلِذَلِكَ تَعَلَّقَتْ الْأَيْمَانُ بِهِمْ دُونَ النِّسَاءِ.

[الْمِيرَاثُ فِي الْقَسَامَةِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْوُلَاةَ إذَا قَبِلُوا الدِّيَةَ وَتَقَدَّرَتْ فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَهَذَا إذَا رَضِيَ بِهَا الْأَوْلِيَاءُ وَالْقَاتِلُ فَإِنْ رَضِيَ الْأَوْلِيَاءُ دُونَ الْقَاتِلِ وَقَالَ الْقَاتِلُ إنَّمَا لَكُمْ دَمِي وَلَا سَبِيلَ لَكُمْ إلَى مَالِي.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يَرِثُهَا بَنَاتُ الْمَيِّتِ وَأَخَوَاتُهُ وَسَائِرُ مَنْ يَرِثُهُ مِنْ النِّسَاءِ الْأُمِّ وَالزَّوْجَةِ وَالْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَالْجَدَّةِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ الضَّحَّاكِ بْنِ أَشْيَمَ الْكِلَابِيِّ أَنَّهُ قَالَ «كَتَبَ إلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ أُوَرِّثَ امْرَأَةَ أَشْيَمَ الضَّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا» .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ إذَا قَامَ بَعْضُ وَرَثَةِ الْمَقْتُولِ الَّذِي يُقْتَلُ خَطَأً يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ الدِّيَةِ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنْهَا وَأَصْحَابِهِ غُيَّبٌ لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ وَلَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْ الدِّيَةِ شَيْئًا قَلَّ وَلَا كَثُرَ دُونَ أَنْ يَسْتَكْمِلَ الْقَسَامَةَ يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِذَا حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا اسْتَحَقَّ حِصَّتَهُ مِنْ الدِّيَةِ وَذَلِكَ أَنَّ الدَّمَ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِخَمْسِينَ يَمِينًا وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ حَتَّى يَثْبُتَ الدَّمُ فَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ الْوَرَثَةِ أَحَدٌ حَلَفَ مِنْ الْخَمْسِينَ يَمِينًا بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ مِنْهَا وَأَخَذَ حَقَّهُ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْوَرَثَةُ حُقُوقَهُمْ فَإِنْ جَاءَ أَخٌ لِأُمٍّ فَلَهُ السُّدُسُ وَعَلَيْهِ مِنْ الْخَمْسِينَ يَمِينًا السُّدُسُ فَمَنْ حَلَفَ اسْتَحَقَّ حَقَّهُ مِنْ الدِّيَةِ وَمَنْ نَكَلَ بَطَلَ حَقُّهُ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا لَمْ يَبْلُغْ حَلَفَ الَّذِينَ حَضَرُوا خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِنْ جَاءَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ حَلَفَ أَوْ يَبْلُغُ الصَّبِيُّ الْحُلُمَ حَلَفَ كُلٌّ مِنْهُمَا، وَيَحْلِفُونَ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ مِنْ الدِّيَةِ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ مِنْهَا قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ بَعْضَ وَرَثَةِ الْقَتِيلِ إذَا قَامَ وَسَائِرُهُمْ غُيَّبٌ فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ شَيْئًا مِنْ الدِّيَةِ حَتَّى

يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنْهَا إلَّا بِاسْتِكْمَالِ الْأَيْمَانِ فَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ بَعْضُ مَنْ غَابَ حَلَفَ مِنْ الْأَيْمَانِ بِقَدْرِ مَا كَانَ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْهَا لَوْ حَضَرَ جَمِيعُهُمْ أَوَّلَ الْأَمْرِ، وَأَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْ

(64/7)

الْقَسَامَةُ فِي الْعَبِيدِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبِيدِ أَنَّهُ إذَا أُصِيبَ الْعَبْدُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ يَمِينًا وَاحِدَةً، ثُمَّ كَانَ لَهُ قِيمَةُ عَبْدِهِ، وَلَيْسَ فِي الْعَبْدِ قَسَامَةٌ فِي عَمْدٍ وَلَا خَطَإٍ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالَ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ قَتَلَ الْعَبْدُ عَبْدًا عَمْدًا أَوْ خَطَأً لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ قَسَامَةٌ وَلَا يَمِينٌ، وَلَا يَسْتَحِقُّ سَيِّدُهُ ذَلِكَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ أَوْ بِشَاهِدٍ فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت) .

[المنتقى]

الدِّيَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَسْتَحِقَّ مَنْ لَمْ يَنْكُلْ شَيْئًا مِنْ الدِّيَةِ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَأْخُذَ مِنْ الدِّيَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْهَا لَوْ حَلَفَ جَمِيعُهُمْ، وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ نَكَلَ، وَمَنْ غَابَ مِنْ الْوَرَثَةِ أَوْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ عَلَى حَقِّهِ حَتَّى يَكْبُرَ الصَّغِيرُ، وَيَحْضُرَ الْغَائِبُ فَيَحْلِفَ بِقَدْرِ حَقِّهِ وَيَأْخُذَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا أَقْسَمَ الْوَرَثَةُ ثَبَتَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ إنْ كَانَتْ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَفِي بَيْتِ الْمَالِ مُؤَجَّلَةٌ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْخَطَإِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُوَاسَاةِ وَالتَّحَمُّلِ عَنْ الْقَاتِلِ، وَإِنَّمَا يُقْسِمُ فِي الْخَطَإِ عَلَى الْقَاتِلِ إنْ كَانَ وَاحِدًا، وَعَلَى جَمِيعِهِمْ إنْ كَانُوا جَمَاعَةً، وَلَيْسَ لِأَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ أَنْ يُقْسِمُوا عَلَى بَعْضِهِمْ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَتَبَعَّضُ، وَتُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ فَيَجِبُ تَسَاوِي عَاقِلَةِ كُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ فِيهَا بِحَسَبِ مَا يُصِيبُهُ مِنْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَمِينُ الْوَرَثَةِ عِنْدِي فِي قَسَامَةِ الْخَطَإِ عَلَى الْبَتِّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: فَإِنْ نَكَلَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ بَطَلَ حَقُّهُ، مَعْنَاهُ بَطَلَ حَقُّهُ مِنْ الْقَسَامَةِ فِي التَّوَارُثِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَرْجِعُ نَصِيبُ مَنْ نَكَلَ إلَى الْعَاقِلَةِ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ عَلَى الْعِلْمِ فَإِنْ نَكَلُوا دَفَعُوا ذَلِكَ إلَى مَنْ نَكَلَ دُونَ يَمِينٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي اعْتِبَارُ الْحُقُوقِ وَالْمَالِ، وَإِنَّمَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُمْ الْغَارِمُونَ وَلِأَنَّ

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلُ لَوْ أَقَرَّ لَمْ يُقْبَلْ إقْرَارُهُ فَلِذَلِكَ تَعَلَّقَتْ الْيَمِينُ بِالْعَاقِلَةِ دُونَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى إقْرَارِ الْقَاتِلِ خَطَأً لَمْ يَجِبْ بِهِ عَلَيْهِ، وَعَلَى عَاقِلَتِهِ شَيْءٌ إذَا أَنْكَرَ الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّهُ كَالشَّاهِدِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَإِنْ ثَبَتَ عَلَى شَهَادَتِهِ فَفِي ذَلِكَ الْقَسَامَةُ، وَعَلَى الْعَاقِلَةِ الدِّيَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ نَكَلَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ نَكَلَ جَمِيعُ وُلَاةِ الْقَتِيلِ حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ خَمْسِينَ يَمِينًا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – الْعَاقِلَةَ فَإِنْ نَكَلُوا غَرِمُوا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الدَّعْوَى تَئُولُ إلَى مَالٍ فَاعْتُبِرَتْ فِي النُّكُولِ وَالِاسْتِحْقَاقِ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقَسَامَةُ فِي الْعَبِيدِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ إذَا قُتِلَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَجَاءَ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ مِنْ قَتْلِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَوْ قَامَ شَاهِدٌ عَلَى حُرٍّ أَنَّهُ قَتَلَ عَبْدًا لَحَلَفَ سَيِّدُهُ يَمِينًا وَاحِدَةً، وَأَخَذَ قِيمَتَهُ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، ثُمَّ يَخْتَلِفُ فِي هَذَا ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ قَالَ، وَيُجْلَدُ مِائَةً وَيُحْبَسُ سَنَةً.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَيْسَ فِي الْعَبِيدِ قَسَامَةٌ فِي عَمْدٍ وَلَا خَطَإٍ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا قَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَبْرَأُ قَالَ أَشْهَبُ، وَيُضْرَبُ مِائَةً، وَيُسْجَنُ سَنَةً فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ السَّيِّدُ يَمِينًا وَاحِدَةً، وَاسْتَحَقَّ قِيمَةَ عَبْدِهِ مَعَ الضَّرْبِ وَالسِّجْنِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً، وَلَا قِيمَةَ عَلَيْهِ وَلَا ضَرْبَ وَلَا سَجْنَ فَإِنْ نَكَلَ غَرِمَ الْقِيمَةَ وَضُرِبَ وَسُجِنَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنَّمَا السَّجْنُ اسْتِبْرَاءٌ، وَكَشْفٌ عَنْ أَمْرِهِ، وَيُضْرَبُ أَدَبًا وَلَا يُضْرَبُ مِائَةً وَيُسْجَنُ سَنَةً إلَّا مَنْ يَمْلِكُ سَفْكَ دَمِهِ بِقَسَامَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحْلَفٌ فِي دَمِ مُسْلِمٍ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ سَفْكُهُ، وَلَا يَبْرَأُ مِنْ ذَلِكَ إلَّا بِخَمْسِينَ يَمِينًا كَقَتْلِ الْحُرِّ خَطَأً، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مَالٌ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إلَّا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تُبْرِئُ مِنْ الدَّعْوَى كَالدُّيُونِ، وَإِنَّمَا يُضْرَبُ مِائَةً وَيُسْجَنُ عَامًا رَدْعًا عَنْ الدِّمَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْعُقُولِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ أَنَّ فِي النَّفْسِ مِائَةً مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ مِثْلُهَا أَوْ فِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ، وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ، وَفِي الرِّجْلِ خَمْسُونَ، وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ، وَفِي الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ»)

[المنتقى]

[كِتَابُ الْعُقُولِ]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْعُقُولِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ أَنَّ فِي النَّفْسِ مِائَةً مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ مِثْلُهَا أَوْ فِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ، وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ، وَفِي الرِّجْلِ خَمْسُونَ، وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ، وَفِي الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ») (ش) : رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْجِرَاحِ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حِينَ بَعَثَهُ إلَى نَجْرَانَ، وَقَوْلُهُ فِي النَّفْسِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ مِنْ الدِّيَةِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ يُرِيدُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ، وَذَلِكَ أَنَّ الدِّيَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ إبِلٌ وَذَهَبٌ وَوَرِقٌ فَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ، وَهِيَ تَجِبُ بِثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ قَتْلِ الْخَطَإِ، وَلَا خِلَافَ فِي وُجُوبِ الدِّيَةِ بِهِ، وَقَتْلِ الْعَمْدِ، وَقَتْلِ شِبْهِ الْعَمْدِ، وَسَيَأْتِي ذِكْرُ الْخِلَافِ فِيهِمَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ يُرِيدُ إذَا اُسْتُوْعِبَ قَطْعُهُ.

وَقَدْ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ قَطْعَ الْأَنْفِ قَالَ وَفِي الْأَنْفِ مَا جَاءَ فِي الْخَبَرِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا، وَكَذَلِكَ إذَا قُطِعَ مَارِنُهُ فَجَعَلَ اسْتِيعَابَ الْجَدْعِ قَطْعَ جَمِيعِ الْأَنْفِ، وَجَعَلَ فِي قَطْعِ مَارِنِ الْأَنْفِ مِثْلَ ذَلِكَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ وَفِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا أَيْ إذَا اُسْتُوْعِبَ مِنْهُ بِالْقَطْعِ مَا يُسَمَّى جَدْعًا، وَمِنْ ذَلِكَ وَعِبْت الْكَلَامَ إذَا اسْتَوْفَيْت مَعْنَاهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا قُطِعَ مَارِنُهُ فَفِيهِ الدِّيَةُ لِمَا رُوِيَ فِي الْحَدِيثِ، وَفِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا الدِّيَةُ فَجَعَلَ قَطْعَ الْأَنْفِ اسْتِيعَابًا لِلْجَدْعِ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ أَنَّ قَطْعَ الْمَارِنِ، وَهُوَ مَا فَوْقَ الْعَظْمِ الَّذِي هُوَ أَصْلُ الْأَنْفِ قَالَ أَشْهَبُ هُوَ الْمَارِنُ، وَهُوَ الْأَرْنَبَةُ، وَهُوَ الرَّوْبَةُ تَبْلُغُهُ إلَى أَنْ يَكُونَ جَدْعًا كَامِلًا، وَمَا قُطِعَ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَنْ يَسْتَأْصِلَ الْعَظْمَ أَوْ بَعْضَهُ فَزَادَ عَلَى

الْجَذْعِ الْكَامِلِ وَلِأَشْهَبَ فِي الْمَجْمُوعَةِ رَوَى ابْنُ شِهَابٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى فِي الْأَنْفِ بِقَطْعِ مَارِنِهِ فِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ» ، وَلَعَلَّهُ ذَهَبَ إلَى تَأْوِيلِ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ لِلَّذِي فِيهِ مِنْ الْأَنْفِ أَنْ يَقْطَعَ الْمَارِنَ دُونَ الْعَظْمِ، وَلَوْ اُسْتُؤْصِلَ مِنْ الْعَظْمِ فَإِنَّ فِيهِ دِيَةً، وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ لَا دِيَةَ فِي الْأَنْفِ، وَإِنْ ذَهَبَ شَمُّهُ حَتَّى يُسْتَأْصَلَ مِنْ أَصْلِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ لَا تُسْتَكْمَلُ فِيهِ الدِّيَةُ إلَّا بِهَذَا، وَهَذَا شَاذٌّ، وَفِي كِتَابِ الْأَبْهَرِيِّ إنْ أَذْهَبَ شَمَّهُ، وَالْأَنْفُ قَائِمٌ فَفِيهِ الدِّيَةُ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى، وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ أَنَّ الْمَارِنَ عَظْمٌ فِيهِ مَنْفَعَةٌ كَامِلَةٌ، وَجَمَالٌ ظَاهِرٌ فَوَجَبَتْ الدِّيَةُ لِجَدْعِهِ أَصْلَ ذَلِكَ الْبَصَرِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ التَّعَلُّقُ بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «، وَفِي الْأَنْفِ إذَا أُوعِبَ جَدْعًا الدِّيَةُ» ، وَقَدْ بَيَّنَّا تَأْوِيلَهُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ضَرَبَهُ فَأَطَارَ أَنْفَهُ، ثُمَّ بَلَغَتْ الضَّرْبَةُ إلَى دِمَاغِهِ فَفِيهِ الدِّيَةُ لِلْأَنْفِ، وَثُلُثُ الدِّيَةِ لِلْمَأْمُومَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَصَلَ الثَّقْبُ إلَى عَظْمِ الْوَجْهِ الَّذِي تَحْتَ الْأَنْفِ فَبَلَغَهُ فِيهِ دِيَةُ مُنَقِّلَةٍ، وَلَوْ أَوْضَحَهُ لَكَانَتْ فِيهِ مُوضِحَةٌ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَإِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْأَنْفِ الدِّيَةُ، وَإِنْ اُسْتُؤْصِلَ الْعَظْمُ مَا كَانَ مِنْ جُرْحٍ فِي الْأَنْفِ نَفْسِهِ لَمْ يَصِلْ إلَى مَا تَحْتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا بَقِيَ الشَّمُّ فَأَمَّا إذَا ذَهَبَ الشَّمُّ مَعَ الْجَدْعِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ، وَالْقِيَاسُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ

. . . .

[المنتقى]

فِيهِ دِيَةٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْجَدْعَ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ لِمَا فِيهِ مِنْ إذْهَابِ الْأَنْفِ الَّذِي فِيهِ الْجَمَالُ الظَّاهِرُ، وَالشَّمُّ تَجِبُ بِهِ دِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْحَوَاسِّ، وَلَيْسَ مِمَّا يَجِبُ بِقَطْعِهِ الدِّيَةُ مِنْ الْأَنْفِ فَتَتَدَاخَلُ الدِّيَتَانِ كَمَا لَوْ أَذْهَبَ بَصَرَهُ بِقَطْعِ يَدَيْهِ لَوَجَبَ فِيهِمَا الدِّيَتَانِ فَإِنْ قَطَعَ بَعْضَ الْأَنْفِ فَفِيهِ مِنْ الدِّيَةِ بِحِسَابِهِ قَالَ مَالِكٌ

فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ إِنَّمَا يُقَاسُ مِنْ الْمَارِنِ كَالْحَشَفَةِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الْمَأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ الْمَأْمُومَةُ جُرْحٌ يَخْرِقُ إلَى الدِّمَاغِ قَالَ مَالِكٌ يَصِلُ إلَى الدِّمَاغِ، وَلَوْ بِمَدْخَلِ إبْرَةٍ قَالَ، وَالْجَائِفَةُ جُرْحٌ يَصِلُ إلَى الْجَوْفِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُمَا جُرْحَانِ يَجِبُ فِيهِمَا ثُلُثُ الدِّيَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً، وَبَرِئَتْ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ، وَكَذَلِكَ الْمُوضِحَةُ وَالْمُنَقِّلَةُ؛ لِأَنَّهَا مَتَالِفُ مَخُوفَةٌ، وَالسَّلَامَةُ فِي الْجَائِفَةِ، وَالْمَأْمُومَةِ نَادِرَةٌ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا قِصَاصٌ، وَإِنْ كَانَتْ عَمْدًا فَلَمَّا كَانَتْ هَذِهِ حَالَهَا ثَبَتَتْ دِيَتُهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً، وَبَرِئَتْ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ لِحَقْنِ الدِّمَاءِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْجَائِفَةُ غَيْرَ نَافِذَةٍ فَإِنْ كَانَتْ نَافِذَةً فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَشْهَبَ، وَغَيْرِهِمَا عَنْ مَالِكٍ فِيهِمَا ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَدِيَةُ جَائِفَتَيْنِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَهُوَ أَحَبُّ قَوْلَيْ مَالِكٍ إلَيَّ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، وَذَلِكَ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ أَحَبُّ قَوْلِ مَالِكٍ إلَيَّ قَالَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ غَيْرُ هَذَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَفِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ، وَفِي الرِّجْلِ خَمْسُونَ، وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ» مَعْنَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي الْعَيْنِ مِنْ الْعَيْنَيْنِ، وَأَمَّا الْعَيْنُ الْمُفْرَدَةُ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهَا الْعُلَمَاءُ، وَسَيَأْتِي ذِكْرُهَا بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «خَمْسُونَ» يُرِيدُ نِصْفَ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ مِائَةٌ، وَتَجِبُ فِي الْعَيْنَيْنِ وَالْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ إذَا بَقِيَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فَفِي إحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ قُطِعَتْ الْأَصَابِعُ مِنْ الْيَدِ دُونَ الْكَفِّ أَوْ قُطِعَتْ مِنْ الْكَفِّ أَوْ الْمِعْصَمِ أَوْ الْمِرْفَقِ أَوْ الْمَنْكِبِ فَدِيَتُهَا سَوَاءٌ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ أَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ إذَا شُلَّتْ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الرِّجْلِ يَقْطَعُهَا مِنْ الْوَرِكِ أَوْ يَقْطَعُ الْأَصَابِعَ مِنْ أَصْلِهَا يَجْعَلُهَا سَوَاءً قَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ كَمَا يُسْتَكْمَلُ دِيَةُ الذَّكَرِ لِقَطْعِ الْحَشَفَةِ فَتَكُونُ دِيَتُهُ كَدِيَةِ مَنْ قَطَعَهُ مِنْ أَصْلِهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ قُطِعَ كَفُّهُ، وَلَيْسَ فِيهَا إلَّا أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ فَلَهُ دِيَةُ الْأُصْبُعِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَسَحْنُونٌ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أُصْبُعَانِ فَلَهُ دِيَةُ الْأُصْبُعَيْنِ، وَهَلْ يَجِبُ لَهُ شَيْءٌ لِلْكَفِّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مَعَ الْأُصْبُعِ الْوَاحِدَةِ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ تَكُونَ لَهُ فِي بَقِيَّةِ الْكَفِّ حُكُومَةٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَسَحْنُونٌ لَا شَيْءَ لَهُ فِي بَقِيَّةِ الْكَفِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْأُصْبُعَيْنِ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ إنْ كَانَ الْأُصْبُعَانِ أَخَذَ لَهُمَا عَقْلًا أَوْ قَوَدًا فَلَهُ عَقْلُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ دُونَ حُكُومَةٍ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ الْحُكُومَةُ مَعَ الْعَقْلِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا أَرْبَعُ أَصَابِعَ فَلَا حُكُومَةَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يُقَادُ لَهُ مِنْ كَفٍّ لَهَا أَرْبَعَةُ أَصَابِعَ، وَلَا يُقَادُ لَهُ مِنْ كَفٍّ لَهَا ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ فِي الْكَفِّ النَّاقِصَةِ أُصْبُعًا أَوْ أُصْبُعَيْنِ فِيهَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْكَفِّ الْأَصَابِعُ، وَبِهَا الْعَمَلُ، وَتَمَامُ الْجَمَالِ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُطِعَ يَدٌ لَهَا أَرْبَعَةُ أَصَابِعَ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ لَهَا دِيَةُ أَرْبَعَةِ أَصَابِعَ، وَأَمَّا لَوْ نَقَصَتْ أُنْمُلَةٌ قَالَ كَأَنْ أَخَذَ لَهَا عَقْلًا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ يُحَاسَبُ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ لَهَا عَقْلًا، وَإِنَّمَا تَلِفَتْ بِمَرَضٍ وَشِبْهِهِ فَلَا يُحَاسَبُ بِهَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَأُنْمُلَةُ الْإِبْهَامِ فِي هَذَا كَغَيْرِهَا يُحَاسَبُ بِهَا قَالَ أَشْهَبُ، وَأَمَّا الْأُنْمُلَتَانِ مِنْ سَائِرِ الْأَصَابِعِ فَيُحَاسَبُ بِهِمَا فِي الْخَطَإِ.

(67/7)

الْعَمَلُ فِي الدِّيَةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَوَّمَ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ قَالَ مَالِكٌ فَأَهْلُ الذَّهَبِ أَهْلُ الشَّامِ وَأَهْلُ مِصْرَ، وَأَهْلُ الْوَرِقِ أَهْلُ الْعِرَاقِ) .

[المنتقى]

[الْعَمَلُ فِي الدِّيَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَوَّمَ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ الْحَدِيثُ ظَاهِرُ اللَّفْظِ أَنَّهُ قَوَّمَ الدِّيَةَ، وَلَيْسَ ثَمَّ شَيْءٌ يُشَارُ إلَيْهِ بِالتَّقْوِيمِ مِنْ الدِّيَةِ إلَّا دِيَةَ الْإِبِلِ فَفِي الْمَدَنِيَّةِ عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ وَابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَوَّمَهَا فَكَانَتْ قِيمَتُهَا

مِنْ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَمِنْ الْوَرِقِ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَاسْتَقَرَّتْ عَلَى ذَلِكَ الدِّيَةُ لَا تُغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ أَسْوَاقِ الْإِبِلِ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي اسْتِقْرَارِ الْقِيمَةِ، وَخَالَفَنَا فِي الْقَدْرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ إنَّ الْإِبِلَ تُقَوَّمُ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَتَكُونُ قِيمَتُهَا الدِّيَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ أَصْلٌ فِي الدِّيَةِ كَالْإِبِلِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَوَّمَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُرِيدَ بِهِ دِيَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَقُولُ قَوِّمْ دِيَةَ رَجُلٍ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ فَكَانَتْ أَلْفَ دِينَارٍ، وَقَوِّمْ دِيَةً عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ فَكَانَتْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ قَالَ قَوِّمْ الدِّيَةَ فَأَتَى بِلَفْظٍ يَسْتَغْرِقُ جِنْسَ الْقُرَى، وَذَلِكَ لَا يَتَأَتَّى أَنْ يَكُونَ تَأْثِيرُ الْحُكْمِ بِذَلِكَ فِي جَمِيعِ الْقُرَى فَثَبَتَ أَنَّهُ إنَّمَا أَرَادَ الْحُكْمَ بِذَلِكَ عَلَى الْقُرَى فِي الْجُمْلَةِ لِمَا يَقَعُ فِي جَمِيعِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَقَدْ رَدَّ ذَلِكَ لِنَصِّ عِلْمِهِ فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

وَقَدْ رَوَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِنْ طَرِيقٍ لَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا أَوْ لِنَظَرٍ أَدَّاهُ إلَى ذَلِكَ، وَوَافَقَهُ عَلَيْهِ جَمَاعَةُ الصَّحَابَةِ فَثَبَتَ أَنَّهُ إجْمَاعٌ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مَعْنًى لِلْإِبِلِ، وَلِلْعَيْنِ فِيهِ مَدْخَلٌ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ أَصْلًا بِنَفْسِهِ كَالزَّكَاةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ حَدِيثُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَعَلَيْهِ يُعْتَمَدُ فِي أَنَّ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ أُصُولٌ فِي الدِّيَةِ، وَقَدْ قَرَّرَ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ الْوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَمَا قَرَّرَ أَنَّ قَدْرَ ذَلِكَ مِنْ الذَّهَبِ أَلْفُ دِينَارٍ، وَإِذَا ثَبَتَ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ الْآخَرُ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الذَّهَبَ مُقَدَّرٌ فِي الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ رُبْعُ دِينَارٍ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ فَإِنْ نَازَعَنَا فِي ذَلِكَ الْمُخَالِفُ دَلَّلْنَا عَلَيْهِ بِالْآثَارِ الَّتِي نُورِدُهَا فِي الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا قِسْنَا عَلَيْهِ أَنَّهُ حُكْمُ طَرِيقِهِ الْجِنَايَةُ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الدِّينَارُ فِيهِ مُقَدَّرًا بِاثْنَيْ عَشَرَ أَلْفِ دِرْهَمٍ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَقَوَّمَ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى خَصَّ بِذَلِكَ أَهْلَ الْقُرَى؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعَمُودِ هُمْ أَهْلُ الْإِبِلِ قَالَ مَالِكٌ أَهْلُ الْبَادِيَةِ وَالْعَمُودِ هُمْ أَهْلُ الْإِبِلِ، وَهَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ فَأَمَّا أَهْلُ مَكَّةَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَهْلُ الْحِجَازِ أَهْلُ إبِلٍ، وَأَهْلُ مَكَّةَ مِنْهُمْ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ أَهْلُ ذَهَبٍ، وَرَوَى عَنْهُ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَهْلُ مَكَّةَ أَهْلُ ذَهَبٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَهْلُ الذَّهَبِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ أَهْلُ الشَّامِ، وَأَهْلُ مِصْرَ أَهْلُ الذَّهَبِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَكَذَلِكَ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ، وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ هُمْ الْيَوْمَ أَهْلَ ذَهَبٍ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَأَهْلُ الْمَغْرِبِ أَهْلُ ذَهَبٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ أَهْلُ الْأَنْدَلُسِ أَهْلُ وَرِقٍ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَيَكُونَ أَهْلُ الْمَغْرِبِ أَهْلَ ذَهَبٍ إلَّا الْأَنْدَلُسَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ خِلَافًا مِنْ قَوْلَيْهِمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَهْلُ الْوَرِقِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أَهْلُ الْعِرَاقِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَأَهْلُ فَارِسٍ، وَخُرَاسَانَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يُنْظَرَ إلَى غَالِبِ أَمْوَالِ النَّاسِ فِي الْبِلَادِ فَأَيُّ بَلَدٍ غَلَبَ عَلَى أَمْوَالِ أَهْلِهَا الذَّهَبُ فَهُمْ أَهْلُ ذَهَبٍ، وَأَيُّ بَلَدٍ غَلَبَ

(68/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْطَعُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ قَالَ مَالِكٌ، وَالثَّلَاثُ أَحَبُّ مَا سَمِعْت إلَيَّ فِي ذَلِكَ)

[المنتقى]

عَلَى أَمْوَالِهِمْ الْوَرِقُ فَهُمْ أَهْلُ وَرِقٍ، وَرُبَّمَا انْتَقَلَتْ الْأَمْوَالُ فَيَجِبُ أَنْ تَنْتَقِلَ الْأَحْكَامُ، وَقَدْ أَشَارَ إلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِهِ فِي مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ الْيَوْمَ أَهْلُ ذَهَبٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَدْخُلُ فِيهَا غَيْرُ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يُؤْخَذُ فِيهَا بَقَرٌ وَلَا غَنَمٌ وَلَا حُلَلٌ، وَلَا تَكُونُ إلَّا مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ إبِلٍ أَوْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ، وَذَلِكَ خِلَافٌ لِأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ فِي قَوْلَيْهِمَا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِنْ أَهْلِ الْغَنَمِ أَلْفُ شَاةٍ، وَمِنْ أَهْلِ الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ يَمَانِيَّةٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ عُمَرَ قَوَّمَ الْإِبِلَ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، وَوَافَقَ عَلَى ذَلِكَ مَنْ عَاصَرَهُ مِنْ الصَّحَابَةِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي قَصْرُ الدِّيَةِ عَلَى أَثَرِ ذَلِكَ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّقْوِيمَ إنَّمَا يَكُونُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، وَالثَّانِي أَنَّ الْحُكْمَ بِذَلِكَ كَانَ عَامًّا فِي جَمِيعِ الْقُرَى فَلَمْ يَبْقَ مِنْ الْقُرَى مَوْضِعٌ يَحْكُمُ عَلَى أَهْلِهِ بِالْحُلَلِ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْحُلَلَ نَوْعٌ مِنْ الْعُرُوضِ فَأَشْبَهَ الْعَقَارَ، وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ يَخِفُّ، وَتَتَسَاوَى قِيمَتُهُ، وَالْإِبِلُ لَا مَشَقَّةَ فِي نَقْلِهَا، وَسَائِرُ الْمَوَاشِي تَخْتَلِفُ قِيمَتُهَا، وَيُشَقُّ نَقْلُهَا، وَإِنَّمَا أُلْزِمَ أَهْلُ كُلِّ بَلَدٍ أَفْضَلَ أَمْوَالِهِمْ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْطَعُ يَقْتَضِي أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا التَّأْجِيلُ، وَالثَّانِي التَّنْجِيمُ عَلَى آجَالٍ بَعْضِهَا بَعْدَ بَعْضٍ فَأَخْبَرَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَّ ذَلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ، وَيَحْتَمِلُ ذَلِكَ مَعَانِيَ أَحَدُهَا التَّخْيِيرُ، وَالثَّانِي الشَّكُّ، وَالثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ سَمِعَ الْقَوْلَيْنِ كُلُّ قَوْلٍ مِنْ قَائِلٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَرَاهُ وَيُفْتِي بِهِ دُونَ الْقَوْلِ الْآخَرِ، وَاخْتَارَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – ثَلَاثَ سِنِينَ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَلِيًّا – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – قَضَيَا بِالدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَلَمْ يُخَالِفْهُمَا أَحَدٌ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَحْمِلُهَا عَلَى وَجْهِ الْمُوَاسَاةِ فَيَجِبُ أَنْ يُخَفَّفَ عَنْهَا، وَكَانَتْ فِي الْأَصْلِ مِنْ الْإِبِلِ، وَقَدْ تَكُونُ وَقْتَ الْوُجُوبِ حَوَامِلَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكَلَّفُوا إذًا حَوَامِلَ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَوَابِنُ فَوَجَبَ أَنْ يُؤَجِّلُوا ثَلَاثَ سِنِينَ فَيَجْتَمِعُ لَهُمْ مَا تُشْتَرَى بِهِ السِّنُّ الْوَاجِبَةُ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ، وَأَمَّا أَبْعَاضُهَا فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ أَحَدَاهُمَا الْحُلُولُ، وَالثَّانِيَةُ التَّأْجِيلُ.

فَوَجْهُ رِوَايَةِ الْحُلُولِ أَنَّهُ بَعْضُ دِيَةٍ فَكَانَ عَلَى الْحُلُولِ أَصْلُ ذَلِكَ مَا دُونَ الثُّلُثِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ التَّأْجِيلِ أَنَّهَا دِيَةٌ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ كَالدِّيَةِ الْكَامِلَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالتَّأْجِيلِ فَإِنَّ ثُلُثَهَا فِي سَنَةٍ، وَثُلُثَيْهَا فِي سَنَتَيْنِ فَأَمَّا نِصْفُهَا فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي النِّصْفِ وَالثَّلَاثَةِ أَرْبَاعِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّهَا فِي سَنَتَيْنِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَقَالَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّهَا تُرَدُّ إلَى الِاجْتِهَادِ، وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ النِّصْفَ فِي سَنَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ الثُّلُثَانِ، وَالثُّلُثُ فِي سَنَةٍ، وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ أَنَّ ذَلِكَ يُصْرَفُ إلَى الِاجْتِهَادِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَبِالرِّوَايَةِ الْأُولَى أَخَذَ أَصْحَابُ مَالِكٍ إلَّا أَشْهَبَ فَقَالَ فِي النِّصْفِ يُؤْخَذُ الثُّلُثُ إذَا مَضَتْ السَّنَةُ، وَالسُّدُسُ الْبَاقِي إذَا مَضَتْ السَّنَةُ الثَّانِيَةُ.

فَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الدِّيَةَ مَبْنِيَّةٌ فِي تَنْجِيمِهَا عَلَى أَعْوَامٍ كَامِلَةٍ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَنْجُمْ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلِأَنَّ الْمَعَانِيَ الَّتِي نُجِمَتْ مِنْ أَجْلِهَا مِنْ تَلَاحُقِ الْأَسْنَانِ أَوْ تَكَامُلِ النَّمَاءِ إنَّمَا يَحْصُلُ بِالْأَعْوَامِ فَلِذَلِكَ بَلَغَ النِّصْفُ إلَى السَّنَتَيْنِ لِيُكْمِلَ الْمَقْصُودَ فِي الْعَامِ الثَّانِي مِنْ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَعَلَى هَذَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ، وَقَدْ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ إلَّا أَنَّهُ قَالَ فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِهَا يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي السُّدُسِ الْبَاقِي.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إذَا جَاوَزَتْ الثُّلُثَيْنِ بِأَمْرٍ بَيِّنٍ فَهِيَ كَالْكَامِلَةِ فَإِنْ جَاوَزَتْهُ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ فَذَلِكَ كَلَا شَيْءٍ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا إنَّ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثَيْنِ يُقْطَعُ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ فَكَيْفَ يَكُونُ ذَلِكَ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إذَا زَادَتْ عَلَى الثُّلُثَيْنِ بِمَا لَهُ بَالٌ لَقُطِعَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثُهُ

(69/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فِي الدِّيَةِ الْإِبِلُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْعَمُودِ الذَّهَبُ وَلَا الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ الذَّهَبُ) .

مَا جَاءَ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ إذَا قُبِلَتْ وَجِنَايَةِ الْمَجْنُونِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ كَانَ يَقُولُ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ إذَا قُبِلَتْ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً)

[المنتقى]
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَالٌ قُطِعَ فِي سَنَتَيْنِ، وَاسْتُحْسِنَ أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ فِي آخِرِ السَّنَتَيْنِ قَالَ وَإِنْ كَانَتْ ثُلُثًا وَزِيَادَةً يَسِيرَةً فَهِيَ فِي سَنَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ عَلَى الثُّلُثِ لَهَا بَالٌ فَفِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ قَالَ ذَلِكَ كُلَّهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ، وَإِذَا لَزِمَتْ الدِّيَةُ عَوَاقِلَ عَشَرَةٍ قَالَ لَزِمَ كُلُّ قَبِيلٍ عُشْرُهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَقْتُولُ كِتَابِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا تَحَمَّلَتْ قَبِيلَةُ كُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ عُشْرَ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَقَالَ أَشْهَبُ سَوَاءٌ كَانَتْ الدِّيَةُ إبِلًا أَوْ غَيْرَهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِذَا تَحَمَّلَتْ الدِّيَةَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَا يُتَعَجَّلُ مِنْهُمْ شَيْءٌ فَإِذَا تَمَّتْ سَنَةٌ أُخِذَ ثُلُثُهَا قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فِي الدِّيَةِ الْإِبِلُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْعَمُودِ الذَّهَبُ وَلَا الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ الذَّهَبُ) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّهُ إنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ كُلِّ بَلَدٍ فِي الدِّيَةِ مَا ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ، وَاخْتَصَّ بِهِمْ مِنْ أَفْضَلِ الْأَمْوَالِ، وَمَا يَكُونُ تَعَامُلُهُمْ بِهِ، وَيَكْثُرُ وُجُودُهُمْ لَهُ، فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى الْإِبِلُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مُعْظَمَ أَمْوَالِهِمْ، وَلَا مَا يَتَصَرَّفُونَ بِهِ بَيْنَهُمْ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ أَهْلَ مَكَّةَ عِنْدَهُ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الْإِبِلِ، وَلِذَلِكَ قَالَ وَلَا مِنْ أَهْلِ الْعَمُودِ الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ فَقَصَرَ الْإِبِلَ عَلَيْهِمْ كَمَا قَصَرَ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ

عَلَى أَهْلِ الْقُرَى، وَمَنَعَ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ عَلَى التَّخْيِيرِ لِجَانٍ أَوْ مَجْنِيٍّ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ لَازِمٌ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ إلَّا أَنْ يَقَعَ الِاتِّفَاقُ مِنْ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى شَيْءٍ فَيَكُونَ تَعَاوُضًا مُسْتَقْبَلًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يُؤْخَذُ الذَّهَبُ مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ، وَلَا الْوَرِقُ مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ يُرِيدُ أَنَّ لُزُومَ التَّعْيِينِ فِي الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، وَإِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا فِي الزَّكَاةِ وَفِي الدَّيْنِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَحْكَامِ إلَّا أَنَّهُ قَدْ تَعَيَّنَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ ذَلِكَ لِقَوْمٍ عَلَى حَسَبِ مَا تَعَيَّنَتْ الْإِبِلُ لِأَهْلِ الْعَمُودِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ إذَا قُبِلَتْ وَجِنَايَةِ الْمَجْنُونِ]

(ش) : قَوْلُهُ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ إذَا قُبِلَتْ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، يُرِيدُ أَنَّهَا أَرْبَاعٌ فَتَعَلَّقَ التَّغْلِيظُ لِلْعَمْدِ بِالزِّيَادَةِ فِي السِّنِّ دُونَ الْعَدَدِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى فِي الْمُزَنِيَّةِ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَهِيَ الَّتِي تَتْبَعُ أُمَّهَا، وَقَدْ حَمَلَتْ أُمُّهَا، وَبِنْتُ اللَّبُونِ، وَهِيَ الَّتِي تَتْبَعُ أُمَّهَا أَيْضًا وَهِيَ تَرْضِعُ، وَالْحِقَّةُ هِيَ الَّتِي تَسْتَحِقُّ الْجَمَلَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ حِقَّةٌ طَرُوقَةُ الْجَمَلِ الَّتِي بَلَغَتْ أَنْ تُضْرَبَ، وَأَمَّا الْجَذَعَةُ مِنْ الْإِبِلِ فَهِيَ مَا كَانَ مِنْ فَوْقِ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ دِيَةَ الْعَمْدِ أَرْبَاعٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ ابْنِ شِهَابٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ دِيَةُ الْعَمْدِ أَثْلَاثًا كَدِيَةِ التَّغْلِيظِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ نَوْعٍ مِنْ الْقَتْلِ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَجِبْ فِي دِيَةِ الْحَوَامِلِ كَالْخَطَإِ إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَا قُلْنَاهُ هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنَّمَا ذَلِكَ إذَا قُبِلَتْ فِي الْعَمْدِ دِيَةٌ مُبْهَمَةٌ، وَأَمَّا إنْ اصْطَلَحُوا عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَهُوَ مَاضٍ، وَمِنْ الْمَوَّازِيَّةِ إنْ اصْطَلَحُوا عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ ذَلِكَ، وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى دِيَةٍ مُبْهَمَةٍ أَوْ عَفَا بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ فَرَجَعَ الْأَمْرُ إلَى الدِّيَةِ فَهِيَ مِثْلُ دِيَةِ الْخَطَإِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّ الْعَمْدَ يَقْتَضِي التَّغْلِيظَ بِمُجَرَّدِهِ فَإِذَا أُبْهِمَتْ الدِّيَةُ حُمِلَتْ عَلَى ذَلِكَ، وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّ الدِّيَةَ عَلَى الْإِطْلَاقِ إنَّمَا هِيَ دِيَةُ الْخَطَإِ فَإِذَا أُطْلِقَ لَفْظُ الدِّيَةِ اقْتَضَاهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ دِيَةَ الْعَمْدِ لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ، وَهِيَ فِي مَالِ الْجَانِي، وَهَلْ تَكُونُ حَالَّةً أَوْ مُنَجَّمَةً فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ هِيَ حَالَّةٌ غَيْرُ مُنَجَّمَةٍ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّهَا مُنَجَّمَةٌ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا دِيَةٌ لَا تَحْمِلُهَا

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَتَبَ إلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ أَنَّهُ أُتِيَ بِمَجْنُونٍ قَتَلَ رَجُلًا فَكَتَبَ إلَيْهِ مُعَاوِيَةُ أَنْ اعْقِلْهُ، وَلَا تُقِدْ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَجْنُونٍ قَوَدٌ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ إذَا قَتَلَا رَجُلًا جَمِيعًا عَمْدًا أَنَّ عَلَى الْكَبِيرِ أَنْ يُقْتَلَ، وَعَلَى الصَّغِيرِ نِصْفَ الدِّيَةِ قَالَ مَالِكٌ، وَكَذَلِكَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ يَقْتُلَانِ الْعَبْدَ عَمْدًا يُقْتَلُ الْعَبْدُ، وَيَكُونُ عَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَتِهِ)

[المنتقى]

الْعَاقِلَةُ فَكَانَتْ حَالَّةً أَصْلِ ذَلِكَ مَا دُونَ الثُّلُثِ مِنْ أَرْشِ الْجِرَاحَاتِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ فَكَانَتْ مُنَجَّمَةً عَلَى ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ كَالَّتِي تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَتَبَ إلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ أَنَّهُ أُتِيَ بِمَجْنُونٍ قَتَلَ رَجُلًا فَكَتَبَ إلَيْهِ مُعَاوِيَةُ أَنْ اعْقِلْهُ، وَلَا تُقِدْ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَجْنُونٍ قَوَدٌ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ مَرْوَانَ كَتَبَ إلَى مُعَاوِيَةَ يَسْأَلُهُ عَلَى مَا يَلْزَمُ الْأُمَرَاءَ وَالْحُكَّامَ مِنْ الرُّجُوعِ فِيمَا أُشْكِلَ عَلَيْهِمْ إلَى قَوْلِ الْأَئِمَّةِ لَا سِيَّمَا مَنْ كَانَ مِنْهُمْ صَحِبَ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَصَحِبَ الْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ بَعْدَهُ وَعَلِمَ أَحْكَامَهُمْ وَشَهِدَ لَهُ مِثْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ فَقِيهٌ، وَإِنَّمَا كَتَبَ إلَيْهِ مَرْوَانُ يَسْأَلُهُ عَنْ مَجْنُونٍ قَتَلَ فَأَجَابَهُ عَنْ كِتَابِهِ بِأَنَّ حُكْمَ الْمَجْنُونِ الْقَاتِلِ أَنْ يُعْقَلَ، وَلَا يُقَادَ مِنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فِعْلَهُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ فَأَشْبَهَ قَتْلَ الْخَطَإِ، وَقَتْلُ الْخَطَإِ يَخْتَصُّ بِالْعَقْلِ دُونَ الْقِصَاصِ، وَهَكَذَا مَا بَلَغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فِيمَنْ عَقَلَ جِرَاحَهُ، فَأَمَّا مَا قَصَرَ عَنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ، وَأَتْلَفَ مِنْ مَالٍ فَفِي مَالِهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اتُّبِعَ بِهِ فِي ذِمَّتِهِ قَالَهُ أَشْهَبُ، وَهَذَا فِي الْمَجْنُونِ الَّذِي لَا يَعْقِلُ وَلَا يُفِيقُ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا رُجِيَ مِنْ أَدَبِ الْمَعْتُوهِ أَنْ يَكُفَّ لِئَلَّا يَتَّخِذَهُ عَادَةً فَلْيُؤَدَّبْ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي مَجْنُونٍ يَعْقِلُ فَأَمَّا مَجْنُونٌ لَا يَعْقِلُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَى إنْسَانٍ فَحَرَقَ ثِيَابَهُ أَوْ كَسَرَ لَهُ سِنًّا فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ يُرِيدُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إذَا كَانَ لَا قَصْدَ لَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْكَبِيرُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فَيُقَادُ مِنْهُ فِي الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ وَالْجِرَاحِ، وَخَطَؤُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ قَصْدَهُ يَصِحُّ، وَإِنَّمَا سَعْيُهُ يَتَمَيَّزُ فِي مَالِهِ وَحِفْظِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا السَّكْرَانُ فَيُقَادُ مِنْهُ، وَإِنَّ قَصْدَهُ يَصِحُّ، وَهُوَ مُكَلَّفٌ، وَلَوْ بَلَغَ إلَى أَنْ يَكُونَ مُغْمًى عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ مِنْهُ قَصْدٌ، وَلَا يَسْمَعُ، وَلَا يَرَى قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَعِنْدِي لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَهُوَ كَالْعَجْمَاءِ، وَأَمَّا النَّائِمُ فَمَا أَصَابَ فِي نَوْمِهِ مِنْ جُرْحٍ يَبْلُغُ الثُّلُثَ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ زَادَ أَشْهَبُ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ فَفِي مَالِهِ كَالْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكَبِيرَ وَالصَّغِيرَ إذَا قَتَلَا رَجُلًا جَمِيعًا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَقْتُلَاهُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا أَوْ يَقْتُلَهُ أَحَدُهُمَا خَطَأً وَالْآخَرُ عَمْدًا، فَإِنْ قَتَلَاهُ خَطَأً فَلَا خِلَافَ أَنَّ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الدِّيَةَ، وَإِنْ قَتَلَاهُ عَمْدًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُقْتَلُ الْكَبِيرُ، وَعَلَى الصَّغِيرِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا يُقْتَلُ الْكَبِيرُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْقَتْلَ كُلَّهُ عَمْدًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْقَتْلُ عَنْ الصَّغِيرِ لِصِغَرِهِ وَعَدَمِ تَكْلِيفِهِ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ أَبُوهُ وَأَجْنَبِيٌّ عَمْدًا حَرَّمَاهُ فَإِنَّهُ يَعْقِلُ الْأَجْنَبِيُّ، وَعَلَى الْأَبِ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ كُلَّهُ عَمْدٌ لَكِنَّ الْقِصَاصَ صُرِفَ عَنْ الْأَبِ لِمَعْنًى فِيهِ لَا لِصِفَةِ الْقَتْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدُهُمَا خَطَأً، وَقَتَلَ الْآخَرُ عَمْدًا، فَإِنْ كَانَ الْخَطَأُ مِنْ الْكَبِيرِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ الْخَطَأُ مِنْ الصَّغِيرِ وَالْعَمْدُ مِنْ الْكَبِيرِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِمَا الدِّيَةُ، وَلَا يُقْتَلُ الْكَبِيرُ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَلَا يُدْرَى مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ يُقْتَلُ الْكَبِيرُ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ لِأَنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ كَالْخَطَإِ، وَحُجَّةُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يُدْرَى مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّهُ إذَا تَعَمَّدَ الصَّبِيُّ لَا يُدْرَى أَيْضًا مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ، وَهُوَ يَرَى عَمْدَهُ كَالْخَطَإِ، وَمَا قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا يَلْزَمُ ابْنَ الْقَاسِمِ لَا يُدْرَى مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ لَا يُدْرَى هَلْ مَاتَ مِنْ ضَرْبِ عَمْدٍ أَوْ ضَرْبِ خَطَإٍ فَهَذَا الَّذِي يَمْنَعُ الْقِصَاصَ مِنْ الْمُتَعَمِّدِ كَمَا لَوْ كَانَا كَبِيرَيْنِ، أَمَّا إنْ كَانَ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ عَامِدَيْنِ فَقَدْ عُلِمَ أَنَّهُ مَاتَ مِنْ ضَرْبِ عَمْدٍ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنْ الصَّغِيرِ لِمَعْنًى فِيهِ لَا لِمَعْنًى فِي الضَّرْبِ كَمَا لَوْ كَانَا كَبِيرَيْنِ قَتَلَاهُ عَمْدًا فَعُفِيَ عَنْ أَحَدِهِمَا لَمَّا سَقَطَ بِذَلِكَ الْقِصَاصُ عَنْ الْآخَرِ، أَوْ قَتَلَ حُرٌّ وَعَبْدٌ عَبْدًا عَمْدًا فَإِنَّ

. . . .

[المنتقى]

سُقُوطَ الْقِصَاصِ عَنْ الْحُرِّ لَا يُسْقِطُهُ عَنْ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مَا أَسْقَطَهُ عَنْ صَاحِبِهِ لَمْ يَكُنْ لِمَعْنًى فِي الْفِعْلِ، وَإِنَّمَا كَانَ لِمَعْنًى فِي الْفَاعِلِ، وَلَوْ قَتَلَهُ أَحَدُهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرُ خَطَأً لَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْ أَحَدِهِمَا لِمَعْنًى فِي الْفِعْلِ، وَلَا يُدْرَى هَلْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْفِعْلِ الَّذِي يَمْنَعُ الْقِصَاصَ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ مِنْ فِعْلِ الْآخَرِ الَّذِي لَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَتَلَ رَجُلًا رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا خَطَأً وَالْآخَرُ عَمْدًا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ وَالْمَجْمُوعَةِ: عَلَى الْعَامِدِ الْقَتْلُ، وَعَلَى الْمُخْطِئِ نِصْفُ الدِّيَةِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَاضْطَرَبَ فِيهَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَالَ مَرَّةً يُجْبَرُ الْأَوْلِيَاءُ أَنْ يُقْسِمُوا عَلَى مَنْ شَاءُوا مِنْهُمَا مَاتَ الْقَتِيلُ قَصْعًا أَوْ صَدْمًا، وَاسْتَحْسَنَ هَذَا أَصْبَغُ، ثُمَّ قَالَ مَرَّةً يُقْسِمُونَ أَنَّ مِنْ ضَرْبِهِمَا مَاتَ، ثُمَّ يَكُونُ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي مَالِ الْعَامِدِ، وَنِصْفُهَا عَلَى عَاقِلَةِ الْمُخْطِئِ، وَإِنْ كَانَ مَاتَ الْقَتِيلُ قَصْعًا، وَثَبَتَتْ فِي ذَلِكَ بَيِّنَةٌ قَالَ، وَلَا يُقْتَلُ الْمُتَعَمِّدُ إذَا شَارَكَهُ الْمُخْطِئُ، وَالَّذِي حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ مَتَى اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَوَدُ، وَمَنْ لَا قَوَدَ عَلَيْهِ كَالْعَامِدِ، وَالْمُخْطِئِ، وَالْبَالِغِ، وَالصَّغِيرِ، وَالْعَاقِلِ، وَالْمَجْنُونِ قُتِلَ مَنْ يَلْزَمُهُ الْقَوَدُ، وَكَانَ عَلَى الْآخَرِ بِقِسْطِهِ مِنْ الدِّيَةِ فَسَوَّى بَيْنَ مُشَارَكَةِ الْمُخْطِئِ، وَمُشَارَكَةِ الصَّغِيرِ فِي الْقِصَاصِ مِمَّنْ شَارَكَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا قَوَدَ عَلَى مَنْ يَشْرَكُ أَحَدًا مِنْهُمْ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ} [البقرة: 178] ، وَمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «فَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إنْ شَاءُوا قَتَلُوا» ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الِاشْتِرَاكَ فِي الْقَتْلِ لَا يُغَيِّرُ جِنْسَهُ كَاشْتِرَاكِ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَعَلَى الصَّغِيرِ نِصْفُ الدِّيَةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ فِي مَالِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ فَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ عَمْدَهُ كَالْخَطَإِ.

وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا، وَقَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ مَا وَقَعَ مِنْ الدِّيَةِ عَلَى الْحُرِّ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثِ دِيَةٍ فَإِنَّهُ فِي مَالِهِ بَلْ يَكُونُ عَلَى مَا وَقَعَ عَلَى الصَّغِيرِ فِي مَالِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْهُ مَعَهُ إلَّا كَبِيرٌ وَاحِدٌ، وَإِنَّمَا يَكُونُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ أَحَدَ عَشَرَ عَلَى عَاقِلَتِهِ إذَا كَانَ الْقَتْلُ كُلُّهُ خَطَأً.

وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ قَتْلٌ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْقِصَاصُ مَعَ ثُبُوتِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَكَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَالْخَطَإِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ عَمْدٌ فَلَمْ تَجِبْ بِهِ دِيَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَعَمْدِ الْكَبِيرِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّ الدِّيَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُونَ عَشَرَةً وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ عُشْرَ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّغِيرِ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِأَصْلِ الدِّيَةِ، وَهِيَ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَذَلِكَ الْجُزْءُ وَإِنْ قَلَّ مُؤَجَّلٌ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ الِاعْتِبَارِ بِأَصْلِ الدِّيَةِ، وَهِيَ دِيَةٌ كَامِلَةٌ فَوَجَبَ أَنْ يُنَجَّمَ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ؛ لِأَنَّ عَلَى كُلِّ عَاقِلَةٍ جُزْءًا مِنْ دِيَةٍ كَامِلَةٍ كَمَا يُنَجَّمُ مَا يَلْزَمُ كُلَّ إنْسَانٍ مِنْ الْعَاقِلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ أَقَلَّ مِنْ الدِّيَةِ، وَرُبَّمَا كَانَ الَّذِي يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ أَقَلَّ مِمَّا يُصِيبُ عَاقِلَةً أُخْرَى مِنْ ثُلُثِ دِيَةٍ، وَلَكِنَّ سُنَّةَ الدِّيَاتِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ الِاعْتِبَارِ بِأُصُولِهَا، وَعَلَى حَسَبِ ذَلِكَ يَكُونُ تَنْجِيمُهَا، وَتَحَمُّلُ الْعَاقِلَةِ لَهَا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَكَذَلِكَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ يَقْتُلَانِ الْعَبْدَ عَمْدًا فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الْعَبْدُ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ، وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْحُرِّ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُقْتَلُ بِعَبْدِ غَيْرِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعَيْ الْقِصَاصِ فَلَمْ يَجْرِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ كَالْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ، وَقَتَلَ عَبْدًا حُرٌّ وَعَبْدٌ فَإِنَّهُ لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ، وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ كُلَّهُ قَتْلٌ عَمْدٌ فَمَا سَقَطَ مِنْ الْقِصَاصِ عَنْ

(72/7)

مَا جَاءَ فِي دِيَةِ الْخَطَإِ فِي الْقَتْلِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عِرَاكِ بْنِ مَالِكٍ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي سَعْدِ بْنِ لَيْثٍ أَجْرَى فَرَسًا عَلَى أُصْبُعِ رَجُلٍ مِنْ جُهَيْنَةَ فَنَزَا مِنْهَا فَمَاتَ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِلَّذِي أُدُّعِيَ عَلَيْهِ أَتَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ خَمْسِينَ يَمِينًا مَا مَاتَ مِنْهَا فَأَبَوْا، وَتَحَرَّجُوا، وَقَالَ لِلْآخَرِينَ أَتَحْلِفُونَ أَنْتُمْ فَأَبَوْا فَقَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِشَطْرِ الدِّيَةِ عَلَى السَّعْدِيِّينَ قَالَ مَالِكٌ، وَلَيْسَ

الْعَمَلُ عَلَى هَذَا) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَرَبِيعَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانُوا يَقُولُونَ دِيَةُ الْخَطَإِ عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ ذَكَرًا، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا قَوَدَ بَيْنَ الصِّبْيَانِ، وَأَنَّ عَمْدَهُمْ خَطَأٌ مَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ الْحُدُودُ وَيَبْلُغُوا الْحُلُمَ، وَإِنَّ قَتْلَ الصَّبِيِّ

[المنتقى]
الْحُرِّ لِنَقْصِ الْمَقْتُولِ بِالرِّقِّ عَنْ مُسَاوَاةِ الْحُرِّ لَا يَسْقُطُ ذَلِكَ عَنْ الْعَبْدِ الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ مُسَاوٍ لَهُ فِي الْحُرْمَةِ؛ لِأَنَّ الْمُسْقِطَ فِي الْقِصَاصِ إنَّمَا هُوَ لِمَعْنًى فِي الْقَاتِلِ لَا لِمَعْنًى فِي الْقَتِيلِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَتَلَ حُرًّا عَبْدٌ وَحُرٌّ فَإِنَّهُمَا يُقْتَلَانِ بِهِ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ مُسَاوٍ لِلْمَقْتُولِ، وَالْعَبْدَ أَدْوَنُ رُتْبَةً مِنْ الْحُرِّ فَيُقْتَلُ بِالْحُرِّ، وَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

[مَا جَاءَ فِي دِيَةِ الْخَطَإِ فِي الْقَتْلِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا سَعْدِيًّا وَطِئَ بِفَرَسِهِ عَلَى أُصْبُعِ رَجُلٍ مِنْ جُهَيْنَةَ فَنَزَا مِنْهَا يُرِيدُ نَزَا مِنْهَا الدَّمُ وَتَزَايَدَتْ فَمَاتَ الْجُهَنِيُّ فَأَمَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - السَّعْدِيِّينَ أَنْ يَحْلِفُوا مَا مَاتَ مِنْهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْقَسَامَةِ إلَّا أَنَّ عُمَرَ رَأَى أَنْ يَبْدَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ بِالْأَيْمَانِ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ، وَغَيْرِهِ مِنْ الْعُلَمَاءِ أَنْ يَبْدَأَ الْمُدَّعُونَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْقَسَامَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْحَدِيثِ الْمَرْفُوعِ وَظَاهِرُهُ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى هَذَا يُرِيدُ أَنَّ الَّذِي يَرَى هُوَ، وَيُفْتِي بِهِ أَنْ يَبْدَأَ الْمُدَّعُونَ؛ لِأَنَّ جَنْبَتَهُمْ أَظْهَرُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(فَصْلٌ) :

وَلَمَّا أَبَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَالْمُدَّعُونَ مِنْ الْأَيْمَانِ، وَتَحَرَّجُوا قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِشَطْرِ الدِّيَةِ عَلَى السَّعْدِيِّينَ، يُرِيدُ أَنَّهُ أَصْلَحَ بَيْنَهُمْ عَلَى هَذَا فَسَمَّاهُ قَضَاءً بِمَا يُوجَدُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِلَّا فَالْقَضَاءُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَنْ رُدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فَنَكَلَ قَضَى عَلَيْهِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا أَنَّهُ إذَا رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَى

الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ فَنَكَّلُوا فَعَنْ مَالِكٍ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّهُمْ يُحْبَسُونَ حَتَّى يَحْلِفُوا فَإِنْ طَالَ حَبْسُهُمْ خُلُّوا، وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ أَنَّ الدِّيَةَ تَلْزَمُهُمْ بِالنُّكُولِ وَأَبُو حَنِيفَةَ الَّذِي يَقُولُ يَبْدَأُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ بِالْيَمِينِ، وَلَا يَرَى رَدَّ الْيَمِينِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ –، وَلَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى هَذَا يُرِيدُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ تَبْدِئَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَالْقَضَاءِ بَيْنَهُمْ بِنِصْفِ الدِّيَةِ إنْ حُمِلَ قَوْلُهُ فَقَضَى عُمَرُ عَلَى السَّعْدِيِّينَ بِنِصْفِ الدِّيَةِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ حُكْمٌ قَضَى بِهِ بَيْنَهُمْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْتَبِرَ فِي ذَلِكَ بِرِضَاهُمْ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَرَبِيعَةَ كَانُوا يَقُولُونَ دِيَةُ الْخَطَإِ عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ ذَكَرًا، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ، وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إلَى أَنَّ دِيَةَ الْخَطَإِ عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ سِنٌّ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الزَّكَاةِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي دِيَةِ الْخَطَإِ كَالْفِصْلَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ دِيَةَ الْجِرَاحِ خَطَأً عَلَى هَذَا مُخَمَّسَةٌ أَيْضًا قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ فَإِنْ كَانَ جُرْحًا عَقْلُهُ أَقَلُّ مِنْ خَمْسٍ مِنْ الْإِبِلِ كَالْأُنْمُلَةِ كَانَ لَهُ شِرْكٌ فِي هَذِهِ الْأَسْنَانِ الْخَمْسَةِ فَفِي الْأُنْمُلَةِ ثَلَاثَةُ أَبْعِرَةٍ وَثُلُثٌ مُخَمَّسَةٌ ثُلُثُ بَعِيرٍ مِنْ كُلِّ سِنٍّ يَكُونُ فِيهِ شَرِيكًا قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ.

(73/7)

لَا يَكُونُ إلَّا خَطَأً، وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ صَبِيًّا وَكَبِيرًا قَتَلَا رَجُلًا حُرًّا خَطَأً، كَانَ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ قُتِلَ خَطَأً فَإِنَّمَا عَقْلُهُ مَالٌ لَا قَوَدَ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ كَغَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ يُقْضَى بِهِ دَيْنُهُ وَتَجُوزُ فِيهِ وَصِيَّتُهُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ تَكُونُ الدِّيَةُ قَدْرَ ثُلُثِهِ، ثُمَّ عَفَا عَنْ دِيَتِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرَ دِيَتِهِ جَازَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ إذَا عَفَا عَنْهُ وَأَوْصَى بِهِ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَا قَوَدَ بَيْنَ الصِّبْيَانِ الْقَوَدُ هُوَ الْقِصَاصُ يُرِيدُ إنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ لَا قِصَاصَ

عَلَيْهِ فِيهِ، وَقَوْلُهُمْ عَمْدُهُمْ خَطَأٌ يُرِيدُ أَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ حُكْمَ الْخَطَإِ، وَقَوْلُهُ مَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ الْحُدُودُ، يُرِيدُ الْحُدُودَ الَّتِي تَجِبُ عَلَى مَنْ فَعَلَ أَسْبَابَهَا مِنْ حَدِّ قَذْفٍ وَشُرْبِ خَمْرٍ وَزِنًا، وَقَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ يُرِيدُ الِاحْتِلَامَ، وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِمَعْنًى وَاحِدٍ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا جَنَى غُلَامٌ لَمْ يَحْتَلِمْ وَصَبِيَّةٌ لَمْ تَحِضْ مِنْ عَمْدٍ فَهُوَ كَالْخَطَإِ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْحَيْضِ وَالِاحْتِلَامِ أُقِيدَ مِنْهَا وَإِنْ كَانَ فِي وِلَايَةٍ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ الْحُدُودُ وَلَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ سَوَاءً، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ عَلَيْهِمْ الْحُدُودُ بِالْإِنْبَاتِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا الِاحْتِلَامُ فَهُوَ مِمَّا يَنْفَرِدُ بِمَعْرِفَتِهِ الْمُحْتَلِمُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْكِرَهُ إذَا جَنَى أَوْ أَتَى بِمَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ حَدٌّ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ كَانَ يُرَاعِي فِيمَنْ يَقْتُلُهُ مِنْ الرِّجَالِ يَوْمَ قُرَيْظَةَ» وَغَيْرِهِمْ الْإِنْبَاتَ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ ظَاهِرٌ، وَالِاحْتِلَامُ أَمْرٌ غَائِبٌ يُمْكِنُ أَنْ يَدَّعِيَهُ وَيُنْكِرَهُ مِنْ وُجُوهٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا حُكْمُ الصَّغِيرِ يَعْقِلُ وَيَعْرِفُ مَا يَعْمَلُ وَلَهُ قَصْدٌ، وَأَمَّا الرَّضِيعُ فَلَا شَيْءَ فِيمَا أَفْسَدَ وَكَسَرَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قِيلَ فَلَوْ فَقَأَ عَيْنَ رَجُلٍ فَوَقَفَ، وَقَالَ قَدْ تَكَلَّمَ النَّاسُ فِي هَذَا، وَالْكَسْرُ عِنْدِي أَبْيَنُ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ كَانَ الصَّبِيُّ ابْنَ سَنَةٍ، وَقَالَ عَنْهُ عِيسَى فِي الْعُتْبِيَّةِ ابْنَ سَنَةٍ وَنِصْفٍ، وَنَحْوِ ذَلِكَ فَكَسَرَ لُؤْلُؤَةً، وَأَتْلَفَ شَيْئًا فَفِي مَالِهِ إنْ كَانَ قَدْ جَنَى وَيَنْتَهِي إذَا زُجِرَ، وَأَمَّا ابْنُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَنَحْوِهَا لَا يُزْدَجَرُ، وَإِنْ زُجِرَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا سَرَقَ الصَّبِيُّ الشَّيْءَ فَاسْتَهْلَكَهُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَشَدُّ ذَلِكَ أَنْ يُتَّبَعَ بِهِ، وَمَا هُوَ بِالْبَيِّنِ، وَمِنْ الْأُمُورِ مَا لَا يَتَبَيَّنُ أَبَدًا، وَكَذَلِكَ مَا كَانَ دُونَ ثُلُثِ الدِّيَةِ مِنْ جِرَاحَاتِهِ، وَهَذَا إذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَقَدْ قَالَ ابْنِ نَافِعٍ هُوَ دَيْنٌ عَلَيْهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا جَنَى الصَّبِيُّ أُدِّبَ إنْ كَانَ يَعْقِلُ مَا يَصْنَعُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَفْهَمُ الزَّجْرَ، وَالْعُقُوبَةُ وَالتَّعْزِيرُ إنَّمَا وُضِعَا لِلرَّدْعِ وَالزَّجْرِ وَالتَّعْلِيمِ كَمَا يُؤَدَّبُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ قَتَلَ صَغِيرٌ وَكَبِيرٌ حُرًّا خَطَأً كَانَ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ يُرِيدُ أَنَّ الْعَقْلَ كُلَّهُ كَمَا كَانَ خَطَأً كَانَ مِمَّا تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ فَلَزِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ بِعَدَدِ الْقَاتِلِينَ، وَعَلَى حَسَبِ ذَلِكَ تَكُونُ الدِّيَةُ مَقْسُومَةً عَلَى عَوَاقِلِهِمْ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعِوَضَ مِنْ قَتْلِ الْخَطَإِ إنَّمَا هُوَ الدِّيَةُ خَاصَّةً، وَهُوَ الْعَقْلُ دُونَ الْقِصَاصِ فَإِنَّمَا ذَلِكَ مَالٌ حُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ الْمَقْتُولِ يُقْضَى بِهِ دَيْنُهُ، وَيَدْخُلُ فِيهِ وَصَايَاهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الْإِطْلَاقِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَإِذَا عَفَا الْمَقْتُولُ عَنْ الْقَاتِلِ فَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُوصِي لَهُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ مِنْ مَالٍ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ كَانَ ثُلُثُ مَالِهِ وَدَيْنِهِ يَحْمِلُ دِيَتَهُ جَازَ عَفْوُهُ وَعَنْهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرَ الدِّيَةِ سَقَطَ عَنْ عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ ثُلُثُهَا.

وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُحَاصُّ بِهَا أَهْلُ الْوَصَايَا قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فَمَا أَصَابَ أَهْلَ الْوَصَايَا أَخَذُوهُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ الْعَاقِلَةِ، وَأَخَذَ الْوَرَثَةُ ثُلُثَهَا كَذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا عَفَا الْمَقْتُولُ عَمْدًا فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ قَتْلَ غِيلَةٍ أَوْ غَيْرَ غِيلَةٍ فَإِنْ كَانَ قَتْلَ غِيلَةٍ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَهُ لَازِمٌ، وَحَدٌّ ثَابِتٌ لَا يَجُوزُ الْعَفْوُ عَنْهُ كَالَّذِي يَقْتُلُهُ الْمُحَارِبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْغِيلَةِ، وَعَفَا عَنْ قَاتِلِهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ

(74/7)

مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْجِرَاحِ فِي الْخَطَإِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّ الْأَمْرَ الْمُجْتَمَعَ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ فِي الْخَطَإِ أَنَّهُ لَا يُعْقَلُ حَتَّى يَبْرَأَ الْمَجْرُوحُ وَيَصِحُّ وَأَنَّهُ إنْ كُسِرَ عَظْمٌ مِنْ الْإِنْسَانِ يَدٌ أَوْ رِجْلٌ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الْجَسَدِ خَطَأً فَبَرِئَ وَصَحَّ، وَعَادَ لِهَيْئَتِهِ فَلَيْسَ فِيهِ عَقْلٌ فَإِنْ نَقَصَ أَوْ كَانَ فِيهِ عَقْلٌ فَفِيهِ مِنْ عَقْلِهِ بِحِسَابِ مَا نَقَصَ قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَظْمُ مِمَّا جَاءَ فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَقْلٌ مُسَمًّى فَبِحِسَابِ مَا فَرَضَ فِيهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَمَا كَانَ مِمَّا لَمْ يَأْتِ فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَقْلٌ مُسَمًّى، وَلَمْ تَمْضِ فِيهِ سُنَّةٌ، وَلَا عَقْلٌ مُسَمًّى فَإِنَّهُ يَجْتَهِدُ فِيهِ قَالَ مَالِكٌ، وَلَيْسَ فِي الْجِرَاحِ فِي الْجَسَدِ إذَا كَانَتْ خَطَأً عَقْلٌ إذَا بَرِئَ الْجُرْحُ، وَعَادَ لِهَيْئَتِهِ فَإِنْ كَانَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ عَقْلٌ أَوْ شَيْنٌ فَإِنَّهُ يَجْتَهِدُ فِيهِ إلَّا الْجَائِفَةَ فَإِنْ فِيهَا ثُلُثَ الدِّيَةِ قَالَ مَالِكٌ، وَلَيْسَ فِي مُنَقِّلَةِ الْجَسَدِ عَقْلٌ، وَهِيَ مِثْلُ مُوضِحَةِ الْجَسَدِ) .

[المنتقى]

رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَابْنِ وَهْبٍ، وَغَيْرِهِمَا عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ دُونَ أَوْلِيَائِهِ وَوَلَدِهِ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَلَا قَوْلَ لِغُرَمَائِهِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَحَقُّ بِالْعَفْوِ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ أَمْلَكُ لِدِيَتِهِ مِنْ وَلَدِهِ وَأَوْلِيَائِهِ، وَلَوْ قَالَ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ فَاقْتُلُوهُ، وَلَا تَقْبَلُوا مِنْهُ دِيَةً لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ أَخْذُ الدِّيَةِ مِنْهُ، وَلَوْ عَفَا بَعْضُ أَوْلِيَائِهِ لَمْ يَجُزْ عَفْوُهُ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْوَاضِحَةِ إنْ ثَبَتَ الدَّمُ بِبَيِّنَةٍ فَلَا عَفْوَ لَهُمْ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بِالْقَسَامَةِ فَالْعَفْوُ لِلْوَرَثَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ عَفْوُهُ قَبْلَ الْقَتْلِ أَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَتْلِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ قَالَ لَيْتَنِي أَجِدُ مَنْ يَقْتُلُنِي فَقَالَ رَجُلٌ أَشْهِدْ أَنَّكَ وَهَبْت لِي دَمَك، وَعَفَوْت عَنِّي، وَأَنَا أَقْتُلُك فَأَشْهَدَ لَهُ فَقَتَلَهُ فَقَالَ اخْتَلَفَ فِيهَا أَصْحَابُنَا، وَأَحْسَنُ مَا رَأَيْت أَنْ يُقَادَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَفَا عَنْ شَيْءٍ قَبْلَ أَنْ يَجِبَ، وَإِنَّمَا وَجَبَ لِأَوْلِيَائِهِ بِخِلَافِ عَفْوِهِ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ، وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي قَطْعِ يَدِهِ فَفَعَلَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُعَاقِبُ الْقَاطِعُ يَدَهُ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ فِي قَطْعِ يَدِهِ، وَلِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِإِذْنِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا عَفْوُهُ عَنْ قَاتِلِهِ عَمْدًا بَعْدَ الْقَتْلِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ جُرْحًا لَا يُتَيَقَّنُ مِنْهُ الْمَوْتُ أَوْ جُرْحًا يُتَيَقَّنُ مِنْهُ الْمَوْتُ وَتَنْفُذُ مَقَاتِلُهُ، فَإِنْ كَانَ جُرْحًا لَا يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ غَالِبًا، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ، ثُمَّ نَزَّ فِي جُرْحِهِ فَمَاتَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ لِوُلَاتِهِ أَنْ يُقْسِمُوا وَيَقْتُلُوهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْفُ عَنْ النَّفْسِ قَالَهُ أَشْهَبُ إلَّا أَنْ يَقُولَ عَفَوْت عَنْ الْجُرْحِ، وَمَا تَوَلَّدَ مِنْهُ فَيَكُونَ عَفْوًا عَنْ النَّفْسِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَفَا عَنْ جُرْحٍ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ يَئُولُ إلَى نَفْسٍ، وَأَمَّا إنْ عَفَا بَعْدَ أَنْ أَنْفَذَ مَقَاتِلَهُ فَذَلِكَ الَّذِي يَجُوزُ عَفْوُهُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا فَإِنْ أَوْصَى أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُ الدِّيَةُ، وَأَوْصَى بِوَصَايَا فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَوَصَايَاهُ فِي دَيْنِهِ وَمَالِهِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالْعَفْوِ عَنْ الدِّيَةِ انْتَقَلَ الدَّمُ إلَى الدِّيَةِ فَصَارَ مَالًا لَهُ حُكْمُ مَالِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ عَفَا الْمَقْتُولُ عَنْ الدِّيَةِ دَخَلَتْ فِيهَا الْوَصَايَا، وَلَوْ عَفَا الْوَرَثَةُ عَنْ الدِّيَةِ لَمْ تَدْخُلْ فِيهَا الْوَصَايَا، وَإِنْ عَاشَ بَعْدَ الضَّرْبِ مِنْ الْمَوَّازِيَّةِ.

[مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْجِرَاحِ فِي الْخَطَإِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمَجْرُوحَ خَطَأً لَا يُعْقَلُ جُرْحُهُ حَتَّى يَبْرَأَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إنْ أَخَذَ دِيَةَ جُرْحِهِ قَبْلَ الْبُرْءِ رُبَّمَا تَرَامَى إلَى مَا هُوَ أَكْثَرُ مِنْهُ فَيَحْتَاجُ إلَى تَكْرَارِ الْحُكْمِ وَالِاجْتِهَادِ، وَرُبَّمَا انْتَقَلَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ عَنْ الْجَانِي إلَى الْعَاقِلَةِ بِأَنْ يَكُونَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ الْأُولَى أَقَلَّ مِنْ الثُّلُثِ فَيَكُونَ فِي مَالِ الْجَانِي، ثُمَّ يَتَرَامَى إلَى أَنْ يَبْلُغَ الثُّلُثَ وَيَزِيدَ عَلَيْهِ فَيَجِبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَرُبَّمَا بَلَغَ ذَهَابَ النَّفْسِ فَيَحْتَاجُ إلَى الْقَسَامَةِ، وَلَا يُسْتَحَقُّ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ النَّفْسِ إلَّا بِهَا فَيَطْلُبُ حُكْمًا مَوْقُوفًا عَلَى اخْتِيَارِهِ لَهُ أَنْ يَبْطُلَ بِإِبْطَالِهِ إنْ شَاءَ، وَذَلِكَ خِلَافُ مَا ثَبَتَتْ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ مِنْ اللُّزُومِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ طَالَ أَمْرُ الْمَجْرُوحِ، وَلَمْ يَبْرَأْ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِدِيَتِهِ حَتَّى يَبْرَأَ، وَإِنْ مَضَتْ لِذَلِكَ سَنَةٌ، وَاخْتَارَهُ

(75/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الطَّبِيبَ إذَا خَتَنَ فَقَطَعَ الْحَشَفَةَ أَنَّ عَلَيْهِ الْعَقْلَ، وَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ الْخَطَإِ الَّذِي تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، وَإِنْ كَانَ مَا أَخْطَأَ بِهِ الطَّبِيبُ أَوْ تَعَدَّى إذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ ذَلِكَ فَفِيهِ الْعَقْلُ) .

[المنتقى]

ابْنُ الْقَاسِمِ، وَبِهِ قَالَ الْمُغِيرَةُ، وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ إذَا انْقَضَتْ سَنَةٌ حُكِمَ لَهُ بِالدِّيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَبْرَأْ، وَاخْتَارَهُ أَشْهَبُ، وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ الْحُكْمَ بِذَلِكَ حُكْمٌ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ، وَلِأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِالْبُرْءِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ إنْ بَرِئَ قَبْلَ السَّنَةِ لَزِمَ تَعْجِيلُ عَقْلِهِ، وَإِنْ لَمْ يَبْرَأْ لَمْ يَلْزَمْ تَعْجِيلُ عَقْلِهِ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ السَّنَةِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا يَقْتَضِي أَنَّ الْقَوْلَيْنِ قَوْلٌ وَاحِدٌ فَقَالَ وَإِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ يَسْتَأْنِي بِهِ سَنَةً أَنَّهُ عِنْدَهُ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ سَنَةٌ إلَّا وَقَدْ انْتَهَى؛ لِأَنَّهُ قَالَ مَعَ ذِكْرِ السَّنَةِ فَإِنْ انْتَهَى إلَى مَا يُعْرَفُ عَقْلٌ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَعْقِلُ جُرْحٌ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُ إلَّا بَعْدَ الْبُرْءِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ الصِّدِّيقِ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ السَّنَةَ مُدَّةٌ

يَتَقَرَّرُ فِيهَا أَمْرُ الْجُرْحِ فَأَمَّا بَرِئَ أَوْ تَقَرَّرَ عَلَى حَالَةٍ ثَابِتَةٍ فَيَجِبُ أَنْ يُعْقَلَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَضَتْ عَلَيْهِ فُصُولُ السَّنَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَايَدَ إلَّا أَنَّ ذَلِكَ يَغْلِبُ النَّفْسَ، وَفِي الْغَالِبِ تَقَرُّرُهُ، وَفِي تَرْكِهِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ إبْطَالُ الْأَرْشِ، وَإِضْرَارٌ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا عَقَلَ بِانْقِضَاءِ السَّنَةِ فَانْقَضَتْ السَّنَةُ فَإِنَّهُ يَعْقِلُ مَكَانَهُ، ثُمَّ إنْ بَرِئَ فَلَهُ مَا أَخَذَ، وَإِنْ زَادَ أَمْرُ الْجُرْحِ أَخَذَ الزِّيَادَةَ إنْ شَاءَ، وَالظَّالِمُ أَحَقُّ مَنْ حُمِلَ عَلَيْهِ قَالَهُ أَشْهَبُ.

(فَرْعٌ) وَبِمَاذَا يُعْلَمُ الْبُرْءُ قَالَ الْمُغِيرَةُ إذَا قَالَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ قَدْ بَرِئَ فَلْيَعْقِلْ فِي الْخَطَإِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْعَيْنِ تَذْهَبُ فَيَسِيلُ دَمْعُهَا فَتَمَّتْ السَّنَةُ، وَهِيَ كَذَلِكَ، وَلَمْ يُنْقَصْ مِنْ بَصَرِ الْعَيْنِ شَيْءٌ فَفِيهَا حُكُومَةٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَمَّا مِثْلُ الْعَيْنِ تَدْمَعُ، وَالْجِرَاحُ الَّتِي تَكُونُ مِثْلَ هَذَا قَدْ ثَبَتَتْ عَلَى ذَلِكَ فَتِلْكَ تَعْقِلُ عِنْدَ السَّنَةِ، وَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا تَعْقِلُ إلَّا بَعْدَ ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّ مِنْ الْبُرْءِ مَا يُنْتَهَى إلَى حَالٍ تَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ وَإِنْ كُسِرَ عَظْمٌ مِنْ الْإِنْسَانِ يَدٌ أَوْ رِجْلٌ أَوْ غَيْرُهُمَا خَطَأً فَبَرِئَ، وَعَادَ لِهَيْئَتِهِ فَلَيْسَ فِيهِ عَقْلٌ، وَإِنْ نَقَصَ أَوْ كَانَ فِيهِ عَثَلٌ فَفِيهِ مِنْ الْعَقْلِ بِحِسَابِ مَا نَقَصَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ جِنَايَةَ الْخَطَإِ لَا جُرْمَ وُجِدَ مِنْ فَاعِلِهَا مَا يَقْتَضِي الْقِصَاصَ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ غُرْمُ مَا نَقَصَ فَإِنْ عَادَ لِهَيْئَتِهِ فَلَمْ يُتْلِفْ شَيْئًا فَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ قَالَ فِي الْمُزَنِيَّةِ الْعَثَلُ أَنْ تَنْقُصَ الْيَدُ أَوْ الرِّجْلُ فَلَا تَعُودُ الْأُولَى فَيُنْظَرَ إلَى حَالِهَا الْيَوْمَ كَمْ نَقَصَ مِنْ حَالِهَا الْأُولَى فَإِنْ كَانَ ثُلُثًا فَلَهُ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ فَبِحِسَابِ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَظْمُ مِمَّا فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَقْلٌ مُسَمًّى فَبِحِسَابِ مَا فَرَضَ فِيهِ، وَمَا لَمْ يَأْتِ فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَقْلٌ مُسَمًّى فَإِنَّهُ يَجْتَهِدُ فِيهِ يُرِيدُ إنْ كَانَ الْيَدُ أَوْ الرِّجْلُ الَّذِي فِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ كَانَ فِيهِ بِقَدْرِ مَا نَقَصَهُ الْعَثَلُ عَلَى مَا قَالَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ عَقْلٌ مُسَمًّى اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ يُرِيدُ مِثْلَ أَعْضَاءِ الْجَسَدِ مِثْلُ ضِلْعٍ أَوْ تَرْقُوَةٍ فَهَذِهِ لَيْسَ فِيهَا عَقْلٌ مُسَمًّى فَإِنْ عَادَتْ لِهَيْئَتِهَا فَلَا شَيْءَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ بَرِئَتْ عَلَى نَقْصٍ اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إلَّا الْجَائِفَةَ فَإِنَّ فِيهَا ثُلُثَ النَّفْسِ يُرِيدُ ثُلُثَ دِيَةِ الْإِنْسَانِ مُقَدَّرَةً، وَذَلِكَ لِغَرَرِهَا وَخَطَرِهَا وَصِغَرِهَا، وَإِنَّهَا إنْ بَرِئَتْ فَإِنَّهَا تَبْرَأُ غَالِبًا عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ فَجَعَلَ فِيهَا ثُلُثَ الدِّيَةِ تَحَرُّزًا لِلدِّمَاءِ وَرَدْعًا عَنْهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ وَلَيْسَ فِي مُنَقِّلَةِ الْجَسَدِ عَقْلٌ، وَهِيَ مِثْلُ مُوضِحَتِهِ يُرِيدُ أَنَّهَا إذَا بَرِئَتْ عَلَى سَلَامَةٍ فَلَا شَيْءَ فِيهَا لِقِلَّةِ خَطَرِهَا، وَأَمَّا مُنَقِّلَةُ الرَّأْسِ فَفِيهَا الْعَقْلُ لِغَرَرِهَا، وَكَذَلِكَ الْمُوضِحَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّ الطَّبِيبَ وَالْحَجَّامَ وَالْخَاتِنَ وَالْبَيْطَارَ إنْ مَاتَ مِنْ فِعْلِهِمْ أَحَدٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَفْعَلُوا الْفِعْلَ الْمَعْهُودَ فِي ذَلِكَ أَوْ يَتَجَاوَزُوهُ فَإِنَّ فَعَلُوا الْمَعْهُودَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي

(76/7)

مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْمَرْأَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ أُصْبُعُهَا كَأُصْبُعِهِ، وَسِنُّهَا كَسِنِّهِ، وَمُوضِحَتُهَا كَمُوضِحَتِهِ، وَمُنَقِّلَتُهَا كَمُنَقِّلَتِهِ مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، وَبَلَغَهُ عَنْ

[المنتقى]

الْمَجْمُوعَةِ لَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ إنْ لَمْ يُخَالِفْ، وَكَذَلِكَ مُعَلِّمُ الْكِتَابِ وَالصَّنْعَةِ إنْ ضَرَبَ الصَّبِيَّ لِلتَّأْدِيبِ الضَّرْبَ الْمُعْتَادَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِمِثْلِ هَذَا، وَمَأْذُونٌ لَهُ فِيهِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ جَاوَزَ الْمُعْتَادَ مِثْلَ أَنْ يَقْطَعَ الْخَاتِنُ الْحَشَفَةَ أَوْ يَضْرِبَ الْمُعَلِّمُ لِغَيْرِ أَدَبٍ تَعَدِّيًا أَوْ يَتَجَاوَزَ فِي الْأَدَبِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْحَجَّامُ يَقْطَعُ حَشَفَةَ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ يُؤْمَرَ بِقَطْعِ يَدٍ فِي قِصَاصٍ فَيَقْطَعَ غَيْرَهَا أَوْ زَادَ فِي الْقِصَاصِ عَلَى الْوَاجِبِ فَإِنَّهُ مِنْ الْخَطَإِ مَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ فَفِي مَالِهِ، وَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ سَوَاءٌ عَمِلَ ذَلِكَ بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ فِي الطَّبِيبِ يَخْتِنُ فَيَقْطَعُ الْحَشَفَةَ سَوَاءٌ غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ لَمْ يَغُرَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مُتَعَمِّدٌ فِي فِعْلٍ مَأْذُونٌ فِيهِ لَمْ يُعْلَمْ تَعَمُّدُهُ فَكَانَ لَهُ حُكْمُ الْخَطَإِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَتَهُ فَافْتَضَّهَا فَجُرِحَ وَحُكُومَتُهُ فِي مَالِهِ إنْ قَصُرَ عَنْ الثُّلُثِ فَإِنْ بَلَغَ الثُّلُثَ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ بَابِ التَّعَدِّي فِي فِعْلٍ مَأْذُونٍ فِيهِ لَكِنَّهُ بَلَغَ مِنْهُ فَوْقَ الْمُبَاحِ فَحُرِّمَ أَثَرُهُ عَلَيْهَا فَكَانَ لَهُ حُكْمُ الْخَطَإِ، وَلَوْ فَعَلَ هَذَا بِأَجْنَبِيَّةٍ كَانَ فِي مَالِهِ، وَإِنْ جَاوَزَ الثُّلُثَ مَعَ صَدَاقِ الْمِثْلِ وَالْحَدِّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ زِنًى كَانَ فِعْلًا غَيْرَ مَأْذُونٍ فِيهِ فَكَانَ أَرْشُ ذَلِكَ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْعَمْدِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَوْ أَذْهَبَ عُذْرَةَ امْرَأَةٍ بِأُصْبُعِهِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا فَعَلَيْهِ قَدْرُ مَا شَأْنَهَا عِنْدَ الْأَزْوَاجِ فِي حَالِهَا وَجَمَالِهَا مَعَ نِصْفِ الصَّدَاقِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَنَاوُلَ ذَلِكَ بِأُصْبُعِهِ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ فَكَانَ كَالْجُرْحِ فَعَلَيْهِ مَا شَأْنَهَا بِهِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ قِيمَةُ الصَّدَاقِ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَطْءٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا يَسْقِيهِ الطَّبِيبُ مِنْ الدَّوَاءِ فَيَمُوتُ مَنْ شَرِبَهُ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَهُ عِلْمٌ بِذَلِكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ لَا عِلْمَ لَهُ، وَقَدْ غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَقَدْ قَالَ عِيسَى لَا غُرْمَ عَلَيْهِ، وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَقَدْ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مُسْلِمٍ أَوْ نَصْرَانِيٍّ يَسْقِي مُسْلِمًا دَوَاءً فَمَاتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يُقِرَّ أَنَّهُ سَقَاهُ شَيْئًا لِيَقْتُلَهُ بِهِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ سَقَاهُ طَبِيبٌ دَوَاءً فَمَاتَ، وَقَدْ سَقَى أَمَةً قَبْلَهُ فَمَاتَتْ لَا يَضْمَنُ، وَلَوْ تَقَدَّمَ إلَيْهِمْ الْإِمَامُ وَضَمِنُوا كَانَ حَسَنًا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَتَقَدَّمُ إلَيْهِمْ الْإِمَامُ فِي قَطْعِ الْعِرْقِ وَشِبْهِهِ مِنْ الْأَشْيَاءِ الْمَخُوفَةِ أَنْ لَا تُقْدِمُوا عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إلَّا بِإِذْنِهِ، وَأَمَّا مَنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْعِلَاجِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فَذَهَبَ عِيسَى إلَى أَنَّ مَنْ غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا عِلْمَ لَهُ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَزَادَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ الْأَمْرَ فِيمَنْ هَذِهِ حَالُهُ التَّقَدُّمُ إلَيْهِمْ، وَالْإِعْذَارُ إلَيْهِمْ أَنْ لَا يُقْدِمُوا عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ إنْ جَرَى مِنْهُمْ شَيْءٌ ضَمِنُوهُ، وَصِفَةُ التَّقَدُّمِ إلَيْهِمْ فِيمَا رَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنْ يُقَالَ لَهُمْ أَيُّمَا طَبِيبٍ سَقَى أَحَدًا أَوْ طَبَّهُ فَمَاتَ ضَمِنَهُ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ لِيُنْذِرَهُمْ، وَيَقُولَ مَنْ دَاوَى رَجُلًا فَمَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَتُهُ، وَأَرَى ذَلِكَ عَلَيْهِمْ إذَا أُنْذِرُوا، وَاعْتَبَرَ ابْنُ نَافِعٍ فِي رِوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ بِالْفَوْرِ مِنْ عِلَاجِهِ فَقَالَ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَسْقِيَ صَحِيحًا فَيَمُوتَ مَكَانَهُ فَهَذَا سُمٌّ أَوْ يَقْطَعَ عِرْقًا فَلَا يَزَالُ يَسِيلُ دَمُهُ حَتَّى يَمُوتَ، وَأَمَّا مَنْ يُعَالِجُ الْمَرْضَ فَمِنْهُمْ مَنْ يَعِيشُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَمُوتُ فَلَيْسَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَوْ سَقَى رَجُلٌ جَارِيَةً بِهَا بُهْرٌ شَيْئًا فَمَاتَتْ مِنْ سَاعَتِهَا فَهَلْ هَذَا الِاسْمُ، وَلَا يَضْمَنُوا قَبْلَ التَّقَدُّمِ إلَيْهِمْ فَاعْتَبَرَ ابْنُ مُزَيْنٍ أَمْرَيْنِ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنَّ هَذَا هُوَ الْوَجْهُ الَّذِي يُعْلَمُ بِهِ أَنَّهُ مَاتَ مِنْ فِعْلِهِ، وَأَمَّا إذَا تَرَاخَى ذَلِكَ، وَاخْتَلَفَ حَالُهُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ فَهَذَا لَا يُعْلَمُ أَنَّهُ مِنْ فِعْلِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُمَا كَانَا يَقُولَانِ مِثْلَ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ فِي الْمَرْأَةِ أَنَّهَا تُعَاقِلُ الرَّجُلَ إلَى ثُلُثِ دِيَةِ الرَّجُلِ فَإِذَا بَلَغَتْ ثُلُثَ دِيَةِ الرَّجُلِ كَانَتْ إلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ قَالَ مَالِكٌ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهَا تُعَاقِلُهُ فِي الْمُوضِحَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ، وَمَا دُونَ الْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ، وَأَشْبَاهِهِمَا مِمَّا يَكُونُ فِيهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَصَاعِدًا فَإِذَا بَلَغَتْ ذَلِكَ كَانَ عَقْلُهَا فِي ذَلِكَ عَلَى النِّصْفِ مِنْ عَقْلِ الرَّجُلِ)

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْمَرْأَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ أُصْبُعُهَا كَأُصْبُعِهِ يُرِيدُ أَنَّ مَا دُونَ ثُلُثِ الدِّيَةِ عَقْلُهَا فِيهِ كَعَقْلِ الرَّجُلِ، وَهُوَ مَعْنَى مُعَاقِلَتِهَا لَهُ حَتَّى إذَا بَلَغَتْ فِي عَقْلِ مَا جَنَى عَلَيْهَا ثُلُثَ الدِّيَةِ كَانَ عَقْلُهَا نِصْفَ عَقْلِ الرَّجُلِ، وَبِهَذَا قَالَ مَنْ ذَكَرَهُ مَالِكٌ مِنْ التَّابِعِينَ، وَهُوَ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ تُسَاوِيهِمَا فِي الْمُوضِحَةِ، وَاخْتُلِفَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فَرُوِيَ عَنْهُمَا بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ أَنَّهَا عَلَى دِيَةِ الرَّجُلِ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَرَوَى عَنْهُمَا مِثْلَ قَوْلِنَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا إتْلَافُ مُوجِبِهِ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ فَسَاوَتْ فِيهِ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ، أَصْلُ ذَلِكَ عَقْلُ الْجَنِينِ، وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَ فِي ذَلِكَ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ حَدٌّ فِي الشَّرْعِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» جَمَعْت هَذَا مِنْ كَلَامِ ابْنِ الْمَوَّازِ، وَأَبِي بَكْرِ بْنِ الْجَهْمِ وَالْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أُصْبُعُهَا كَأُصْبُعِهِ، وَسِنُّهَا كَسِنِّهِ، وَمُوضِحَتُهَا كَمُوضِحَتِهِ، وَمُنَقِّلَتُهَا كَمُنَقِّلَتِهِ يُرِيدُ أَنَّ عَقْلَ هَذِهِ كُلِّهَا دُونَ الثُّلُثِ فَلِذَلِكَ سَاوَتْ فِيهِ الرَّجُلَ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهَا تُعَاقِلُهُ فِي الْمُوضِحَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ، وَمَا دُونَ الْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ، وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يَكُونُ فِيهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَأَكْثَرُ فَإِذَا بَلَغَتْ ذَلِكَ كَانَ عَقْلُهَا نِصْفَ عَقْلِ الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنَّ لَهَا فِي الْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ ثُلُثَ دِيَةِ الرَّجُلِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

فَلَوْ قُطِعَ لَهَا ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ مِنْ كَفٍّ فَفِيهَا ثَلَاثُونَ مِنْ الْإِبِلِ؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرًا كَالرَّجُلِ قَالَهُ مَالِكٌ، وَلَوْ قُطِعَ لَهَا ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ، وَنِصْفُ أُنْمُلَةٍ لَكَانَ فِيهِ أَحَدٌ وَثَلَاثُونَ بَعِيرًا، وَثُلُثُ بَعِيرٍ كَالرَّجُلِ، وَلَوْ قُطِعَ لَهَا ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ وَأُنْمُلَةٌ عَادَتْ إلَى دِيَتِهَا فَكَانَ لَهَا سِتَّةَ عَشَرَ بَعِيرًا، وَثُلُثُ بَعِيرٍ ثُلُثُ دِيَتِهَا، وَلَوْ قُطِعَ لَهَا أَرْبَعَةُ

أَصَابِعَ لَكَانَ لَهَا عِشْرُونَ بَعِيرًا، وَفِي هَذَا قَالَ رَبِيعَةُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَكُلَّمَا عَظُمَتْ مُصِيبَتُهَا نَقَصَتْ مَنْفَعَتُهَا فَقَالَ أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ إنَّهَا السُّنَّةُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّهُ مَدَنِيٌّ، وَهَذَا مِمَّا أَجْمَعَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْمَدِينَةِ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ إنَّهَا السُّنَّةُ يُرِيدُ سُنَّةَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إنْ كَانَ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنَّهُ إنْ كَانَ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ أَثَرٌ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَنَسَبَ السُّنَّةَ إلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قُطِعَ لَهَا مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ أَرْبَعُ أَصَابِعَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مَا هُوَ فِي حُكْمِهَا مِنْ التَّتَابُعِ وَالتَّقَارُبِ أَوْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلٍ بَعْدَ فِعْلٍ فَإِنْ كَانَ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مَا هُوَ فِي حُكْمِهَا فَفِيهَا عِشْرُونَ مِنْ الْإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ قُطِعَ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ فِي ضَرْبَةٍ أَوْ ضَرَبَاتٍ فَفِيهَا ثَلَاثُونَ فَإِنْ قُطِعَ بَعْدَ ذَلِكَ أُصْبُعًا مِنْ تِلْكَ الْكَفِّ أُضِيفَتْ إلَى مَا تَقَدَّمَ، وَكَانَ فِيهَا خَمْسٌ؛ لِأَنَّ الْكَفَّ الْوَاحِدَةَ يُضَافُ بَعْضُهَا إلَى بَعْضٍ.

وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ فِيهَا عِشْرُونَ مِنْ الْإِبِلِ إذَا أُفْرِدَتْ بِالْقَطْعِ، وَلَا يُضَافُ إلَى مَا تَقَدَّمَ كَالْأَسْنَانِ، وَوَجْهُ مَا قَالَهُ مَالِكٌ أَنَّ مَحَلَّ الْجِنَايَةِ مَحَلٌّ وَاحِدٌ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْيَدَ فِيهَا خَمْسُ أَصَابِعَ، وَبِقَطْعِهَا يَكْمُلُ أَرْشُ الْيَدِ، وَإِذَا قُطِعَ مِنْهَا وَاحِدٌ لَمْ يَعُدْ، وَكَانَتْ الْيَدُ نَاقِصَةً بِنُقْصَانِهَا فَلِذَلِكَ يُضَافُ بَعْضُ أَصَابِعِ الْيَدِ إلَى بَعْضٍ، وَأَمَّا الْمُنَقِّلَةِ فَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا فَأَخَذَتْ أَرْشَهَا فَبَرَأَتْ، ثُمَّ جَنَى عَلَيْهَا مُنَقِّلَةً فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ فَلَهَا مِثْلُ مَا لِلرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الْمُنَقِّلَةَ الْأُولَى غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ فِي الثَّانِيَةِ، وَكَذَلِكَ الْأَسْنَانُ إذَا زَالَتْ لَمْ يَنْقُصْ بِذَلِكَ أَرْشُ مَحَلِّهَا بِخِلَافِ الْيَدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَةَ أَصَابِعَ مِنْ كَفٍّ، ثُمَّ قَطَعَ أُصْبُعًا أَوْ أُصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً مِنْ الْكَفِّ الثَّانِيَةِ فَفِيهَا أَيْضًا ثَلَاثُونَ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا أَصَابَ امْرَأَتَهُ بِجُرْحٍ أَنَّ عَلَيْهِ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ، وَلَا يُقَادُ مِنْهُ قَالَ مَالِكٌ وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْخَطَإِ أَنْ يَضْرِبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَيُصِيبَهَا مِنْ ضَرْبِهِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْ فَيَضْرِبَهَا بِسَوْطٍ فَيَفْقَأَ عَيْنَهَا، وَنَحْوَ ذَلِكَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَرْأَةِ يَكُونُ لَهَا زَوْجٌ وَوَلَدٌ مِنْ غَيْرِ عَصَبَتِهَا وَلَا قَوْمِهَا فَلَيْسَ عَلَى زَوْجِهَا إذَا كَانَ

مِنْ قَبِيلَةٍ أُخْرَى مِنْ عَقْلِ جِنَايَتِهَا شَيْءٌ، وَلَا عَلَى وَلَدِهَا إذَا كَانُوا مِنْ غَيْرِ قَوْمِهَا، وَلَا عَلَى إخْوَتِهَا مِنْ أُمِّهَا مِنْ غَيْرِ عَصَبَتِهَا وَلَا قَوْمِهَا فَهَؤُلَاءِ أَحَقُّ بِمِيرَاثِهَا، وَالْعَصَبَةُ عَلَيْهِمْ مُنْذُ زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى الْيَوْمِ، وَكَذَلِكَ مَوَالِي الْمَرْأَةِ مِيرَاثُهُمْ لِوَلَدِ الْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ قَبِيلَتِهَا، وَعَقْلُ جِنَايَةِ الْمَوَالِي عَلَى قَبِيلَتِهَا) .

عَقْلُ الْجَنِينِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ امْرَأَتَيْنِ مِنْ هُذَيْلٍ رَمَتْ إحْدَاهُمَا الْأُخْرَى فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى فِي الْجَنِينِ يُقْتَلُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ فَقَالَ الَّذِي قُضِيَ عَلَيْهِ: كَيْفَ أَغْرَمُ مَا لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ وَمِثْلُ ذَلِكَ بَطَلَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا هَذَا مِنْ إخْوَانِ الْكُهَّانِ») .

[المنتقى]
عَشَرَةٌ؛ لِأَنَّهَا اخْتَلَفَتْ فِي الضَّرْبِ وَالْمَحَلِّ، وَلَوْ قُطِعَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ مِنْ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ، وَأُصْبُعَانِ مِنْ الْيَدِ الْأُخْرَى فَكَانَ ذَلِكَ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ضَرَبَاتٍ فِي حُكْمِ الضَّرْبَةِ الْوَاحِدَةِ مِنْ ضَارِبٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ فَفِي الْأَرْبَعَةِ أَصَابِعَ عِشْرُونَ مِنْ الْإِبِلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قُطِعَ لَهَا مِنْ كَفٍّ أَرْبَعَةُ أَصَابِعَ فَأَخَذَتْ فِيهَا عِشْرِينَ مِنْ الْإِبِلِ، ثُمَّ قُطِعَ لَهَا مِنْ تِلْكَ الْكَفِّ أُصْبُعٌ خَاصَّةً فَذَهَبَ مَالِكٌ أَنَّ فِي الْخَامِسَةِ خَمْسَةً مِنْ الْإِبِلِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيهَا عَشَرَةٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ هَذَا خِلَافُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ اعْتِبَارِ مَحَلِّ الْجِنَايَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ اعْتِبَارُهُ بِانْفِرَادِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الرَّجُلَ إذَا أَصَابَ امْرَأَتَهُ بِجُرْحٍ أَنَّ عَلَيْهِ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ، وَلَا يُقَادُ مِنْهُ قَالَ مَالِكٌ وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْخَطَإِ أَنْ يَضْرِبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَيُصِيبَهَا مِنْ ضَرْبِهِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْ فَيَضْرِبَهَا بِسَوْطٍ فَيَفْقَأَ عَيْنَهَا، وَنَحْوَ ذَلِكَ) .

(ش) : قَوْلُهُ مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ يُصِيبُ امْرَأَتَهُ بِجُرْحٍ أَنَّ عَلَيْهِ عَقْلَهَا، وَلَا يُقَادُ مِنْهُ يُرِيدُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَقْصِدَ إلَى أَدَبِهَا بِسَوْطٍ أَوْ حَبْلٍ فَيُصِيبَهَا مِنْ ذَلِكَ ذَهَابُ عَيْنٍ أَوْ غَيْرُهَا فَفِيهَا الْعَقْلُ دُونَ الْقَوَدِ،

وَأَمَّا لَوْ تَعَمَّدْهَا بِفَقْءِ عَيْنٍ أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ غَيْرِهَا لَا قَيْدَ مِنْهُ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ، وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَبِهِ قَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيِّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَ لَهُ تَأْدِيبُ الزَّوْجَةِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ} [النساء: 34] وَهُوَ مُصَدِّقٌ فِي جِنَايَتِهِ عَلَيْهَا، وَمُخَالَفَتِهَا لَهُ عَلَى الْمَعْرُوفِ فَكَانَ أَدَبُهُ لَهَا مُبَاحًا فَمَا تَوَلَّدَ مِنْهُ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنْ عَمَدَ إلَى الضَّرْبِ الْمُتْلِفِ لِلْأَعْضَاءِ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِقَوْلِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «كُلُّهَا قِصَاصٌ» ، وَفِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ قَوْلُهُ {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ} [المائدة: 45] .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ حُكْمَ الْوِلَايَةِ، وَحُكْمَ الْوِرَاثَةِ قَدْ يَخْتَلِفَانِ فَتَرِثُ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا وَابْنَهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمِّهَا، وَلَا يَعْقِلُونَ عَنْهَا إذَا لَمْ يَكُونُوا مِنْ قَوْمِهَا، وَيَعْقِلُ عَنْهَا عَصَبَتُهَا، وَهَؤُلَاءِ أَحَقُّ بِمِيرَاثِهَا مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ التَّوَارُثَ قَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ التَّعْصِيبِ فَتَرِثُ الزَّوْجَةُ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ، وَلَا تَعْصِيبَ لَهُمْ، وَتَحَمُّلُ الدِّيَةِ إنَّمَا هُوَ بِالتَّعْصِيبِ فَكَانَ عَلَى مَا أَحْكَمَتْهُ السُّنَّةُ فِي ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(79/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ الْغُرَّةُ تُقَوَّمُ بِخَمْسِينَ دِينَارًا أَوْ سِتِّمِائَةِ

[المنتقى]

[عَقْلُ الْجَنِينِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ امْرَأَةً مِنْ هُذَيْلٍ رَمَتْ الْأُخْرَى قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ سَوَاءٌ كَانَ الرَّمْيُ أَوْ الضَّرْبُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، وَقَوْلُهُ فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ الْجَنِينُ الْمَذْكُورُ مَا أَلْقَتْهُ الْمَرْأَةُ مِمَّا يُعْرَفُ أَنَّهُ وَلَدٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَلَّقًا قَالَ دَاوُد بْنُ جَعْفَرٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا سَقَطَ مِنْهَا وَلَدٌ مُضْغَةً كَانَ أَوْ عَظْمًا كَانَ فِيهِ الرُّوحُ إذَا عُلِمَ أَنَّهُ وَلَدٌ قَالَ عِيسَى قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِثْلَهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ مِنْ خَلْقِهِ عَيْنٌ، وَلَا أُصْبُعٌ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ فَإِذَا عَلِمَ النِّسَاءُ أَنَّهُ وَلَدٌ فَفِيهِ الْغُرَّةُ، وَتَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ، وَتَكُونُ بِهِ الْأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَنِينُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَقَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَا لَمْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا فَإِنَّهُ كَأَنَّهُ عُضْوٌ مِنْ أُمِّهِ فَإِنَّمَا فِيهِ عُشْرُ دِيَتِهَا فَإِنْ كَانُوا تَوْأَمَيْنِ فَأَكْثَرَ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ فِيهَا غُرَّتَانِ.

وَقَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ، وَرَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنِينٌ لَوْ انْفَرَدَ لَوَجَبَتْ فِيهِ الْغُرَّةُ فَكَذَلِكَ إذَا كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِغُرَّةٍ الْغُرَّةُ اسْمٌ وَاقِعٌ عَلَى الْإِنْسَانِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْغُرَّةُ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَهُوَ ظَاهِرُ لَفْظِ الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى فِيهِ بِغُرَّةٍ، وَبَيَّنَ أَنَّ تِلْكَ الْغُرَّةَ يُجْزِي فِيهَا عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَلَا يَخْتَصُّ بِأَحَدِهِمَا، وَكَانَ يَحْتَمِلُ لَفْظُ الْحَدِيثِ الشَّكَّ مِنْ الرَّاوِي بِأَنْ يَكُونَ قَدْ حُفِظَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَضَى فِيهِ بِغُرَّةٍ، وَأَنَّهُ يَشُكُّ فِي تِلْكَ الْغُرَّةِ هَلْ هُوَ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَالتَّأْوِيلُ الْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَبِهِ فَسَّرَهُ مَالِكٌ، وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ آدَمِيٍّ يَجِبُ بِقَتْلِ آدَمِيٍّ فَإِنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالذِّكْرِ، وَلَا بِالْأُنْثَى كَالرَّقَبَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْغُرَّةُ مِنْ الْحُمْرَانِ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ السُّودَانِ إلَّا أَنْ يَغْلُوا فَمِنْ أَوْسَطِ السُّودَانِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْحُمْرَانَ أَفْضَلُ أَنْوَاعِ الرَّقِيقِ، وَالدِّيَةُ وَاجِبَةٌ فِي مَالِ الْجَانِي فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْتِيَ بِأَدْوَنِهِ إلَّا أَنْ يُعْدَمَ فَيَكُونَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِالْوَسَطِ مِنْ السُّودَانِ، وَذَلِكَ مَا لَمْ تَنْقُصْ قِيمَتُهُ عَنْ الْمِقْدَارِ الَّذِي يَأْتِي بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْغُرَّةُ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَبِهَذَا أَخَذَ أَصْحَابُ مَالِكٍ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَشْهَبُ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي حَازِمٍ.

وَقَالَ رَبِيعَةُ هِيَ لِلْأُمِّ خَاصَّةً، وَقَالَ ابْنُ هُرْمُزَ هِيَ لِلْأَبَوَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إلَّا أَحَدُهُمَا فَهِيَ لَهُ.

وَقَالَ مَالِكٌ بِذَلِكَ مَرَّةً، ثُمَّ رَجَعَ إلَى قَوْلِ ابْنِ شِهَابٍ، وَبِقَوْلِ ابْنِ هُرْمُزَ قَالَ الْمُغِيرَةُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا دِيَةٌ فَكَانَتْ مَوْرُوثَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى كَسَائِرِ الدِّيَاتِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ قَضَى فِي الْجَنِينِ يُقْتَلُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ يُرِيدُ أَنَّهَا لَمْ تُلْقِهِ إلَّا مَيِّتًا فَإِنَّهُ قَضَى فِيهِ بِالْغُرَّةِ فَقَالَ الَّذِي قَضَى عَلَيْهِ كَيْفَ أَغْرَمُ مَنْ لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ، وَمِثْلُ ذَلِكَ بَطَلَ، وَيُرْوَى بَاطِلٌ فَاعْتَرَضَ

عَلَى نَصِّ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْحُكْمِ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُ ظَنَّ أَنَّ مَا أَوْرَدَهُ عَامًّا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِمَا ظَهَرَ مِنْ حَالِ الْجَنِينِ، وَاعْتَقَدَ أَنَّ حُكْمَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا خَرَجَ عَلَى أَنَّهُ ظَنَّ أَنَّ الْجَنِينَ خَرَجَ حَيًّا فَأَنْكَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنْ قَالَ «إنَّمَا هَذَا مِنْ إخْوَانِ الْكُهَّانِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَا عِلْمَ عِنْدَهُ إلَّا مَا أَوْرَدَ مِنْ الْأَسْجَاعِ الَّتِي يَسْتَعْمِلُهَا الْكُهَّانُ عَلَى وَجْهِ الْإِلْبَاسِ عَلَى النَّاسِ أَوْ التَّمْوِيهِ عَلَيْهِمْ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى شَبَّهَهُ بِالْكَاهِنِ فِي سَجْعِهِ، وَغَيْرُ مَالِكٍ يَرْوِيه أَنَّهُ لَيْسَ بِقَوْلِ شَاعِرٍ، وَأَقَرَّ الْحُكْمَ عَلَيْهِ عَلَى مَا حَكَمَ بِهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَهُوَ الْحَقُّ فَإِنَّهُ مَا يَنْطِقُ عَنْ الْهَوَى.

(80/7)

دِرْهَمٍ، ودِيَةُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ أَوْ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ قَالَ مَالِكٌ يُرِيدُ جَنِينَ الْحُرَّةِ عُشْرُ دِيَتِهَا، وَالْعُشْرُ خَمْسُونَ دِينَارًا أَوْ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يُخَالِفُ فِي أَنَّ الْجَنِينَ لَا تَكُونُ فِيهِ الْغُرَّةُ حَتَّى يُزَايِلَ بَطْنَ أُمِّهِ، وَيَسْقُطَ مِنْ بَطْنِهَا مَيِّتًا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَسَمِعْت أَنَّهُ إذَا خَرَجَ الْجَنِينُ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ أَنَّ فِيهِ الدِّيَةَ كَامِلَةً) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْغُرَّةَ تُقَوَّمُ خَمْسِينَ دِينَارًا يُرِيدُ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَوْ سِتَّمِائَةِ دِرْهَمٍ يُرِيدُ عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي حُكْمِ أَهْلِ الْإِبِلِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَعَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ خَمْسُ فَرَائِضَ: بِنْتُ مَخَاضٍ، وَبِنْتُ لَبُونٍ، وَابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ، وَحِقَّةٌ، وَجَذَعَةٌ، وَقَالَهُ رَبِيعَةُ وَلَمْ يَبْلُغْنَا عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ، وَوَقَفَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَقَالَ لَا مَدْخَلَ لِلْإِبِلِ فِيهَا، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِبِلِ، وَقَالَ أَصْحَابُهُ بِالْإِبِلِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ وَلَا أَحْسَبُهُ إلَّا وَقَدْ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا، وَرَوَى عَنْهُ أَبُو زَيْدٍ أَنَّهُ قَالَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ فِيهَا إلَّا الْإِبِلُ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ بِنَفْيِ الِاعْتِبَارِ بِالْإِبِلِ أَنَّ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ هِيَ قِيَمُ الْمُتْلَفَاتِ فَلِذَلِكَ قُوِّمَتْ بِهَا الْغُرَّةُ وَالْإِبِلُ لَيْسَتْ بِقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ فَلِذَلِكَ لَمْ

تُعْتَبَرْ بِهَا الْغُرَّةُ، وَلِذَلِكَ كَانَ أَصْلُ الدِّيَةِ الْإِبِلَ لَكِنَّهَا رُدَّتْ إلَى الْعَيْنِ، وَمَا كَانَ أَصْلُهُ الْعَيْنَ لَا يُرَدُّ إلَى الْإِبِلِ، وَلَمَّا وَرَدَ الشَّرْعُ فِي دِيَةِ الْجَنِينِ بِالْغُرَّةِ، وَاحْتِيجَ إلَى تَقْدِيرِهَا قُدِّرَتْ بِمَا يَقَعُ بِهِ التَّقْوِيمُ، وَهُوَ الْعَيْنُ دُونَ مَا لَا يَقَعُ بِهِ التَّقْوِيمُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْإِبِلَ أَصْلٌ فِي الدِّيَةِ فَاعْتُبِرَ بِهِ فِي دِيَةِ الْجَنِينِ كَالْوَرِقِ وَالذَّهَبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ فِي الْغُرَّةِ نَسَمَةٌ وَلَيْسَتْ كَالسُّنَّةِ الْمُجْتَمَعِ عَلَيْهَا، وَإِذَا بَذَلَ غُرَّةً قِيمَتُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا أَوْ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ قُبِلَتْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ لَمْ تُؤْخَذْ إلَّا أَنْ يَشَاءَ أَهْلُهُ يُرِيدُ أَنَّ هَذَا التَّقْوِيمَ إنَّمَا هُوَ بِضَرْبٍ مِنْ الِاجْتِهَادِ، وَإِلَّا فَلَفْظُ الْغُرَّةِ لَفْظٌ مُطْلَقٌ، وَهُوَ حَقٌّ لَازِمٌ، وَحُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ مُقَدَّرَةٌ فَأَعْلَمَ أَنَّ هَذَا التَّقْدِيرَ فِيهَا هُوَ الَّذِي يُجْزِئُ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يُرِيدَ، وَفِيهَا حَقٌّ مَنْ بُذِلَتْ لَهُ إلَّا أَنْ يَتَجَاوَزَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَقَالَ عِيسَى الْقَاتِلُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ غُرَّةً عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً قِيمَتُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا أَوْ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْطِيَهُ الدَّنَانِيرَ أَوْ الدَّرَاهِمَ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْجَنِينَ لَا تَثْبُتُ فِيهِ الْغُرَّةُ حَتَّى يُزَايِلَ بَطْنَ أُمِّهِ، وَهِيَ حَيَّةٌ فَإِنْ مَاتَتْ، ثُمَّ خَرَجَ الْجَنِينُ فَاَلَّذِي عَلَيْهِ مَالِكٌ، وَجُمْهُورُ أَصْحَابِهِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ فِيهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ فِي أُمِّهِ الدِّيَةُ خَاصَّةً، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ تَجِبُ فِيهِ الْغُرَّةُ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَالشَّافِعِيُّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا حُكْمٌ يَتَّبِعُ فِيهِ أُمَّهُ فَلَا حُكْمَ لَهُ كَالزَّكَاةِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ تَلَفَهُ قَبْلَ الِانْفِصَالِ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ مِنْهَا، وَلَوْ تَلِفَ عُضْوٌ مِنْ أَعْضَائِهَا قَبْلَ مَوْتِهَا كَانَتْ فِيهِ الدِّيَةُ، وَلَوْ تَلِفَ بَعْدَ مَوْتِهَا فَلَا دِيَةَ فِيهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ هَذَا جَنِينٌ فَارَقَ أُمَّهُ مَيِّتًا فَلَزِمَتْ فِيهِ الْغُرَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ لَا يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ إذَا خَرَجَ بَعْدَ مَوْتِهَا فَإِذَا خَرَجَ بَعْضُهُ، ثُمَّ مَاتَتْ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ لَا شَيْءَ فِيهِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِيهِ الْغُرَّةُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمْ يُفَارِقْهَا إلَّا بَعْدَ مَوْتِهَا فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ إلَّا أَنَّهُ رَاعَى ابْتِدَاءَ خُرُوجِهِ دُونَ تَمَامِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَقَوْلُهُ أَنَّهُ إذَا خَرَجَ الْجَنِينُ حَيًّا فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً يُرِيدُ أَنَّ لَهُ بِخُرُوجِهِ حَيًّا حُكْمَ نَفْسِهِ فَيَجِبُ بِهِ مِنْ الدِّيَةِ مَا يَجِبُ بِالْحَيِّ الْكَبِيرِ، وَحِينَئِذٍ يُفَرَّقُ بَيْنَ ذَكَرِهِ وَأُنْثَاهُ فَفِي الذَّكَرِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ أَوْ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ الْأُنْثَى نِصْفُ ذَلِكَ إلَّا أَنَّهُ إنْ كَانَ الضَّرْبُ خَطَأً فَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ

بَعْدَ الْقَسَامَةِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كَمَنْ ضُرِبَ، ثُمَّ عَاشَ، وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ كَانَ اسْتَهَلَّ حِينَ مَاتَ مَكَانَهُ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إنْ كَانَ الضَّرْبُ عَمْدًا فَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا قَوَدَ فِيهِ قَالَ أَشْهَبُ عَمْدُهُ كَالْخَطَإِ؛ لِأَنَّ مَوْتَهُ بِضَرْبِ غَيْرِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي

(81/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا حَيَاةَ لِجَنِينٍ إلَّا بِاسْتِهْلَالٍ فَإِذَا خَرَجَ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ فَاسْتَهَلَّ، ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَنَرَى أَنَّ فِي جَنِينِ الْأَمَةِ عُشْرَ ثَمَنِ أُمِّهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَإِذَا قَتَلَتْ الْمَرْأَةُ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً عَمْدًا، وَالَّتِي قَتَلَتْ حَامِلٌ لَمْ يُقَدْ مِنْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنْ قُتِلَتْ الْمَرْأَةُ، وَهِيَ حَامِلٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَيْسَ عَلَى مَنْ قَتَلَهَا فِي جَنِينِهَا شَيْءٌ فَإِنْ قُتِلَتْ عَمْدًا قُتِلَ الَّذِي قَتَلَهَا، وَلَيْسَ فِي جَنِينِهَا دِيَةٌ) .

(ص) : (وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ جَنِينِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ يُطْرَحُ فَقَالَ أَرَى أَنَّ فِيهِ عُشْرَ دِيَةِ أُمِّهِ) .

[المنتقى]

الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا إذَا تَعَمَّدَ الْجَنِينَ بِضَرْبِ الْبَطْنِ أَوْ الظَّهْرِ أَوْ مَوْضِعٍ يَرَى أَنَّهُ يُصِيبُ بِهِ فَفِيهِ الْقَوَدُ بِقَسَامَةٍ فَأَمَّا إذَا ضَرَبَ رَأْسَهَا أَوْ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا فَفِيهِ الدِّيَةُ بِقَسَامَةٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ غَيْرُ قَاصِدٍ إلَى قَتْلِهِ كَمَنْ رَمَى يُرِيدُ قَتْلَ إنْسَانٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ مِمَّنْ لَمْ يُرِدْهُ فَإِنَّ فِيهِ الدِّيَةَ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَاصِدٌ إلَى قَتْلِهِ حِينَ قَصَدَ بِالضَّرْبِ مَوْضِعًا يَصِلُ فِيهِ الضَّرْبُ إلَيْهِ، وَلَا يُصَدَّقُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ دِيَةُ هَذَا الْجَنِينِ

الَّذِي ضُرِبَ رَأْسُ أُمِّهِ عَمْدًا فِي مَالِ الضَّارِبِ قَالَهُ مَالِكٌ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ قَتْلُ حُرٍّ لَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ بِوَجْهٍ فَكَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَالْخَطَإِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ قُتِلَ عَمْدًا فَكَانَتْ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ كَمَا لَوْ قَصَدَ ضَرْبَهُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَا حَيَاةَ لِجَنِينٍ إلَّا بِاسْتِهْلَالٍ، وَهُوَ الصِّيَاحُ، وَالِاسْتِهْلَالُ هُوَ رَفْعُ الصَّوْتِ قَالَهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ الِاسْتِهْلَالُ الَّذِي ذُكِرَ فِي الْجَنِينِ هُوَ الْبُكَاءُ وَالصُّرَاخُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ مُتَقَارِبٌ فَإِذَا صَاحَ وَجَبَ لَهُ حُكْمُ الْحَيَاةِ، وَلَمْ يَكُنْ تَبَعًا لِغَيْرِهِ فَصَلَّى عَلَيْهِ، وَوَرِثَ وَوُرِّثَ، وَأَمَّا الْعُطَاسُ فَقَالَ مَالِكٌ لَا يَكُونُ اسْتِهْلَالًا.
وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ هُوَ اسْتِهْلَالٌ قَالَهُ عَنْهُ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ، وَكَذَلِكَ الرَّضَاعُ وَالتَّحَرُّكُ، وَلَوْ بَالَ أَوْ أَحْدَثَ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَيَاةٌ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ اسْتِرْخَاءِ الْمُرْسَلِ، وَلَيْسَ بِحَيَاةٍ قَالَ وَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا هُوَ حَيَاةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

(ش) : وَهَذَا كَمَا قَالَ إذَا كَانَ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا فَإِذَا كَانَ ابْنُهَا مِنْ سَيِّدِهَا فَحُكْمُهُ حُكْمُ وَلَدِ الْحُرَّةِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ، وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ مَا فِي بَطْنِ أَمَتِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا لَكَانَ فِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ إلَّا بَعْدَ أَنْ يُولَدَ حَيًّا أَوْ أَلْقَتْهُ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ لَكَانَتْ فِيهِ دِيَةُ الْحُرِّ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ قَدْ ثَبَتَتْ فِيهِ، وَقَوْلُهُ فِي الْأَصْلِ عُشْرُ ثَمَنِ أُمِّهِ يُرِيدُ قِيمَتَهَا قَالَ عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ زَادَتْ عَلَى الْغُرَّةِ أَوْ قَصُرَتْ عَنْهَا قَالَ مَالِكٌ كَانَ أَبُوهُ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَأَبُو الزِّنَادِ وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ وَرَبِيعَةُ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ فِي جَنِينِ الْأَمَةِ مَا نَقَصَهَا جَنِينٌ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ حُرٌّ فَوَجَبَ أَنْ يُودَى بِعُشْرِ مَا تُودَى أُمُّهُ بِهِ كَجَنِينِ الْحُرَّةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّهُ تَبَعٌ لِلْأُمِّ مَا لَمْ يُفَارِقْهَا، وَكَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا فَوَجَبَ أَنْ يَلْزَمَ الْجَانِيَ مَا نَقَصَهَا؛ لِأَنَّهَا أَمَةٌ، وَمَنْ جَنَى عَلَيْهَا فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا، وَهَذَا إنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ أَنْ اسْتَهَلَّ صَارِخًا فَحُكْمُهُ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ إنْ كَانَ حُرًّا فَدِيَةُ حُرٍّ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَدِيَةُ عَبْدٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيهِ قِيمَتُهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَلَى قَدْرِ الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْحَامِلَ إذَا قُتِلَتْ عَمْدًا لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهَا حَتَّى تَضَعَ؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا لَهُ حَقٌّ وَحُرْمَةٌ، وَإِنْ عُجِّلَ قَتْلُهَا مَاتَ بِمَوْتِهَا، وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى} [الأنعام: 164] .

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَمَنْ قَتَلَ امْرَأَةً فَلَيْسَ فِي جَنِينِهَا شَيْءٌ يُرِيدُ إنْ بَقِيَ فِي بَطْنِهَا وَلَمْ يَخْرُجْ حَيًّا وَلَا مَيِّتًا قَبْلَ مَوْتِهَا؛ لِأَنَّهَا إذَا مَاتَتْ، وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهَا فَإِنَّمَا هُوَ عُضْوٌ مِنْ أَعْضَائِهَا فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ إلَّا وَقَدْ وَجَبَ مِنْ دِيَتِهَا، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ هَذَا حُكْمُ دِيَةِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ الْحُرَّةِ إذَا كَانَ ابْنُهَا

(82/7)

مَا فِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ كَامِلَةً فَإِذَا قُطِعَتْ السُّفْلَى فَفِيهَا ثُلُثُ الدِّيَةِ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ الرَّجُلِ الْأَعْوَرِ يَفْقَأُ عَيْنَ الصَّحِيحِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ إنْ أَحَبَّ الصَّحِيحُ أَنْ يَسْتَقِيدَ مِنْهُ فَلَهُ الْقَوَدُ، وَإِنْ أَحَبَّ فَلَهُ الدِّيَةُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ) .

[المنتقى]
مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْمَجُوسِيَّةِ، وَذَلِكَ إذَا كَانَ حَمْلُهَا مِنْ زَوْجٍ سَوَاءٌ كَانَ عَبْدًا أَوْ حُرًّا كَافِرًا، وَأَمَّا إنْ كَانَ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّمَا فِيهِ مَا فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ لِكَوْنِ أُمِّهِ حُرَّةً، وَمُسْلِمٌ لِكَوْنِهِ لِأَبِيهِ، وَهُوَ مُسْلِمٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِي الدِّينِ لِأَبِيهِ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَتْ الْكِتَابِيَّةُ حُرَّةً تَحْتَ مُسْلِمٍ فَإِنَّهُ فِيهِ الْغُرَّةُ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ لِكَوْنِ أُمِّهِ حُرَّةً، وَمُسْلِمٌ لِكَوْنِ أَبِيهِ مُسْلِمًا قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا فِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً]
(ش) : قَوْلُهُ فِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، وَهَذَا مِمَّا لَمْ يُخْتَلَفْ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ إنَّ فِي الشَّفَةِ السُّفْلَى ثُلُثَيْ الدِّيَةِ فَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُهَا، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ فِيمَا عَلِمْنَا، وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِقَوْلِ ابْنِ الْمُسَيِّبِ إنَّ فِي السُّفْلَى ثُلُثُ الدِّيَةِ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَلَمْ يَبْلُغْنِي أَنَّ أَحَدًا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا غَيْرُهُ، وَأَرَاهُ وَهْمًا عَلَيْهِ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهِ مَا كَانَ فِيهِ حُجَّةٌ

لِكَثْرَةِ مَنْ خَالَفَهُ، وَالْحُجَّةُ أَتَمُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ إنَّ السُّفْلَى أَحْمَلُ لِلطَّعَامِ وَاللُّعَابِ فَإِنَّ فِي الْعُلْيَا مِنْ الْجَمَالِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَقَدْ تَخْتَلِفُ يُسْرَى الْيَدَيْنِ، وَيُمْنَاهُمَا فِي الْمَنَافِعِ، وَتَتَسَاوَيَانِ فِي الدِّيَةِ، وَبِهَذَا قَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَقَالَهُ كَثِيرٌ مِنْ التَّابِعِينَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَقِيلَ إنَّ فِي الْعُلْيَا مِنْ الشَّفَتَيْنِ ثُلُثَيِ الدِّيَةِ، وَهُوَ قَوْلٌ شَاذٌّ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ، وَالشَّفَةُ الَّتِي يَجِبُ بِذَهَابِهَا نِصْفُ الدِّيَةِ كُلّ مَا زَايَلَ جِلْدَ الذَّقَنِ وَالْخَدَّيْنِ مِنْ أَعْلَى وَأَسْفَلَ مُسْتَدِيرًا بِالْفَمِ، وَهُوَ كُلُّ مَا ارْتَفَعَ عَنْ الْأَسْنَانِ وَاللِّثَاتِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ يُرِيدُ أَنَّ كُلَّ مَا يُغَطِّي الْأَسْنَانَ وَاللِّثَاتِ مِنْ أَعْلَى وَأَسْفَلَ فَهُوَ مِنْ الشَّفَتَيْنِ، وَأَمَّا فِي الْجَانِبِ فَإِنَّهُمَا مُتَّصِلَانِ بِالشِّدْقَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عِنْدِي مِنْ الشَّفَتَيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْأَعْوَرَ يَفْقَأُ عَيْنَ الصَّحِيحِ يُرِيدُ عَمْدًا، وَأَمَّا إنْ كَانَ خَطَأً فَسَوَاءٌ كَانَتْ عَيْنُ الْجَانِي هِيَ مِثْلَ الْعَيْنِ الَّتِي أَتْلَفَهَا مِنْ الصَّحِيحِ أَوْ خِلَافَهَا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ إلَّا دِيَةُ عَيْنِهِ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّ لِلصَّحِيحِ الْخِيَارَ يُرِيدُ إذَا كَانَتْ الْعَيْنُ الْبَاقِيَةُ لِلْأَعْوَرِ مِثْلَ الْعَيْنِ الَّتِي فَقَأَ الصَّحِيحُ فِي كَوْنِهَا يُمْنَى أَوْ يُسْرَى فَأَمَّا إنْ كَانَتْ عَيْنُهُ الْبَاقِيَةُ يُمْنَى، وَفَقَأَ يُسْرَى عَيْنَيْ الصَّحِيحِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ لَا قِصَاصَ لَهُ، وَإِنَّمَا لَهُ دِيَتُهَا نِصْفُ دِيَةِ الْعَيْنَيْنِ، وَأَمَّا إذَا فَقَأَ مِثْلَهَا فَهُوَ الَّذِي قَالَ ابْنُ شِهَابٍ إنَّ الصَّحِيحَ بِالْخِيَارِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقَوَدِ وَأَخْذِ نِصْفِ الدِّيَةِ قَالَ، وَإِلَى هَذَا رَجَعَ مَالِكٌ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ سَعِيدٍ، وَمَا بَلَغَنِي عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا –، وَكَانَ لِمَالِكٍ قَوْلٌ لَيْسَ لَهُ إلَّا الْقِصَاصُ، وَبِهِ نَأْخُذُ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي رِوَايَةِ عِيسَى عَنْهُ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ رَجَعَ مَالِكٌ إلَى هَذَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّ لِلصَّحِيحِ أَخْذُ الدِّيَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الدِّيَةُ أَلْفُ دِينَارٍ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ مَالِكٌ، وَكَانَ يَقُولُ إنَّمَا لَهُ دِيَةُ عَيْنَيْهِ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الدِّيَةَ عِوَضٌ مِمَّا لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَخْذُهَا، وَهِيَ عَيْنُ الْأَعْوَرِ، وَدِيَتُهَا أَلْفٌ، وَكَانَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَتْرُكَهَا أَوْ يَأْخُذَ عِوَضَهَا، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الَّتِي أَصَابَ الْجَانِي عَيْنَ الصَّحِيحِ وَدِيَتُهَا خَمْسُمِائَةٍ فَإِنَّمَا لَهُ دِيَةُ مَا أَتْلَفَ عَلَيْهِ دُونَ دِيَةِ مَا فِي الْجَانِي مِنْ الْأَعْضَاءِ كَمَا لَوْ قَطَعَ رَجُلٌ يَدَ امْرَأَةٍ فَإِنَّمَا لَهَا دِيَةُ يَدِهَا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

، وَلَوْ فَقَأَ الْأَعْوَرُ عَيْنَيْ رَجُلٍ

(83/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي كُلِّ زَوْجٍ مِنْ الْإِنْسَانِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَأَنَّ فِي اللِّسَانِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَأَنَّ فِي الْأُذُنَيْنِ إذَا ذَهَبَ سَمْعُهُمَا الدِّيَةَ كَامِلَةً اصْطَلَمَتَا أَوْ لَمْ تَصْطَلِمَا، وَفِي ذَكَرِ الرَّجُلِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، وَفِي الْأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) .

[المنتقى]

صَحِيحٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ تُفْقَأُ عَيْنُهُ الْبَاقِيَةُ، وَتُؤْخَذُ دِيَةُ عَيْنِهِ الثَّانِيَةِ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ وَرَبِيعَةُ. وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ لَيْسَ لَهُ إلَّا أَنْ تُفْقَأَ عَيْنُهُ بِعَيْنِهِ رَوَاهُ عَنْهُمَا ابْنُ الْمَوَّازِ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْهُمَا التَّخْيِيرُ بَيْنَ ذَلِكَ، وَبَيْنَ أَخْذِ الدِّيَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا إنْ فَقَأَ الصَّحِيحُ عَيْنَ الْأَعْوَرِ فَإِنَّ الْأَعْوَرَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقَوَدِ وَأَخْذِ دِيَةِ عَيْنِهِ قَالَهُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ وَغَيْرُهُ مِنْ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ لَمْ يَخْتَلِفُوا فِيهِ، وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الْأَبْهَرِيُّ رِوَايَةً شَاذَّةً أَنَّ مَالِكًا اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِيهِ فَقَالَ لَيْسَ لَهُ إلَّا الْقَوَدُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ إنْ كَانَ الْجَانِي صَحِيحَ الْعَيْنَيْنِ أَوْ صَحِيحَ الْعَيْنِ الَّتِي مِثْلُهَا لِلْأَعْوَرِ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي كُلِّ زَوْجٍ مِنْ الْإِنْسَانِ الدِّيَةَ كَامِلَةً يُرِيدُ عَيْنَيْهِ وَشَفَتَيْهِ وَأُذُنَيْهِ وَيَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ وَأُنْثَيَيْهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ قُطِعَتَا أَوْ شُلَّتَا أَوْ رُضَّتَا حَتَّى زَالَتَا.

وَقَالَ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي الْأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ كَامِلَةً قُطِعَتَا مَعَ الذَّكَرِ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ تَقَارَبَ قَطْعُهُمَا سَوَاءٌ قُطِعَ الذَّكَرُ قَبْلَ الْأُنْثَيَيْنِ أَوْ بَعْدَهُمَا قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ رَوَى مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ إنْ قُطِعَ الذَّكَرُ أَوَّلًا وَآخِرًا فَفِي الْآخِرِ حُكُومَةٌ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ إنْ قُطِعَتَا بَعْدَ الذَّكَرِ فَلَا دِيَةَ فِيهِمَا، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ قُطِعَ قَبْلَهُمَا أَوْ بَعْدَهُمَا، وَإِنْ قُطِعَا مَعًا فَفِيهِمَا دِيَتَانِ كَانَ الْقَطْعُ مِنْ فَوْقُ أَوْ أَسْفَلُ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ حَبِيبٍ، وَرَوَى أَبُو الْفَرَجِ عَنْ

عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّهُ خَالَفَ فِي ذَلِكَ مَالِكًا فَقَالَ أَيُّهُمَا قُطِعَ قَبْلَ صَاحِبِهِ فَفِي الثَّانِيَةِ حُكُومَةٌ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الْأَبْهَرِيُّ إنَّ قَوْلَ مَالِكٍ اخْتَلَفَ فِيهِ فَقَالَ مَرَّةً هَذَا إنْ كَانَ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ فَإِذَا كَانَ قَطْعُهُمَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مَا يَكُونُ ذَلِكَ حُكْمَهُ فَفِيهِمَا الدِّيَتَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ نَقْصٌ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ تَأَخَّرَ ذَلِكَ حَتَّى يَثْبُتَ النَّقْصُ فِي الْآخِرِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ حُكْمُ مَا صَارَ إلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي ذَكَرِ الَّذِي لَا يَأْتِي النِّسَاءَ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَكَذَلِكَ ذَكَرُ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ الَّذِي ضَعُفَ عَنْ النِّسَاءِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ، وَابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَيْسَ اسْتِرْخَاءُ ذَكَرِ الْكَبِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ أَوْ أَمْرٍ يَنْزِلُ بِهِ مِنْ السَّمَاءِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ قَالَ أَصْحَابُ مَالِكٍ عَنْهُ إنَّ الْأَمْرَ الْمُجْتَمَعَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَكَرِ الْخَصِيِّ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَهُوَ عَسِيبٌ قُطِعَتْ حَشَفَتُهُ إلَّا الِاجْتِهَادَ، وَأَمَّا لَوْ قُطِعَ أُنْثَيَاهُ، وَبَقِيَ ذَكَرُهُ فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا شَفْرَا الْمَرْأَةِ فَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ إذَا سُلِتَا حَتَّى يَبْدُوَ الْعَظْمُ أَنَّ فِيهِمَا الدِّيَةَ، وَهُوَ أَعْظَمُ مُصِيبَةً عَلَيْهَا مِنْ ذَهَابِ يَدَيْهَا أَوْ عَيْنَيْهَا رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَضَى فِي ذَلِكَ بِالدِّيَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ كَامِلَةً قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إذَا قُطِعَ مِنْهُ مَا مَنَعَ الْكَلَامَ، وَإِنْ قُطِعَ مِنْهُ مَا لَا يَمْنَعُ الْكَلَامَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِيهِ الِاجْتِهَادُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ إنْ قُطِعَ مِنْهُ مَا مَنَعَ الْكَلَامَ أَوْ بَحَّ أَوْ غَنَّ فَفِيهِ الدِّيَةُ وَقَالَ مَالِكٌ إنْ قُطِعَ مِنْهُ مَا مَنَعَ بَعْضَ الْكَلَامِ فَفِيهِ بِقَدْرِ مَا مَنَعَ مِنْ كَلَامِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ مِنْ اللِّسَانِ الْكَلَامُ فَفِي جَمِيعِهِ الدِّيَةُ، وَفِي بَعْضِهِ بَعْضُ الدِّيَةِ كَالْبَصَرِ وَالسَّمْعِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَإِنَّمَا الدِّيَةُ فِيهِ بِقَدْرِ الْكَلَامِ لَا بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ اللِّسَانِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَكَيْفَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لَا يُنْظَرُ إلَى عَدَدِ الْحُرُوفِ؛ لِأَنَّ بَعْضَهَا أَثْقَلُ مِنْ بَعْضٍ، وَلَكِنْ بِالِاجْتِهَادِ، وَقَالَ أَشْهَبُ بِقَدْرِ مَا يَرْسَخُ فِي الْقَلْبِ أَنَّهُ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ قَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى

(84/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي ثَدْيَيْ الْمَرْأَةِ الدِّيَةَ كَامِلَةً قَالَ مَالِكٌ، وَأَخَفُّ ذَلِكَ عِنْدِي الْحَاجِبَانِ، وَثَدْيَا الرَّجُلِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إذَا أُصِيبَ مِنْ أَطْرَافِهِ أَكْثَرُ مِنْ دِيَتِهِ فَذَلِكَ لَهُ إذَا أُصِيبَتْ يَدَاهُ وَرِجْلَاهُ وَعَيْنَاهُ فَلَهُ ثَلَاثُ دِيَاتٍ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الصَّحِيحَةِ إذَا فُقِئَتْ خَطَأً أَنَّ فِيهَا الدِّيَةَ كَامِلَةً) .

[المنتقى]

عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ كَالْعَقْلِ يَذْهَبُ بَعْضُهُ فَإِنَّ الدِّيَةَ تُقَسَّطُ عَلَى ذَلِكَ بِحَسَبِ الِاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ بِخِلَافِ الْجَوَارِحِ فَإِنَّ الدِّيَةَ تُقَسَّطُ عَلَى عَدَدِهَا دُونَ مَنَافِعِهَا.

وَقَالَ أَصْبَغُ إنَّهُ عَلَى عَدَدِ حُرُوفِ الْمُعْجَمِ تُجَزَّأُ ثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ جُزْءًا فَمَا نَقَصَ مِنْ الْحُرُوفِ نَقَصَ مِنْ الدِّيَةِ بِقَدْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُ مُجَاهِدٍ، وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ الدِّيَةَ إنَّمَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أَجْزَاءِ مَا جُنِيَ عَلَيْهِ كَالْأَسْنَانِ وَالْأَصَابِعِ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَفِي الْأُذُنَيْنِ إذَا ذَهَبَ سَمْعُهُمَا الدِّيَةُ اصْطَلَمَتَا أَوْ لَمْ تَصْطَلِمَا، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَذْهَبْ سَمْعُهُمَا فَقَدْ قَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ لَيْسَ فِي إشْرَافِ الْأُذُنَيْنِ إلَّا حُكُومَةٌ، وَكَذَلِكَ فِي شَحْمِهِمَا، وَرَوَى الْبَغْدَادِيُّونَ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَيْنِ إحْدَاهُمَا الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَالثَّانِيَةُ فِيهِمَا الدِّيَةُ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ قَضَى بِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَلَا نَعْلَمُ مُخَالِفًا لَهُ مِنْ الصَّحَابَةِ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِمَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ لِأَنَّ السَّمْعَ يَحْصُلُ مَعَ عَدَمِهِمَا، وَلَا جَمَالٌ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْعِمَامَةَ تَسْتُرُهُمَا، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ؛ لِأَنَّ فِي الْحَدِيثِ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كُتِبَ لِابْنِ حَزْمٍ، وَفِي الْأُذُنِ خَمْسُونَ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ

فِيهِمَا جَمَالًا ظَاهِرًا كَالْأَنْفِ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَأَبِي الزِّنَادِ، وَغَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ الْعُلَمَاءِ، وَرَوَى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِيهِمَا قَوْلَيْنِ أَحَدُهُمَا حُكُومَةٌ، وَالْأُخْرَى خَمْسَ عَشْرَةَ فَرِيضَةً دِيَةُ الْمُنَقِّلَةِ قَالَ، وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ذَهَبَ السَّمْعُ وَالْأُذُنُ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي ذَلِكَ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ، وَعِنْدِي يَجِبُ فِيهِمَا دِيَةٌ وَحُكُومَةٌ أَوْ دِيَتَانِ عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ السَّمْعَ يُبْطِئُ مَعَ ذَهَابِهِمَا فَهُوَ مَنْفَعَةٌ فِي غَيْرِهِمَا فَلَمْ يَجِبْ أَنْ يَتَدَاخَلَ أَرْشُهُمَا.

(ش) : قَوْلُهُ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي ثَدْيَيْ الْمَرْأَةِ الدِّيَةَ كَامِلَةً مَعْنَاهُ أَنَّ لَهُمَا مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً، وَرَضَاعُ الْوَلَدِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إذَا قَطَعَ الْحَلَمَتَيْنِ، وَأَبْطَلَ مَجْرَى اللَّبَنِ فَفِيهِمَا الدِّيَةُ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ حَدَّ مَا يُوجِبُ الدِّيَةَ فِيهِمَا ذَهَابُ الْحَلَمَتَيْنِ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ كَانَ أَذْهَبَ مِنْهُمَا مَا هُوَ سَدَادٌ لِصَدْرِهَا وَمُنَاوَلَتُهَا لِوَلَدِهَا فَفِيهِمَا الدِّيَةُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَفِيهِمَا بِقَدْرِ شَيْنِهِمَا، وَأَمَّا ثَدْيَا الرَّجُلِ فَقَالَ عِيسَى فِي الْمَزِنِيَّةِ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ إنَّ أَخَفَّ ذَلِكَ عِنْدِي الْحَاجِبَانِ، وَثَدْيَا الرَّجُلِ مَعْنَاهُ أَنَّ الدِّيَةَ لَا تُتِمُّ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا فِيهِمَا الِاجْتِهَادُ، وَرَوَاهُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا أَلْيَتَا الْمَرْأَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ فِيهِمَا حُكُومَةٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ الدِّيَةُ كَامِلَةً.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ أُصِيبَ مِنْ أَطْرَافِهِ مَا فِيهِ دِيَاتٌ كَثِيرَةٌ، وَبَقِيَتْ نَفْسُهُ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ دِيَةَ كُلِّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ بَلَغَتْ عِدَّتُهَا دِيَاتِ نُفُوسٍ كَثِيرَةٍ فَإِنَّهَا لَا تَتَدَاخَلُ مَعَ بَقَاءِ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا تَدْخُلُ كُلُّهَا فِي دِيَةِ النَّفْسِ إذَا تَلِفَتْ النَّفْسُ فَيَكُونُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ، وَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ فِي الْعَيْنَيْنِ دِيَةً، وَفِي الشَّفَتَيْنِ دِيَةً، وَفِي اللِّسَانِ دِيَةً، وَفِي الْيَدَيْنِ دِيَةً، وَفِي الصُّلْبِ إذَا كُسِرَ دِيَةً، وَفِي الْعَقْلِ دِيَةً، وَفِي الذَّكَرِ دِيَةً، وَفِي الْأُنْثَيَيْنِ دِيَةً، وَفِي الرِّجْلَيْنِ دِيَةً، فَفِي الرَّجُلِ تِسْعُ دِيَاتٍ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِيهَا.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الدِّيَةَ كَامِلَةً قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ وَابْنُ الْمَوَّازِ أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ.

وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ فِيهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ كَإِحْدَى الْيَدَيْنِ، وَهَذَا غَيْرُ مُشَبَّهٍ لِلْيَدَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُبْصِرُ بِالْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ

مَا يُبْصِرُ بِالْعَيْنَيْنِ، وَلَا يَعْمَلُ بِيَدٍ وَاحِدَةٍ مَا يَعْمَلُ بِيَدَيْنِ، وَلَا يَسْعَى بِرِجْلٍ وَاحِدَةٍ سَعْيُهُ بِرِجْلَيْنِ قَالَ، وَأَمَّا السَّمْعُ فَيُسْأَلُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ يَسْمَعُ بِالْأُذُنِ الْوَاحِدَةِ كَمَا يَسْمَعُ

(85/7)

مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْعَيْنِ إذَا ذَهَبَ بَصَرُهَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَ يَقُولُ فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ إذَا طُفِئَتْ مِائَةُ دِينَارٍ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ شَتَرِ الْعَيْنِ وَحِجَاجِ الْعَيْنِ فَقَالَ لَيْسَ فِي ذَلِكَ إلَّا الِاجْتِهَادُ إلَّا أَنْ يَنْقُصَ بَصَرُ الْعَيْنِ فَيَكُونَ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ بَصَرِ الْعَيْنِ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ الْعَوْرَاءِ إذَا طُفِئَتْ، وَفِي الْيَدِ الشَّلَّاءِ إذَا قُطِعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ إلَّا الِاجْتِهَادُ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ عَقْلٌ مُسَمًّى) .

[المنتقى]

بِالْأُذُنَيْنِ فَهُوَ كَالْبَصَرِ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْيَدِ وَالرِّجْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ضُرِبَ ضَرْبَةً أَذْهَبَتْ نِصْفَ بَصَرِ إحْدَى عَيْنَيْهِ، ثُمَّ ضُرِبَ ضَرْبَةً أُخْرَى أَذْهَبَتْ الصَّحِيحَةَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَهُ ثُلُثَا الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَتْلَفَ عَلَيْهِ ثُلُثَا مَا بَقِيَ مِنْ بَصَرِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعَبْدِ الْمَلِكِ إذَا بَقِيَ مِنْ الْأُولَى شَيْءٌ فَلَيْسَ لَهُ فِي الصَّحِيحَةِ إلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْ إحْدَاهُمَا نَظَرٌ فَمَا أَتْلَفَ مِنْ الْأُخْرَى فَبِحِسَابِ أَلْفِ دِينَارٍ سَوَاءٌ كَانَتْ الْأُولَى أَوْ الثَّانِيَةُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْعَيْنِ إذَا ذَهَبَ بَصَرُهَا]

(ش) : قَوْلُهُ، وَفِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ إذَا مِائَةُ دِينَارٍ الْعَيْنُ الْقَائِمَةُ هِيَ الَّتِي قَدْ بَقِيَتْ صُورَتُهَا وَهَيْئَتُهَا، وَذَهَبَ بَصَرُهَا فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى مَعْنَى تَقْدِيرِ عَقْلِهَا فِي الْجُمْلَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَالَ ذَلِكَ فِي عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ أَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ إلَى غُرْمِ هَذَا الْمِقْدَارِ فِيهَا، وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ فِيهَا، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْمُجْتَمَعَ عَلَيْهِ أَنَّهُ سَمِعَ أَنْ لَيْسَ فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ الَّتِي ذَهَبَ بَصَرُهَا فَبَقِيَتْ إلَّا الِاجْتِهَادُ، وَكَذَلِكَ الْيَدُ الشَّلَّاءُ تُقْطَعُ، وَالْأَصَابِعُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَنَافِعَهَا قَدْ ذَهَبَتْ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مِنْهَا شَيْءٌ مِنْ الْجَمَالِ فَلِذَلِكَ كَانَ فِيهَا الِاجْتِهَادُ، وَلَمْ يَتَقَدَّرْ عَقْلُهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ فِي عُضْوٍ بَاقِي الْمَنَافِعِ أَوْ بَعْضِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ الْعَرْجَاءُ لَمْ يَبْقَ فِيهَا مَنْفَعَةٌ.

وَقَالَ فِي الْكِتَابَيْنِ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ الذِّرَاعُ يُقْطَعُ بَعْدَ ذَهَابِ الْكَفِّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ الْكَفُّ يُقْطَعُ بَعْدَ ذَهَابِ الْأَصَابِعِ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ، وَلَيْسَ فِي اسْتِرْخَاءِ اللِّسَانِ أَوْ الذَّكَرِ مِنْ الْكَبِيرِ وَضَعْفِ الْعَيْنِ مِنْ كِبَرٍ أَوْ رَمَدٍ أَوْ الرِّجْلِ مِنْ الْكِبَرِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهَا، وَلَا بِمَنْزِلَةِ مَا يَنْزِلُ بِهَا مِنْ اللَّهِ تَعَالَى فَمَا كَانَ مِنْ الْكِبَرِ، ثُمَّ أُصِيبَ الْعُضْوُ فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فِي عَيْنِ الْكَبِيرِ قَدْ ضَعُفَتْ أَوْ يُصِيبُهَا الشَّيْءُ فَيَنْقُصُ بَصَرُهَا، وَلَمْ يَأْخُذْ لَهَا عَقْلًا فَعَلَى مَنْ أَصَابَهَا الدِّيَةُ كَامِلَةً فَسَاوَى بَيْنَ مَا يَنْقُصُ مِنْ الْجَارِحَةِ بِمَرَضٍ وَكِبَرٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ أَصَابَهُ فِي رِجْلِهِ أَمْرٌ مِنْ عِرْقٍ يُضْرَبُ أَوْ يُرْمَدُ بِعَيْنِهِ فَيَنْقُصُ بَصَرُهَا، ثُمَّ يُصَابُ فَإِنَّمَا لَهُ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ مِنْهُمَا كَمَا لَوْ أَصَابَهُمَا بِمِثْلِ ذَلِكَ أَحَدٌ، وَمَنْ سَاوَى بَيْنَ مَا يُصِيبُهَا مِنْ أَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَمَا يُصِيبُهَا مِنْ الْكِبَرِ فَقَدْ غَلِطَ؛ لِأَنَّ كُلَّ جَارِحَةٍ لَا بُدَّ أَنْ تَضْعُفَ مِنْ الْكِبَرِ، وَأَمَّا الْمَرَضُ فَقَدْ يَسْلَمُ مِنْهُ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَمَّا شَتَرُ الْعَيْنِ وَحِجَاجُ الْعَيْنِ فَهُوَ الْعَظْمُ الْمُسْتَدِيرُ حَوْلَ الْعَيْنِ، وَيُقَابِلُ هُوَ الْأَعْلَى الَّذِي تَحْتَ الْحَاجِبِ وَالْجَمْعُ أَحِجَّةٌ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنْ شُجَّ حَاجِبُهُ فَبَرِئَ عَلَى عَثْمٍ فَفِيهِ حُكُومَةٌ إنْ سَلِمَتْ الْعَيْنُ، وَأَمَّا إنْ نَقَصَ بِذَلِكَ مِنْ بَصَرِهِ شَيْءٌ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا قَدْرُ دِيَةِ مَا نَقَصَ مِنْ بَصَرِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْحَاجِبَ، وَإِنْ كَانَ عُضْوًا غَيْرَ الْعَيْنِ فَإِنَّهُ مِنْ آلَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ فَإِذَا أَصَابَهُ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي غَيْرِ الْحَاجِبِ اُعْتُبِرَ تَأْثِيرُهَا فِي الْحَاجِبِ، وَإِذَا أَثَّرَتْ فِي الْبَصَرِ الَّذِي هُوَ مَقْصُودُ الْعَيْنِ سَقَطَ تَأْثِيرُهَا فِي الْحَاجِبِ إذَا كَانَ فِيهِ الِاجْتِهَادُ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَإِذَا لَمْ يَبْلُغْ الْمُوضِحَةَ فَإِنَّمَا فِيهِ الِاجْتِهَادُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَثَّرَ الضَّرْبُ شَيْئًا فَإِنْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِي الْبَصَرِ ثَبَتَ حُكْمُ ذَلِكَ الشَّيْنِ، وَإِنْ أَثَّرَ فِي الْبَصَرِ بَطَلَ، وَكَانَ تَبَعًا

(86/7)

مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الشِّجَاجِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ يَذْكُرُ أَنَّ الْمُوضِحَةَ فِي الْوَجْهِ مِثْلُ الْمُوضِحَةِ فِي الرَّأْسِ إلَّا أَنْ تَعِيبَ الْوَجْهَ فَيُزَادُ فِي عَقْلِهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ عَقْلِ نِصْفِ الْمُوضِحَةِ فِي الرَّأْسِ فَيَكُونُ بِهَا خَمْسٌ وَسَبْعُونَ دِينَارًا) .

[المنتقى]

لِمَا نَقَصَ مِنْ الْبَصَرِ، وَلَوْ كَانَتْ الشَّجَّةُ يَجِبُ بِهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ كَالْمُوضِحَةِ فِي الْحَاجِبِ لَكَانَ أَرْشُهَا مَعَ دِيَةِ مَا نَقَصَ مِنْ الْبَصَرِ؛ لِأَنَّ أَرْشَ الْمُوضِحَةِ أَمْرٌ ثَابِتٌ بِنَفْسِهِ غَنِيٌّ عَنْ الِاجْتِهَادِ فَلَمْ يَكُنْ تَبَعًا لِغَيْرِهِ مِمَّا لَا يَكُونُ فِي ذَلِكَ الْعُضْوِ، وَذَلِكَ إنَّ الْحَاجِبَ عُضْوٌ غَيْرُ الْعَيْنِ الَّتِي فِيهَا الْبَصَرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الْعَيْنُ قَائِمَةً أَوْ فِيهَا بَيَاضٌ، وَقَالَ ذَهَبَ بَصَرُهَا أَوْ قَلَّ ذَلِكَ فِي عَيْنِهِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُشَارُ إلَى عَيْنَيْهِ أَوْ إلَى الْعَيْنِ الَّتِي يُدَّعَى ذَلِكَ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يُسْتَدَلَّ عَلَى كَذِبِهِ حَلَفَ، وَأَخَذَ مَا ادَّعَاهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا اخْتَلَفَ قَوْلُهُ بِأَمْرٍ بَيِّنٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ، وَوَجْهُ هَذَا أَنَّهُ لَا طَرِيقَ إلَى مَعْرِفَةِ صِدْقِهِ إلَّا بِمِثْلِ هَذَا أَوْ مَا جرَى مِنْ الضَّرْبِ الَّذِي مِثْلُهُ يُحْدِثُ هَذَا يَشْهَدُ لَهُ فَإِذَا تَبَيَّنَ كَذِبُهُ بِاخْتِلَافِ قَوْلِهِ بَطَلَتْ دَعْوَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَأَصْبَغُ وَلَوْ ضُرِبَ فَادَّعَى أَنَّ جِمَاعَ النِّسَاءِ ذَهَبَ مِنْهُ فَإِنْ أَمْكَنَ أَنْ يُخْتَبَرَ اُخْتُبِرَ، وَإِلَّا حَلَفَ، وَأَخَذَ الدِّيَةَ فَإِنْ رَجَعَ إلَيْهِ جَمَاعَةٌ بِقُرْبِ ذَلِكَ أَوْ بِبُعْدِهِ رَدَّ مَا أَخَذَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا لَا يَقْدِرُ أَنْ يُعْرَفَ بِالْبَيِّنَةِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ ذَهَابَ كَلَامِهِ أَوْ سَمْعِهِ مَعَ بَقَاءِ الْجَارِحَةِ فَلْيُخْتَبَرْ ثُمَّ يَحْلِفْ وَيَأْخُذْ الدِّيَةَ، ثُمَّ إنْ رَجَعَ ذَلِكَ إلَيْهِ رَدَّ مَا أَخَذَ، وَإِنْ بَعُدَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

[مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الشِّجَاجِ]

(ش) : قَوْلُ سُلَيْمَانَ أَنَّ الْمُوضِحَةَ فِي الْوَجْهِ مِثْلُ الْمُوضِحَةِ فِي الرَّأْسِ يَدُلُّ أَنَّ لَهَا مِثْلَ حُكْمِهَا يَجِبُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَعْنَى الْمُوضِحَةِ مِنْ جِهَةِ اللُّغَةِ مَا أَوْضَحَ عَنْ الْعَظْمِ وَأَظْهَرَهُ بِوُصُولِ الشَّجَّةِ إلَيْهِ وَقَطَعَ مَا دُونَهُ مِنْ لَحْمٍ وَجِلْدٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَسْتُرُهُ، وَهَذَا مَوْجُودٌ مِنْ جِهَةِ اللُّغَةِ فِي كُلِّ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَاءِ الْجَسَدِ إلَّا أَنَّ أَرْشَ الْمُوضِحَةِ الَّذِي قَدَّرَهُ الشَّرْعُ بِنِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ سَوَاءٌ عَظُمَتْ الْمُوضِحَةُ أَوْ صَغُرَتْ إنَّمَا يَخْتَصُّ بِمُوضِحَةِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ؛ لِأَنَّ الْعَظْمَ وَاحِدٌ، وَهُوَ جُمْجُمَةُ الرَّأْسِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَكُلُّ نَاحِيَةٍ مِنْ الرَّأْسِ فِي الْمُوضِحَةِ، وَحَدُّ ذَلِكَ مُنْتَهَى الْجُمْجُمَةِ فَإِنْ أَصَابَ أَسْفَلَ مِنْهَا فَهُوَ مِنْ الْعُنُقِ لَا مُوضِحَةَ فِيهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ كُلُّ مَا لَوْ نَفَذَ مِنْهُ وَصَلَ إلَى الدِّمَاغِ فَهُوَ مِنْ الرَّأْسِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْخَطَرَ يَعْظُمُ بِوُصُولِ الْجُرْحِ إلَى ذَلِكَ الْعَظْمِ دُونَ سَائِرِ عِظَامِ الْجَسَدِ فَلِذَلِكَ اخْتَصَّتْ مُوضِحَتُهُ بِهَذَا الْحُكْمِ فَإِذَا أُطْلِقَ فِي الشَّرْعِ الْمُوضِحَةُ فَإِنَّمَا تَنْطَلِقُ عَلَى الْمُوضِحَةِ الَّتِي يَثْبُتُ لَهَا هَذَا الْحُكْمُ، وَلَا تَكُونُ إلَّا فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ لِمَا قَدَّمْنَاهُ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْمُوضِحَةُ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ مِنْ اللَّحْيِ الْأَعْلَى وَمَا

فَوْقَهُ، وَلَيْسَ فِي الْأَنْفِ وَلَا فِي اللَّحْيِ الْأَسْفَلِ مُوضِحَةٌ، وَفِيهَا الِاجْتِهَادُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْخَدِّ الْمُوضِحَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا بَرِئَتْ عَلَى شَيْنٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْلٌ يَخْتَصُّ بِهَا لِوُصُولِ الشَّجَّةِ إلَى ذَلِكَ الْعَظْمِ فَأَمَّا إذَا بَرِئَتْ عَلَى شَيْنٍ، وَهُوَ قُبْحُ الْأَثَرِ فَإِنَّهُ يُزَادُ فِي مُوضِحَةِ الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ بِقَدْرِ مَا شَأْنُهُ بِالِاجْتِهَادِ شَأْنُهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا، وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِقَوْلِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ يُزَادُ فِي مُوضِحَةِ الْوَجْهِ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ نِصْفِ عَقْلِهَا.

وَقَالَ مَالِكٌ، وَمَا سَمِعْت أَنَّ غَيْرَهُ قَالَهُ، وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ لَا يُزَادُ فِيهَا شَيْءٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مُنْكَرًا فَيُزَادَ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُزَادُ لِشَيْنِهَا شَيْءٌ؛ لِأَنَّ فِيهَا دِيَةً مُوضِحَةً وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الْوَجْهَ يَخْتَصُّ بِقُبْحِ الْمَنْظَرِ دُونَ الرَّأْسِ؛ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ، وَلِهَذَا الْمَعْنَى تَأْثِيرٌ فِي الْعَمَلِ كَالَّذِي فِي سَائِرِ الْجَسَدِ، وَإِنَّمَا يَخْتَصُّ عَقْلُ الْمُوضِحَةِ بِالشَّجَّةِ وَوُصُولِهَا إلَى عَظْمِ الدِّمَاغِ فَأَمَّا الشَّيْنُ فَإِنَّمَا هُوَ مَعْنًى أَزْيَدُ

(87/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ فِي الْمُنَقِّلَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ فَرِيضَةً قَالَ وَالْمُنَقِّلَةُ الَّتِي يَطِيرُ فِرَاشُهَا مِنْ الْعَظْمِ، وَلَا يَخْرِقُ إلَى الدِّمَاغِ، وَهِيَ تَكُونُ فِي الرَّأْسِ فِي الْوَجْهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمَأْمُومَةَ وَالْجَائِفَةَ لَيْسَ فِيهِمَا قَوَدٌ قَالَ مَالِكٌ وَالْمَأْمُومَةُ مَا خَرَقَ الْعَظْمَ إلَى الدِّمَاغِ وَلَا تَكُونُ الْمَأْمُومَةُ إلَّا فِي الرَّأْسِ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ لَيْسَ فِي الْمَأْمُومَةِ قَوَدٌ قَالَ مَالِكٌ، وَمَا يَصِلُ إلَى الدِّمَاغِ إذَا خَرَقَ الْعَظْمَ) .

[المنتقى]

بَعْدَ ذَلِكَ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ الِاجْتِهَادُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ دِيَةَ الْمُوضِحَةِ مُقَدَّرَةٌ لَا تَخْتَلِفُ بِصِغَرِهَا وَلَا كِبَرِهَا فَلَا تَخْتَلِفُ بِقُبْحِ أَثَرِهَا كَمُوضِحَةِ الرَّأْسِ.

(ش) : وَقَوْلُهُ إنَّ فِي الْمُنَقِّلَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ فَرِيضَةً يُرِيدُ خَمْسَ عَشْرَةَ مِنْ الْإِبِلِ فَالْفَرِيضَةُ مَعْنَاهَا الْوَاحِدُ مِمَّا

يَجِبُ بِهِ الْعَقْلُ مِنْ الْإِبِلِ، وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي ذَلِكَ، وَأَمَّا الْمُنَقِّلَةُ فَهِيَ مِنْ الشِّجَاجِ مَا خَرَجَ مِنْهَا عَظْمٌ بِكَسْرِ الشَّجَّةِ لَهُ، وَبَقِيَ سَائِرُ الْعَظْمِ الْمَشْجُوجِ، وَأَقَلُّهُ أَنْ يَظْهَرَ فِرَاشُ الْعَظْمِ، وَهُوَ أَعْلَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَهِيَ تَكُونُ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ يُرِيدُ أَنَّهَا تَخْتَصُّ بِذَلِكَ الْعَظْمِ دُونَ غَيْرِهَا كَالْمُوضِحَةِ، وَإِنْ كَانَتْ الْمُنَقِّلَةُ مِنْ جِهَةِ وَضْعِ اللُّغَةِ مَوْجُودَةً فِي غَيْرِهَا مِنْ الْأَعْضَاءِ، وَأَمَّا الْهَاشِمَةُ فَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ الْعَظْمَ، وَلَا يَخْرُجُ شَيْءٌ مِنْهُ فَإِنْ خَرَجَ شَيْءٌ مِنْ الْعَظْمِ صَارَتْ مُنَقِّلَةً.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمَأْمُومَةَ وَهِيَ الَّتِي يَصِلُ مِنْهَا إلَى الدِّمَاغِ قَدْرُ مَغْرَزِ إبْرَةٍ فَأَكْثَرَ، وَالْجَائِفَةُ، وَهِيَ الَّتِي يَصِلُ مِنْهَا إلَى الْجَوْفِ مِثْلُ ذَلِكَ، وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا قَوَدٌ، وَبِهَذَا قَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى ذَلِكَ إلَّا رَبِيعَةُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مَعْنَى الْقِصَاصِ أَنْ يَحْدُثَ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا جَنَى، وَلَمَّا كَانَ الْغَالِبُ مِنْ هَذِهِ الْجِنَايَةِ أَنَّهَا لَا تَقِفُ عَلَى مَا انْتَهَتْ إلَيْهِ فِي الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بَلْ تُؤَدَّى إلَى النَّفْسِ لَمْ يَجُزْ الْقِصَاصُ فِيهَا؛ لِأَنَّ قَصْدَ الْقِصَاصِ قَصْدٌ إلَى إتْلَافِ النَّفْسِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْقِصَاصُ فِي كُلِّ جُرْحٍ إلَّا فِيمَا أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ كَالْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ وَكَسْرِ الْفَخِذِ وَلَا قَوَدَ فِي كَسْرِ الصُّلْبِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَأَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِي عِظَامِ الْعُنُقِ وَالْفَخِذِ وَالصُّلْبِ وَشِبْهِ ذَلِكَ مِنْ الْمَتَالِفِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْقَوَدُ فِي اللِّسَانِ إنْ كَانَ يُسْتَطَاعُ الْقَوَدُ مِنْهُ، وَلَا يَخَافُ وَإِنْ كَانَ مُتْلِفًا فَلَا قَوَدَ فِيهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ أَنْ لَا قَوَدَ فِي الْمَخُوفِ، وَاللِّسَانُ عِنْدِي مَخُوفٌ فَلَا قَوَدَ فِيهِ، وَقَالَهُ مَالِكٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى إمْكَانِ الْمُمَاثَلَةِ فَإِنْ تَأَتَّتْ فِيهِ، وَلَمْ يَعْظُمْ الْخَوْفُ عَلَى النَّفْسِ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَإِنْ عَظُمَ الْخَوْفُ لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ، وَهَذَا عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا لَا يُمْكِنُ فِيهِ الْقِصَاصُ لِمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّ الْغَالِبَ مِنْهُ الْهَلَاكُ فَلَا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ مِنْ جُرْحٍ كَمَا لَا يَجِبُ الْقَتْلُ، وَالضَّرْبُ الثَّانِي مَا لَا يُمْكِنُ فِيهِ الْقِصَاصُ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ وَالْعِلْمِ بِهِ وَالْقُدْرَةِ عَلَى الْمُوصَلِ إلَيْهِ، وَذَلِكَ مِثْلُ جُرْحِ اللِّسَانِ الْمُذْهِبِ لِبَعْضِ الْكَلَامِ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ عَضَّ لِسَانَ رَجُلٍ فَقَطَعَ مِنْهُ مَا مَنَعَهُ الْكَلَامَ شَهْرَيْنِ، ثُمَّ تَكَلَّمَ، وَقَدْ نَقَصَ كَلَامُهُ قَالَ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا قَوَدَ فِيهِ لِأَنِّي أَخَافُ أَنْ يَذْهَبَ مِنْ كَلَامِهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَجَمِيعُ الْكَلَامِ، وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ

فَابْيَضَّتْ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ لَا قَوَدَ فِي الْبَيَاضِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنْ كَانَ أَصَابَهُ بِعَصًا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَشَجَّهُ مُوضِحَةً فَإِنَّهُ يُسْتَقَادُ لَهُ مِنْهُ، وَإِنْ ابْيَضَّتْ عَيْنُهُ، وَإِلَّا فَفِيهَا الْعَقْلُ، وَإِنْ كَانَ أَصَابَهُ بِمَا لَا قَوَدَ فِيهِ كَاللَّطْمَةِ أَوْ الضَّرْبَةِ بِعَصًا مِنْ غَيْرِ أَنْ تَدْمَى فَإِنْ انْخَسَفَتْ عَيْنُهُ أُقِيدَ لَهُ مِنْ عَيْنِهِ فَقَطْ، وَإِنْ لَمْ تَنْخَسِفْ فَلَيْسَ لَهُ إلَّا عَقْلُهَا.
وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا قَوَدَ فِي الْعَيْنِ إلَّا أَنْ تُصَابَ كُلُّهَا فَإِنْ أُصِيبَ بَعْضُهَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ فَلَا قَوَدَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ لَهُ عَلَى حَدٍّ، وَالسَّمْعُ لَا قَوَدَ فِي جَمِيعِهِ، وَلَا

(88/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ مِنْ الشِّجَاجِ عَقْلٌ حَتَّى تَبْلُغَ الْمُوضِحَةُ، وَإِنَّمَا الْعَقْلُ فِي الْمُوضِحَةِ فَمَا فَوْقَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – انْتَهَى إلَى الْمُوضِحَةِ فِي كِتَابِهِ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ فَجَعَلَ فِيهَا خَمْسًا مِنْ الْإِبِلِ، وَلَمْ يَقْضِ الْأَئِمَّةُ فِي الْقَدِيمِ وَلَا فِي الْحَدِيثِ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ بِعَقْلٍ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ

[المنتقى]
فِي بَعْضِهِ إذْ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا فِيهِ الْعَقْلُ بِحِسَابِ مَا ذَهَبَ مِنْهُ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا فَأَشَلَّ يَدَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَالْمَجْمُوعَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيهَا الْقَوَدُ يَضْرِبُهُ كَمَا ضَرَبَهُ فَإِنْ شُلَّتْ يَدُهُ، وَإِلَّا فَعَقْلُهَا فِي مَالِ الضَّارِبِ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَأَمَّا كَسْرُ الْعَظْمِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ فِي كَسْرِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ الْقِصَاصُ قَالَ أَشْهَبُ، وَمَا عَلِمْت مَنْ مَنَعَ مِنْهُ إلَّا أَهْلُ الْعِرَاقِ، وَقَالُوا إذْ لَا يَسْتَوِي الْكَسْرَانِ، وَهَذَا يَفْسُدُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا اخْتَلَفَ الْقَوَدُ فِي الْجِرَاحِ لِتَجَاوُزِهِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ هَذَا أَنَّ الْأَغْلَبَ التَّمَكُّنُ مِنْ الْمُمَاثَلَةِ، وَإِنَّ الْمُخَالَفَةَ فِيهِ تَقِلُّ وَتَنْدُرُ كَالْقَوَدِ فِي الْمُوضِحَةِ، وَكَقَطْعِ الْعُضْوِ مِنْ الْمَفْصِلِ لَا يُسْتَطَاعُ فِي شَيْءٍ مِنْ

ذَلِكَ الْمُمَاثَلَةُ بِخِلَافِ الْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ وَكَسْرِ عَظْمِ الصُّلْبِ فَإِنَّ الْجَائِفَةَ يَتَّقِي مِنْهَا أَنْ تُنْتَهَى إلَى الْمَوْتِ، وَكَانَ ذَلِكَ الْغَالِبُ مِنْ حَالِهَا، وَقَدْ أَقَادَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ مِنْ كَسْرِ الْعِظَامِ مِمَّا لَيْسَ بِمُتْلِفٍ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَرَبِيعَةُ.

وَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي إحْدَى قَصَبَتَيْ الْيَدِ الْقِصَاصُ إنْ اُسْتُطِيعَ ذَلِكَ فَعَلَّقَ هَذَا بِالتَّمَكُّنِ مِنْ الْمُمَاثَلَةِ، وَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنْ لَا قَوَدَ فِي كَسْرِ الْفَخِذِ؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ فَأَمَّا غَيْرُ الْفَخِذِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ قَالَ وَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى إمْكَانِ الْمُمَاثَلَةِ فَإِنْ تَأَتَّتْ، وَلَمْ يَعْظُمْ الْخَوْفُ عَلَى النَّفْسِ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَإِنْ اشْتَدَّ الْخَوْفُ لَمْ يَجِبْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا عِظَامُ الصَّدْرِ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا قِصَاصَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُسْأَلُ عَنْهُ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَخُوفٍ أُقْتُصَّ مِنْهُ، وَفِي الْمَجْمُوعَةِ، وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي الْأُنْثَيَيْنِ لَوْ قَطَعَهُمَا أَوْ أَخْرَجَهُمَا فَفِيهِمَا الْقَوَدُ، وَلَا قَوَدَ فِي رَضِّهِمَا؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ، وَإِنْ قَطَعْتهمَا فَعَلْت بِهِ غَيْرَ فَاعِلٍ.

(ش) : قَوْلُهُ لَيْسَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ عَقْلٌ يُرِيدُ شَيْئًا مُقَدَّرًا كَعَقْلِ الْمُوضِحَةِ، وَأَوَّلُ الْجِرَاحِ الدَّامِيَةُ، وَهِيَ الَّتِي يَدْمَى الْجِلْدُ مِنْهَا وَقْتَهَا، ثُمَّ الْخَارِصَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ، ثُمَّ السِّمْحَاقُ، وَهِيَ الَّتِي تَكْشِطُهُ، ثُمَّ الْبَاضِعَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَبْضِعُ اللَّحْمَ، ثُمَّ الْمُتَلَاحِمَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَقْطَعُ اللَّحْمَ فِي عِدَّةِ مَوَاضِعَ، ثُمَّ الْمِلْطَاةُ، وَهِيَ الَّتِي يَبْقَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ انْكِشَافِ الْعَظْمِ سَاتِرٌ رَقِيقٌ، ثُمَّ الْمُوضِحَةُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْمِلْطَاةُ هِيَ السِّمْحَاقُ، وَهِيَ الَّتِي لَا تَقْطَعُ الْجِلْدَ، وَتُهَشِّمُ الْعَظْمَ، وَتَنْتِفُ الشَّعْرَ، وَتَدْمَى، وَلَا تَقْطَعُ مِنْ الْجِلْدِ شَيْئًا، وَالدَّامِيَةُ هِيَ الَّتِي تُدْمِي، وَلَا تَقْطَعُ شَيْئًا مِنْ الْجِلْدِ، وَلَا تُهَشِّمُ عَظْمًا، وَالْبَاضِعَةُ هِيَ الَّتِي تَبْضِعُ فِي الرَّأْسِ، وَلَا تَبْلُغُ الْعَظْمَ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ أَسْمَاءُ الْجِرَاحِ فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ عَشْرٌ: أَوَّلُهَا الدَّامِيَةُ وَهِيَ الَّتِي تُدْمِي بِخَدْشٍ، ثُمَّ الْخَارِصَةُ وَهِيَ الَّتِي تَخْرُصُ الْجِلْدَ أَيْ تَشُقُّهُ، وَهِيَ السِّمْحَاقُ وَهِيَ تَسْلُخُ الْجِلْدَ كَأَنَّهَا تَكْشِطُهُ عَنْ الْعَظْمِ، ثُمَّ الْبَاضِعَةُ تَقْطَعُ اللَّحْمَ بَعْدَ الْجِلْدِ، ثُمَّ الْمُتَلَاحِمَةُ، وَهِيَ الَّتِي أَخَذَتْ فِي اللَّحْمِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، ثُمَّ الْمِلْطَاةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَظْمِ صِفَاقٌ رَقِيقٌ، ثُمَّ الْمُوضِحَةُ وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ عَنْ الْعَظْمِ، ثُمَّ الْهَاشِمَةُ وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ الْعَظْمَ، ثُمَّ الْمُنَقِّلَةُ وَهِيَ الَّتِي تُطِيرُ فِرَاشَ الْعَظْمِ مِنْ الدَّوَاءِ أَوْ هَشَّمَتْهُ، وَإِنْ لَمْ يَطِرْ، وَصَرَعَتْهُ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ الدِّمَاغِ صِفَاقٌ صَحِيحٌ، ثُمَّ الدَّامِغَةُ، وَهِيَ مَا أَفْضَى إلَى الدِّمَاغِ فَكُلُّ مَا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ الْمُوضِحَةِ فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقَوَدُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ} [المائدة: 45] وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَفِيهِ الِاجْتِهَادُ،

وَلَيْسَ فِيهِ عَقْلٌ مُسَمًّى فَأَمَّا الْمُوضِحَةُ، وَهِيَ الَّتِي كَشَفَتْ اللَّحْمَ عَنْ الْعَظْمِ فَإِنْ كَانَتْ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ فَفِيهَا نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي سَائِرِ الْجَسَدِ فَفِيهَا حُكُومَةٌ، وَفِيهَا الْقَوَدُ إنْ كَانَتْ عَمْدًا، ثُمَّ الْهَاشِمَةُ، وَهِيَ الَّتِي هَشَّمَتْ الْعَظْمَ، وَفِيهَا مَا فِي الْمُوضِحَةِ مِنْ الدِّيَةِ، وَأَمَّا الْقِصَاصُ فَسَنَذْكُرُ حُكْمَهَا بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(89/7)

أَنَّهُ قَالَ كُلُّ نَافِذَةٍ فِي عُضْوٍ مِنْ الْأَعْضَاءِ فَفِيهِ ثُلُثُ عَقْلِ ذَلِكَ الْعُضْوِ مَالِكٌ كَانَ ابْنُ شِهَابٍ لَا يَرَى ذَلِكَ، وَأَنَا لَا أَرَى فِي نَافِذَةٍ فِي عُضْوٍ مِنْ الْأَعْضَاءِ فِي الْجَسَدِ أَمْرًا مُجْتَمَعًا عَلَيْهِ، وَلَكِنِّي أَرَى فِيهَا الِاجْتِهَادَ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ أَمْرٌ مُجْتَمَعٌ عَلَيْهِ عِنْدَنَا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمَأْمُومَةَ وَالْمُنَقِّلَةَ وَالْمُوضِحَةَ لَا تَكُونُ إلَّا فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ فَمَا كَانَ فِي الْجَسَدِ مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ فِيهِ إلَّا الِاجْتِهَادُ قَالَ مَالِكٌ فَلَا أَرَى اللَّحْيَ الْأَسْفَلَ وَالْأَنْفَ مِنْ الرَّأْسِ فِي جِرَاحِهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا عَظْمَانِ مُنْفَرِدَانِ، وَالرَّأْسُ بَعْدَهُمَا عَظْمٌ وَاحِدٌ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ أَنَّ فِي كُلِّ نَافِذَةٍ فِي عُضْوٍ ثُلُثُ عَقْلِهِ، وَأَنْكَرَهُ ابْنُ شِهَابٍ، وَغَيْرُهُ مِنْ الْعُلَمَاءِ. وَقَالَ مَالِكٌ إنَّمَا يَكُونُ فِيهِ الِاجْتِهَادُ يُرِيدُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ إنَّ جُرْحَ الْخَطَإِ لَا يَعْقِلُ حَتَّى يَبْرَأَ فَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ فَلَا شَيْءَ فِيهِ، وَإِنْ بَرِئَ عَلَى شَيْنٍ فَفِيهِ الْحُكُومَةُ، وَهُوَ مَا يُؤَدِّي إلَيْهِ اجْتِهَادُ الْمُجْتَهِدِ فَلَمَّا نَقَصَ ذَلِكَ الْجُرْحُ الَّذِي جَنَى عَلَيْهِ مِنْ مُنَاوَلَةِ ذَلِكَ الْعُضْوِ، وَلَيْسَ فِيهِ عَقْلٌ مُقَدَّرٌ فَيُوقَفُ عِنْدَهُ قَالَ أَشْهَبُ، وَقَدْ وَقَفَ قَوْمٌ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ قَدْرًا مِنْ الدِّيَةِ قَالَ مَالِكٌ، وَالْأَصْلُ لِذَلِكَ التَّوْقِيفُ، وَأَوَّلُ مَنْ كَتَبَ بِهِ مُعَاوِيَةُ، ثُمَّ طَرَحَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ حِينَ وُلِّيَ.

وَقَدْ أَنْكَرَ مَالِكٌ مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ حَدَّثَ بِهِ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ فِي الْمِلْطَاةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّمَا قُلْنَا إنَّ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ الِاجْتِهَادَ، وَهُوَ الْحُكُومَةُ، وَكَذَلِكَ جِرَاحُ الْجَسَدِ؛ لِأَنَّ مَقَادِيرَ الْعَقْلِ لَا تُؤْخَذُ بِالْقِيَاسِ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ شَرْعٌ مُقَدَّرٌ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَوْ كَانَ عَبْدًا كَمْ كَانَ يُسَاوِي سَلِيمًا فَيُقَالُ مِائَةُ دِينَارٍ، ثُمَّ يُقَوَّمُ وَبِهِ الْجُرْحُ فَيُسَاوِي ثَمَانِينَ فَيُعْلَمُ أَنَّ الْجِنَايَةَ قَدْ نَقَصَتْهُ خُمُسَ قِيمَتِهِ فَيُلْزَمُ الْجَانِي خُمُسَ دِيَتِهِ، وَإِنَّمَا أَوْرَدْت هَذَا الْفَصْلَ هُنَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهِ بِأَنَّ الْمَقَادِيرَ لَا تَثْبُتُ

بِالْقِيَاسِ، وَقَدْ ذَكَرْته فِي أَحْكَامِ الْفُصُولِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْجَائِفَةُ إذَا كَانَتْ نَافِذَةً فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَغَيْرِهِمَا فِيهَا دِيَةُ جَائِفَتَيْنِ ثُلُثَا الدِّيَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَهُوَ أَحَبُّ قَوْلِ مَالِكٍ إلَيَّ، قَالَ أَشْهَبُ، وَقَدْ قَضَى بِذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ قَالَ مَالِكٌ وَلَوْ انْخَرَقَ مَا بَيْنَهُمَا لَكَانَتْ وَاحِدَةً.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ الْمَأْمُومَةَ وَالْمُنَقِّلَةَ وَالْمُوضِحَةَ لَا تَكُونُ إلَّا فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ إنَّ ذَلِكَ مُخْتَصٌّ بِعَظْمٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْجُمْجُمَةُ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ وَالرَّأْسُ بَعْدَ اللَّحْيِ الْأَسْفَلِ وَالْأَنْفِ عَظْمٌ وَاحِدٌ لِمَا فِي جَرْحِ الْجُمْجُمَةِ مِنْ الْخَطَرِ فَجَعَلَ لِجُرْحِهَا أَرْشًا مُقَدَّرًا، وَلَا يَعْتَبِرُ بِمَا تَبْرَأُ عَلَيْهِ فَقَدْ تَبْرَأُ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ فَيَسْقُطُ أَرْشُهُ فَجَعَلَ فِيهِ أَرْشًا مُقَدَّرًا زَجْرًا وَبَاعِثًا عَلَى نِهَايَةِ التَّحَرُّزِ وَالتَّوَقِّي لَا سِيَّمَا مَعَ اخْتِصَاصِ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ بِمَالِ الْجَانِي فَأَمَّا الْمُوضِحَةُ وَالْمُنَقِّلَةُ فَتَكُونُ فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ جَمِيعًا، وَأَمَّا الْمَأْمُومَةُ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَالْمَجْمُوعَةِ لَا تَكُونُ الْمَأْمُومَةُ إلَّا فِي الرَّأْسِ، وَمَا يَصِلُ إلَى الدِّمَاغِ، وَلَوْ بِعُدَ بِمَدْخَلِ إبْرَةٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَوْ ضَرَبَهُ فَأَطَارَ أَنْفَهُ، ثُمَّ نَفَذَتْ الضَّرْبَةُ إلَى دِمَاغِهِ فَفِي ذَلِكَ دِيَةٌ وَثُلُثٌ يُرِيدُ إنْ وَصَلَ إلَى الدِّمَاغِ حَيْثُ كَانَ فَهُوَ مَأْمُومَةٌ سَوَاءٌ وَصَلَ مِنْ الْوَجْهِ أَوْ مِنْ الرَّأْسِ، وَقَالَ أَشْهَبُ كُلُّ مَا نَفَذَتْ مِنْهُ وَصَلَ إلَى الدِّمَاغِ فَهُوَ مِنْ الرَّأْسِ، وَهُوَ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ.

(فَصْلٌ) :

وَلَا أَرَى اللَّحْيَ الْأَسْفَلَ وَالْأَنْفَ مِنْ الرَّأْسِ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ الْأَنْفُ مِنْ الْوَجْهِ وَاللَّحْيُ الْأَسْفَلُ مِنْ الرَّأْسِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ أَقَادَ مِنْ الْمُنَقِّلَةِ) .

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ أَقَادَ مِنْ الْمُنَقِّلَةِ مِمَّا اخْتَلَفَ فِيهِ مِنْ الْعُلَمَاءِ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ لَا قَوَدَ فِيهِ، وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ عَنْهُ ابْنُ نَافِعٍ لَا أَرَى مَا صَنَعَ ابْنُ الزُّبَيْرِ، وَلَمْ يَمْضِ عَلَيْهِ الْأَمْرُ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا وُجُودُ الْقَوَدِ، وَالْأُخْرَى نَفْيُهُ، وَجْهُ الْوُجُوبِ أَنَّ أَمْرَهَا أَخَفُّ مِنْ

مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْأَصَابِعِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ سَأَلْت سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ كَمْ فِي أُصْبُعِ الْمَرْأَةِ فَقَالَ عَشْرٌ مِنْ الْإِبِلِ فَقُلْت كَمْ فِي أُصْبُعَيْنِ قَالَ عِشْرُونَ مِنْ الْإِبِلِ فَقُلْت كَمْ فِي ثَلَاثٍ فَقَالَ ثَلَاثُونَ مِنْ الْإِبِلِ فَقُلْت كَمْ فِي أَرْبَعٍ قَالَ عِشْرُونَ مِنْ الْإِبِلِ فَقُلْت حِينَ عَظُمَ جُرْحُهَا وَاشْتَدَّتْ مُصِيبَتُهَا نَقَصَ عَقْلُهَا فَقَالَ سَعِيدٌ: أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ فَقُلْت بَلْ عَالِمٌ مُتَثَبِّتٌ أَوْ جَاهِلٌ مُتَعَلِّمٌ فَقَالَ سَعِيدٌ هِيَ السُّنَّةُ يَا ابْنَ أَخِي) .

[المنتقى]

الْمَأْمُومَةِ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهَا رَضُّ الْعَظْمِ مَعَ بَقَاءِ الصِّفَاقِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ مِنْهُ التَّلَفُ غَالِبًا؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ الْقَوَدُ، وَوَجْهُ نَفْيِ الْقَوَدِ أَنَّهُ جُرْحُ كَسْرِ عَظْمِ الرَّأْسِ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ قَوَدٌ كَالْمَأْمُومَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْهَاشِمَةُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَالْمَجْمُوعَةِ لَا قَوَدَ فِي هَاشِمَةِ الرَّأْسِ؛ لِأَنَّهَا لَا بُدَّ أَنْ تَعُودَ مُنَقِّلَةً.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِيهَا الْقِصَاصُ إلَّا أَنْ تَنْتَقِلَ فَتَصِيرَ مُنَقِّلَةً فَلَا قَوَدَ فِيهَا، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ يُرِيدُ يُسْتَقَادُ مِنْهَا مُوضِحَةً إنْ لَمْ تَسْتَقِلَّ بِالشَّجَّةِ الْأُولَى، وَتَزِيدُ عَلَى الْهَشْمِ فَإِنْ هُشِّمَتْ مِثْلُ الْأُولَى فَهُوَ حَقُّهُ، وَإِنْ بَرِئَتْ مُوضِحَةً، وَلَمْ تَبْلُغْ الْهَشْمَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عِنْدَهُ فَضْلُ عَقْلٍ بَيْنَ الْمُوضِحَةِ وَالْهَاشِمَةِ، وَمَا قَالَهُ أَشْهَبُ صَوَابٌ إنْ كَانَ بَرِئَ الْجُرْحُ مُوضِحَةً ثُمَّ تَهَشَّمَتْ فَأَمَّا لَوْ كَانَتْ الضَّرْبَةُ هَاشِمَةً لَمْ يَكُنْ فِيهَا قَوَدٌ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ، وَهَذَا فِي شِجَاجِ الرَّأْسِ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي هَاشِمَةِ الْجَسَدِ الْقَوَدُ إلَّا مَا هُوَ مَخُوفٌ كَالْفَخِذِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ يُقَادُ مِنْ مُوضِحَةِ الْجَسَدِ وَمُنَقِّلَتِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ فِي الْمَنْعِ مِنْ الْقَوَدِ فِي كَسْرِ عِظَامِ الْجَسَدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا اقْتَصَّ مِنْ الْجُرْحِ فَحَدَثَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ السِّرَايَةِ زِيَادَةً عَلَى مَا أُقِيدَ لَهُ مِنْ الْجُرْحِ لَمْ يَضْمَنْ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ قَطْعٌ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ كَانَ مِنْهُ فَلَمْ يَضْمَنْ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي عَقْلِ الْأَصَابِعِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ فِي ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ مِنْ يَدِ الْمَرْأَةِ ثَلَاثِينَ مِنْ الْإِبِلِ، وَفِي أَرْبَعَةِ أَصَابِعَ عِشْرُونَ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ تُسَاوِي الرَّجُلَ فِي أَرْشِ الْجِنَايَاتِ حَتَّى تَبْلُغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَتَكُونَ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ فِيمَا قَلَّ وَكَثُرَ مِنْ الْجِنَايَاتِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا

نَقُولُهُ أَنَّهُ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -، وَلَا تَجِبُ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ الصَّحَابَةِ خِلَافُهُمْ، وَمَا رُوِيَ فِي ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ مِمَّا يُخَالِفُ مَا قُلْنَاهُ فَطُرُقُهُ ضَعِيفَةٌ لَا تَثْبُتُ قَالَ ذَلِكَ أَبُو بَكْرِ بْنُ الْجَهْمِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ عَنْ زَيْدٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ مُسَاوَاتُهَا الرَّجُلَ فِي الْمُوضِحَةِ فَأَلْحَقَ الْفُقَهَاءُ مَا دُونَ الثُّلُثِ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ حَدٌّ فِي الشَّرِيعَةِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ قَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ الْجَهْمِ، وَهُوَ قَوْلُ الْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ بِالْمَدِينَةِ قَالَ ابْنُ هُرْمُزَ، وَهُوَ مِنْ كِبَارِ التَّابِعِينَ، وَإِنَّمَا أَخَذْنَا ذَلِكَ عَنْ الْفُقَهَاءِ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى إنَّ هَذَا أَرْشٌ نَقَصَ عَنْ الدِّيَةِ فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَى فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى كَالْجَنِينِ فِيهِ غُرَّةٌ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا دُونَ الثُّلُثِ فَإِذَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرِ بْنُ الْجَهْمِ إنَّ الْإِجْمَاعَ قَدْ وَقَعَ فِي الثُّلُثِ أَنَّهَا تَرْجِعُ إلَى حِسَابِ دِيَتِهَا بِنِصْفِ مَا فِي جُرْحِ الرَّجُلِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ الْجِرَاحُ الَّتِي تَبْلُغُ الثُّلُثَ مِنْ ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْجُرْحِ الْوَاحِدِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي ضَرَبَاتٍ فَإِنْ كَانَتْ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ فَهِيَ كَضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ خِلَافًا لِعَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْمَاجِشُونِ، وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ لِقَوْلِ مَالِكٍ بِالسَّارِقِ يَنْقُلُ الْمَتَاعَ مِنْ الْبَيْتِ قَلِيلًا قَلِيلًا يَدْخُلُ، وَيَخْرُجُ فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمًا يَخْرُجُ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ فَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا، ثُمَّ بَدَا لَهُ فَأَخَذَ غَيْرَهُ فَلِكُلٍّ وَاحِدَةٍ حُكْمُهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَهَا جُرْحًا لَا يَبْلُغُ ثُلُثَ الدِّيَةِ، ثُمَّ بَدَا لَهُ فَجَرَحَهَا جُرْحًا آخَرَ لَكَانَ لِكُلِّ جُرْحٍ حُكْمُهُ كَمَا

(91/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أَصَابِعِ الْكَفِّ إذَا قُطِعَتْ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا، وَذَلِكَ أَنَّ خَمْسَ الْأَصَابِعِ إذَا قُطِعَتْ كَانَ عَقْلُهَا عَقْلَ الْكَفِّ خَمْسِينَ مِنْ الْإِبِلِ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشَرَةٌ مِنْ الْإِبِلِ قَالَ مَالِكٌ، وَحِسَابُ الْأَصَابِعِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا، وَثُلُثُ دِينَارٍ فِي كُلِّ أُنْمُلَةٍ، وَهِيَ مِنْ الْإِبِلِ ثَلَاثُ فَرَائِضَ وَثُلُثُ فَرِيضَةٍ) .

[المنتقى]

لَوْ بَاعَدَ مَا بَيْنَهُمَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ رَبِيعَةَ حِينَ عَظُمَ جُرْحُهَا، وَاشْتَدَّتْ مُصِيبَتُهَا نَقَصَ عَقْلُهَا اعْتِرَاضٌ عَلَى فَتْوَى ابْنِ الْمُسَيِّبِ إلَّا أَنْ يَتَقَصَّى بِأَرْشِ الْمُوضِحَةِ أُوضِحَ فِي جَانِبِ رَأْسِهِ مُوضِحَةً صَغِيرَةً، وَفِي الْجَانِبِ الْآخَرِ مِثْلُهَا لَهُ عَشْرٌ مِنْ

الْإِبِلِ، وَإِذَا أُوضِحَ مِثْلَ تَيْنِكَ الْمُوضِحَتَيْنِ، وَوَصَلَ مِنْهُمَا بِمَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْهُمَا لَهُ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ فَكَمَا عَظُمَتْ مُصِيبَتُهُ نَقَصَ مَا يَأْخُذُ، وَلَا خِلَافَ فِي صِحَّةِ هَذَا، وَلِذَلِكَ قَالَ لَهُ ابْنُ الْمُسَيِّبِ: أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ؛ بِمَعْنَى التَّنْبِيهِ عَلَى ضَعْفِ حُجَّتِهِ قَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ كَانُوا عِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَوْصُوفِينَ بِالتَّقْصِيرِ عَنْ دَرَجَتِهِمْ وَالْبَحْثِ عَنْ الْمَسَائِلِ وَالتَّنْقِيرِ عَنْهَا وَالِاعْتِرَاضِ عَلَيْهَا بِالْحُجَجِ الضَّعِيفَةِ حِينَ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ مِنْ الْأُصُولِ مَا كَانَ عِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فَكَانَ تَفْرِيعُهُمْ وَاعْتِرَاضُهُمْ مُتَعَلِّقًا بِرَأْيٍ لَا يَسْتَنِدُ إِلَى أُصُولٍ، وَإِنَّمَا مَعْنَى ذَلِكَ تَقْصِيرُهُمْ فِيهِ عَنْ دَرَجَةِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ لَا تَعَرِّيهِمْ مِنْهُ وَخُلُوِّهِمِ مِنْ نَيْلِ دَرَجَةِ الْإِمَامَةِ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ رَبِيعَةَ بَلْ عَالِمٌ مُتَثَبِّتٌ أَوْ جَاهِلٌ مُتَعَلِّمٌ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَعْتَرِضُ فِي هَذَا الِاعْتِرَاضِ الَّذِي ظَنَّهُ بِهِ، وَإِنَّمَا يَعْتَرِضُ اعْتِرَاضَ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ قَدْ عَلِمَ الْمَسْأَلَةَ إِلَّا أَنَّهُ يَعْتَرِضُهُ فِيهَا شُبْهَةٌ فَأَرَادَ أَنْ يُثَبِّتَ مَا عَلِمَ بِإِزَالَةِ تِلْكَ الشُّبْهَةِ أَوْ سُؤَالُ جَاهِلٍ يُرِيدُ التَّعَلُّمَ فَسَأَلَ عَنْهَا فَلَمَّا عَلِمَ مَا لَمْ يَعْلَمْ اعْتَرَضَتْهُ الشُّبْهَةُ الَّتِي أَوْرَدَهَا فَأَرَادَ إِزَالَةَ مَا فِي نَفْسِهِ، وَقَوْلُ ابْنِ الْمُسَيِّبِ إِنَّهَا السُّنَّةُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهَا سُنَّةُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَدْ رَوَى ذَلِكَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ السُّنَّةَ قَدْ قَرَّرَتْ فِي الشَّرْعِ أَنْ تَعْظُمَ الْمُصِيبَةُ، وَيَقِلَّ الْأَرْشُ فَلَا تُنْكِرُهُ، وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ لَهُ أَوْ أَمْثَالُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْأَصَابِعِ إذَا قُطِعَتْ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا يُرِيدُ أَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرًا مِنْ الْإِبِلِ فَإِذَا قُطِعَتْ الْأَصَابِعُ كُلُّهَا فَفِيهَا خَمْسُونَ، وَذَلِكَ عَقْلُ الْيَدِ سَوَاءٌ قُطِعَتْ الْأَصَابِعُ، وَقُطِعَتْ الْكَفُّ أَوْ الْيَدُ مِنْ الْمِرْفَقِ أَوْ الْمَنْكِبِ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ، وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ إذَا قُطِعَتْ أَصَابِعُ الْكَفِّ تَمَّ عَقْلُهَا خَمْسُمِائَةٍ كَمَا لَوْ قُطِعَتْ مِنْ الْكَفِّ أَوْ الْمَنْكِبِ قَالَ عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ، وَكَذَلِكَ رِجْلُهُ مِنْ الْوَرِكِ فِيهَا مِثْلُ مَا فِي قَطْعِ الْأَصَابِعِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَلَوْ قُطِعَ فَأَشَلَّ سَاعِدَهُ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ دِيَةُ الْكَفِّ، وَهُوَ مِنْ الذَّهَبِ خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ لِكُلِّ أُصْبُعٍ مِائَةُ دِينَارٍ، وَمِنْ الْوَرِقِ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ أُصْبُعٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَتَا دِرْهَمٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَحِسَابُ الْأَصَابِعِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا، وَفِي الْأُصْبُعِ ثَلَاثُ أَنَامِلَ فِي كُلِّ أُنْمُلَةٍ ثُلُثُ الْمِائَةِ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ الْإِبْهَامَانِ فِيهِمَا أُنْمُلَتَانِ فَإِذَا قُطِعَتَا فَفِيهِمَا عَشْرٌ مِنْ الْإِبِلِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسٌ؛ لِأَنَّهَا إذَا ذَهَبَتْ فَقَدْ ذَهَبَتْ الْمَنْفَعَةُ، وَإِبْهَامُ الرَّجُلِ مِثْلُهَا قَالَ وَمَا سَمِعْت فِيهِ شَيْئًا، وَهُوَ رَأْيٌ قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ، وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْإِبْهَامِ ثَلَاثَةُ أَنَامِلَ فِي كُلِّ

أُنْمُلَةٍ ثُلُثُ دِيَةِ الْأَصَابِعِ قَالَ وَإِلَيْهِ رَجَعَ مَالِكٌ، وَأَخَذَ أَصْحَابُهُ بِقَوْلِهِ الْأَوَّلِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ أَشْهَبُ قَالَ لَوْ لَزِمَ فِي بَقِيَّةِ الْإِبْهَامِ الَّذِي فِي الْكَفِّ دِيَةٌ لَلَزِمَ فِي سَائِرِ الْأَصَابِعِ أَنْ يَكُونَ لَهَا فِي مِثْلِ ذَلِكَ دِيَةُ أُنْمُلَةٍ رَابِعَةٍ وَهَذَا خِلَافُ الْأُمَّةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا أُصْبُعٌ فَكَانَتْ أَنَامِلُهَا ثَلَاثًا أَصْلُ ذَلِكَ سَائِرُ الْأَصَابِعِ.

(92/7)

جَامِعُ عَقْلِ الْأَسْنَانِ (ص) : (وَحَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ جُنْدُبٍ عَنْ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَضَى فِي الضِّرْسِ بِجَمَلٍ، وَفِي التَّرْقُوَةِ بِجَمَلٍ، وَفِي الضِّلْعِ بِجَمَلٍ وَحَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ يَقُولُ قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الْأَضْرَاسِ بِبَعِيرٍ، وَقَضَى مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ فِي الْأَضْرَاسِ بِخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ فَالدِّيَةُ تَنْقُصُ فِي قَضَاءِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَتَزِيدُ فِي قَضَاءِ مُعَاوِيَةَ فَلَوْ كُنْت أَنَا لَجَعَلْت فِي الْأَضْرَاسِ بَعِيرَيْنِ بَعِيرَيْنِ فَتِلْكَ الدِّيَةُ سَوَاءٌ) .

(ص) : (وَحَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ إذَا أُصِيبَتْ السِّنُّ فَاسْوَدَّتْ فَفِيهَا عَقْلُهَا تَامًّا قَالَ طُرِحَتْ بَعْدَ أَنْ اسْوَدَّتْ فَفِيهَا عَقْلُهَا أَيْضًا تَامًّا) .

[المنتقى]

[جَامِعُ عَقْلِ الْأَسْنَانِ]

(ش) : قَوْلُهُ قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْأَضْرَاسِ بِبَعِيرٍ بَعِيرٍ، وَقَضَى مُعَاوِيَةُ بِخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ، وَرَأَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ بَعِيرَيْنِ بَعِيرَيْنِ فِي كُلِّ ضِرْسٍ، وَاسْتَحْسَنَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَوْلَ ابْنِ الْمُسَيِّبِ لِمَا فِيهِ مِنْ مُوَافَقَةِ عَقْلِ جَمِيعِهَا الدِّيَةَ الْكَامِلَةَ؛ لِأَنَّهَا تَزِيدُ عَلَى قَضَاءِ مُعَاوِيَةَ، وَتَنْقُصُ فِي قَضَاءِ عُمَرَ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ، وَسَأَلْته عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ تَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَجْعَلُ فِي الْأَضْرَاسِ بَعِيرًا بَعِيرًا، وَالْأَضْرَاسُ عِشْرُونَ كَانَ يَجْعَلُ فِي الْأَسْنَانِ خَمْسَةً، وَالْأَسْنَانُ اثْنَا عَشَرَ أَرْبَعُ ثَنَايَا وَأَرْبَعُ رَبَاعِيَاتٍ، وَأَرْبَعُ أَنْيَابٍ فَدِيَةُ جَمِيعِ ذَلِكَ ثَمَانُونَ بَعِيرًا فَنَقَصَتْ عَنْ دِيَةِ النَّفْسِ عِشْرُونَ بَعِيرًا قَالَ وَكَانَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ يَجْعَلُ فِي الْأَضْرَاسِ خَمْسَةً خَمْسَةً فَجَمِيعُ ذَلِكَ سِتُّونَ وَمِائَةٌ فَقَدْ زَادَ عَلَى دِيَةِ النَّفْسِ سِتِّينَ.

وَقَالَ سَعِيدٌ لَوْ كُنْت أَنَا لَجَعَلْت فِي الْأَضْرَاسِ بَعِيرَيْنِ بَعِيرَيْنِ فَذَلِكَ أَرْبَعُونَ بَعِيرًا، وَفِي الْأَسْنَانِ خَمْسَةً خَمْسَةً فَذَلِكَ سِتُّونَ تَمَامُ الْمِائَةِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَالَّذِي قَالَهُ مُعَاوِيَةُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَسَيَأْتِي بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ الْأَصْلِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ لِمَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «فِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ» ، وَعِنْدَ ابْنِ مُزَيْنٍ يَقُولُ الْأَضْرَاسُ سِتَّةَ عَشَرَ، وَيَزِيدُ فِي الْأَسْنَانِ أَرْبَعُ ضَوَاحِكَ، وَهِيَ الَّتِي تَلِي الْأَنْيَابَ، وَتَتَّصِلُ بِالْأَضْرَاسِ.

(ش) : قَوْلُهُ إنْ اسْوَدَّتْ السِّنُّ فَفِيهَا الْعَقْلُ تَامًّا، ثُمَّ إنْ طُرِحَتْ فَفِيهَا الْعَقْلُ أَيْضًا تَامًّا، يُرِيدُ: اسْوِدَادُهَا يُوجِبُ فِيهَا الْعَقْلَ التَّامَّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ إذَا ضُرِبْت فَاسْوَدَّتْ فَفِيهَا حُكُومَةٌ قَالَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ إذَا اسْوَدَّتْ فَقَدْ ذَهَبَتْ مَنْفَعَتُهَا فَوَجَبَ بِذَلِكَ الدِّيَةُ قَالَ ثُمَّ إذَا طُرِحْت بَعْدَ ذَلِكَ وَجَبَتْ دِيَةٌ أُخْرَى لِذَهَابِ الْجَمَالِ بِهَا كَالْأَنْفِ يُضْرَبُ فَيَذْهَبُ الشَّمُّ فَفِيهِ الدِّيَةُ، ثُمَّ إذَا قُطِعَ بَعْدَ ذَلِكَ فَفِيهِ دِيَةٌ أُخْرَى، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ الْمُسَيِّبِ وَعَدَدٍ مِنْ التَّابِعِينَ أَنَّهَا إذَا اسْوَدَّتْ وَجَبَ عَقْلُهَا، وَلَمْ يَبْلُغْنِي عَنْ أَحَدٍ مِنْ الْعُلَمَاءِ خِلَافُهُ، وَأَمَّا إذَا طُرِحَتْ بَعْدَ اسْوِدَادِهَا فَفِيهَا بَعْضُ الْخِلَافِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَأَبُو الزِّنَادِ فِيهَا حُكُومَةٌ كَالْعَيْنِ الْقَائِمَةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْعَيْنُ الْقَائِمَةُ لَمْ تَبْقَ فِيهَا مَنْفَعَةٌ؛ لِأَنَّ السِّنَّ السَّوْدَاءَ بَقِيَتْ فِيهَا قُوَّتُهَا وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهَا فَظَاهِرُ قَوْلِهِ إنَّ الْأَمْرَ بِالْعَكْسِ فَمَا قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مِنْ أَنَّ السِّنَّ إذَا اسْوَدَّتْ فَقَدْ ذَهَبَ جَمَالُهَا، وَبَقِيَتْ مَنْفَعَتُهَا فَإِنَّمَا وَجَبَتْ الدِّيَةُ الْأُولَى بِاسْوِدَادِهَا لِذَهَابِ جَمَالِهَا، وَوَجَبَتْ الدِّيَةُ الثَّانِيَةُ لِذَهَابِ مَنْفَعَتِهَا، وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ السِّنَّ إذَا اضْطَرَبَتْ اضْطِرَابًا شَدِيدًا وَجَبَتْ فِيهَا الدِّيَةُ لِذَهَابِ مَنْفَعَتِهَا، ثُمَّ إنْ طُرِحَتْ فَقَدْ وَجَبَتْ فِيهَا حُكُومَةٌ لِذَهَابِ مَا فِيهَا مِنْ جَمَالٍ وَمَنْفَعَةٍ كَالْيَدِ الشَّلَّاءِ وَالْعَيْنِ الْقَائِمَةِ فَلَوْ كَانَتْ السِّنُّ السَّوْدَاءُ ذَهَبَتْ مَنْفَعَتُهَا لَمْ يَجِبْ عَلَى مَنْ طَرَحَهَا إلَّا حُكُومَةٌ، وَقَدْ حَكَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ

(93/7)

الْعَمَلُ فِي عَقْلِ الْأَسْنَانِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ دَاوُد بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ بَعَثَهُ إلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ يَسْأَلُهُ مَاذَا فِي الضِّرْسِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ فِيهِ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ قَالَ فَرَدَّنِي مَرْوَانُ إلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَقَالَ أَتَجْعَلُ مُقَدَّمَ الْفَمِ مِثْلَ الْأَضْرَاسِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ لَوْ لَمْ تَعْتَبِرْ ذَلِكَ إلَّا بِالْأَصَابِعِ عَقْلُهَا سَوَاءٌ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ

يُسَوِّي بَيْنَ الْأَسْنَانِ فِي الْعَقْلِ، وَلَا يُفَضِّلُ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مُقَدَّمَ الْفَمِ وَالْأَنْيَابِ وَالْأَضْرَاسِ عَقْلُهَا سَوَاءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «فِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ» وَالضِّرْسُ سِنٌّ مِنْ الْأَسْنَانِ لَا يُفَضَّلُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ) .

مَا جَاءَ فِي دِيَةِ جِرَاحِ الْعَبْدِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفُ عُشْرِ ثَمَنِهِ)

[المنتقى]

مَا يُؤَدِّي ذَلِكَ قَالَ وَسَأَلْته عَنْ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ السِّنُّ إذَا أُصِيبَتْ فَاسْوَدَّتْ فَالْعَقْلُ فِيهِ تَامٌّ، أَتَأْخُذُ بِهِ؟ قَالَ نَعَمْ بِهِ آخُذُ قُلْت لِمَ؟ قَالَ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهَا سَوْدَاءُ وَبَيْضَاءُ وَاحِدَةٌ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ، وَأَخْبَرَنِي يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مِثْلَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ تَغَيَّرَ لَوْنُهَا إلَى حُمْرَةٍ أَوْ خُضْرَةٍ أَوْ اصْفِرَارٍ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْخُضْرَةُ أَقْرَبُ إلَى السَّوَادِ مِنْ الْحُمْرَةِ ثُمَّ الصُّفْرَةُ فَلَهُ مِنْ قَدْرِ مَا ذَهَبَ مِنْ بَيَاضِهَا إلَى مَا بَقِيَ مِنْهُ إلَى الِاسْوِدَادِ وَنَحْوِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَذَلِكَ أَنَّهُ ذَهَبَ بَعْضُ مَا يَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ فَوَجَبَ مِنْ الدِّيَةِ بِقَدْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ضُرِبَتْ فَتَحَرَّكَتْ فَإِنْ كَانَ تَحَرُّكًا شَدِيدًا قَالَ أَشْهَبُ يَنْتَظِرُ بِهَا سَنَةً فَإِنْ اشْتَدَّ اضْطِرَابُهَا بَعْدَ السَّنَةِ فَهِيَ كَالْمُعَلَّقَةِ، ثُمَّ عَقَلَهَا، وَإِنْ كَانَ اضْطِرَابًا خَفِيفًا عَقَلَ لَهَا بِقَدْرِهِ.

(فَرْعٌ) إذَا طُرِحَتْ السِّنّ مِنْ شَجِّهَا فَفِيهَا الدِّيَةُ كَامِلَةً، وَكَذَلِكَ إنْ كُسِرَتْ مِنْ أَصْلِ شَجَّةٍ اسْتَمَرَّتْ فِيهَا لَا مَحَطَّ لِمَا بَقِيَ مِنْ السِّنّ مِنْ مَوْضِعِ شَجِّهَا شَيْءٌ كَهَيْئَةِ الذَّكَرِ بَعْدَ الْحَشَفَةِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

[الْعَمَلُ فِي عَقْلِ الْأَسْنَانِ]

(ش) : قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ لِرَسُولِ مَرْوَانَ فِي الضِّرْسِ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِمَّا يَقْتَضِيهِ حَدِيثُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنْ الْإِبِلِ» ، وَذَلِكَ عَامٌّ؛ لِأَنَّ اسْمَ السِّنِّ وَاقِعٌ عَلَى الْأَضْرَاسِ وَغَيْرِهَا، وَإِنَّمَا خَصَّ بَعْضَهَا بِاسْمٍ يَخُصُّهَا فَمُقَدَّمُ الْفَمِ يُقَالُ لَهُ الثَّنَايَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ابْنُ مَرْوَانَ أَتَجْعَلُ مُقَدَّمَ الْفَمِ مِثْلَ الْأَضْرَاسِ بَيَّنَ أَنَّ الْأَضْرَاسَ عِنْدَهُ مَا دَاخِلُ الْفَمِ، وَأَنَّهُ اعْتَقَدَ الْمُخَالَفَةَ بَيْنَهُمَا لِاخْتِلَافِ مَنَافِعِهِمَا، وَارْتَابَ فِي ذَلِكَ فَحَقَّقَ ابْنُ عَبَّاسٍ قَوْلَهُ وَتَبَيَّنَ وَجْهُ الصَّوَابِ فِي صِحَّتِهِ، وَقَالَ لَوْ لَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ إلَّا بِالْأَصَابِعِ عَقْلُهَا سَوَاءٌ، وَقَدْ رَوَى مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ أَنَّهُ قَالَ عَقْلُهَا وَاحِدٌ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهَا وَابْنُ عَبَّاسٍ مِنْ أَهْلِ اللِّسَانِ وَالتَّقَدُّمِ فِي الْفَصَاحَةِ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْأَئِمَّةِ أَنَّ الِاحْتِجَاجَ بِقَوْلِهِ فِيمَا يَعُودُ إلَى اللُّغَةِ لَازِمٌ فَثَبَتَ بِذَلِكَ أَنَّ مَعْنَى الِاعْتِبَارِ الْقِيَاسُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي دِيَةِ جِرَاحِ الْعَبْدِ]

(ش) : قَوْلُهُمَا فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفُ عُشْرِ ثَمَنِهِ يُرِيدُ أَنَّ نِصْفَ عُشْرِ قِيمَتِهِ، وَجُعِلَتْ هَذِهِ الشِّجَاجُ الَّتِي هِيَ الْمُوضِحَةُ وَالْمُنَقِّلَةُ وَالْجَائِفَةُ وَالْمَأْمُومَةُ مُقَدَّرَةً مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ بِحَسَبِ قَدْرِهَا مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ سَأَلْت عِيسَى عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَجْعَلْ فِي يَدِهِ وَرِجْلِهِ، وَهُوَ نِصْفُ قِيمَتِهِ، وَفِي غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ جِرَاحَاتِ جَسَدِهِ مِثْلُ السِّنِّ، وَمَا أَشْبَهَهَا مِمَّا جَاءَ فِيهِ لِلْحُرِّ عَقْلٌ مُسَمًّى كَمَا جَاءَ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي أَجْرَوْهَا مِنْ الْعَبْدِ فِي قِيمَتِهِ مَجْرَاهَا مِنْ الْحُرِّ فِي دِيَتِهِ فَقَالَ إنَّ الْمُوضِحَةَ وَالْمُنَقِّلَةَ وَالْجَائِفَةَ قَدْ تَبْرَأُ، وَتَعُودُ

(94/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الْعَبْدِ يُصَابُ بِالْجِرَاحِ أَنَّ عَلَى مَنْ جَرَحَهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفَ عُشْرِ ثَمَنِهِ وَفِي مَأْمُومَتِهِ وَجَائِفَتِهِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثُلُثُ ثَمَنِهِ، وَفِيمَا سِوَى هَذِهِ الْخِصَالِ الْأَرْبَعِ مِمَّا يُصَابُ بِهِ الْعَبْدُ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهِ فَيَنْظُرُ فِي ذَلِكَ بَعْدَ مَا يَصِحُّ الْعَبْدُ، وَيَبْرَأُ كَمْ بَيْنَ قِيمَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ أَنْ أَصَابَهُ الْجُرْحُ، وَقِيمَتِهِ صَحِيحًا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ هَذَا، ثُمَّ يَغْرَمُ الَّذِي أَصَابَهُ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ إذَا كُسِرَتْ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ، ثُمَّ صَحَّ كَسْرُهُ فَلَيْسَ عَلَى مَنْ أَصَابَهُ شَيْءٌ فَإِنْ أَصَابَ كَسْرَهُ ذَلِكَ نَقْصٌ أَوْ عَثَلٌ كَانَ عَلَى مَنْ أَصَابَهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ) .

[المنتقى]

إلَى حَالِهَا بِغَيْرِ نَقْصٍ مِنْ الْجَسَدِ، وَمَا سِوَاهَا مِنْ الْجِرَاحِ تَذْهَبُ مِنْ جَسَدِهِ، وَتَنْقُصُ مِنْ أَعْضَائِهِ، وَرُبَّمَا

كَانَ مِمَّا يُصَابُ بِهِ مِنْ ذَلِكَ إبْطَالُهُ فَلِذَلِكَ لَمْ يَرَوْا فِيهِ إلَّا مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهِ فَيُقَامُ صَحِيحًا، وَمَعِيبًا فَيَغْرَمُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ صَحِيحًا قَالَ وَأَخْبَرَنِي يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ نَافِعٍ مِثْلَهُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الْعَبْدِ يُصَابُ بِالْجِرَاحِ أَنَّ عَلَى مَنْ جَرَحَهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنْ كَانَ يَقْضِي فِي جُرْحِهِ بِقَدْرِ مَا نَقَصَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ هَذِهِ الشِّجَاجِ الْأَرْبَعِ الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرُهَا فَهِيَ الَّتِي لَا تَكَادُ تَبْرَأُ فِي الْغَالِبِ إلَّا عَلَى نَقْصٍ مِنْ الْقِيمَةِ، وَرُبَّمَا كَانَ مَا يَنْقُصُ مِنْ الْقِيمَةِ بِهَا أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ أَرْشِهَا، وَأَمَّا الشِّجَاجُ الْأَرْبَعُ فَإِنَّهَا تَبْرَأُ غَالِبًا دُونَ شَيْنٍ مَعَ أَنَّهَا مَتَالِفُ مَخُوفَةٌ فَلَوْ لَمْ يَلْزَمْ الْجَانِيَ فِيهَا إلَّا مَا نَقَصَ لَسَلِمَ غَالِبًا مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَكَانَ ذَلِكَ نَوْعًا مِنْ الْإِغْرَاءِ بِالْجِنَايَةِ وَالتَّسَلُّطِ فِيهَا عَلَى الْعَبْدِ، وَفِي إلْزَامِ الْجَانِي مِقْدَارَ أَرْشِهَا مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ زَجْرٌ عَنْهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الشِّجَاجِ الْأَرْبَعِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَفِيهِ أَسْوَءُهَا مِنْ الشِّجَاجِ مَا نَقَصَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ بَيَّنَ وَجْهَ ذَلِكَ وَكَيْفَ الْعَمَلُ فِيهِ فَقَالَ يَنْظُرُ إلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الْحُكْمِ وَإِلَى قِيمَتِهِ بِالشَّيْنِ الَّذِي أَحْدَثَتْهُ فِيهِ الْجِنَايَةُ فَيَغْرَمُ الْجَانِي مَا بَيْنَهُمَا لِسَيِّدِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمُقَدَّرَ هُوَ الَّذِي أُتْلِفَ عَلَيْهِ مِنْ عَبْدِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

فَإِنْ كُسِرَتْ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ، ثُمَّ صَحَّ يُرِيدُ دُونَ شَيْنٍ وَلَا نَقْصٍ فَلَيْسَ عَلَى مَنْ أَصَابَهُ شَيْءٌ، وَأَمَّا فِي الْخَطَإِ فَقَدْرُهُ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْعَمْدُ فَعَلَيْهِ فِي الْأَدَبِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الرَّدْعُ وَالزَّجْرُ عَنْ مِثْلِ هَذَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ؛ لِأَنَّ بُرْأَهُ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ وَعَوْدَتَهُ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ نَادِرٌ شَاذٌّ، وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ لَيْسَ عَلَى الْجَانِي غُرْمُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ فِي جَبْرِهِ وَالْقِيَامِ عَلَيْهِ إلَّا الْأَدَبَ الْمُوجِعَ إنْ كَانَ جُرْحُهُ عَمْدًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ أَصَابَ كَسْرَهُ ذَلِكَ نَقْصٌ يُرِيدُ مِنْ قُوَّتِهِ أَوْ عَثَلٌ يُرِيدُ شَيْنٌ فِي قُبْحِ مَنْظَرٍ فَعَلَيْهِ قَدْرُ مَا نَقَصَ يُرِيدُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ عَلَيْهِ غُرْمَ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْقِصَاصِ بَيْنَ الْمَمَالِيكِ كَهَيْئَةِ قِصَاصِ الْأَحْرَارِ نَفْسُ الْأَمَةِ بِنَفْسِ الْعَبْدِ، وَجُرْحُهَا بِجُرْحِهِ فَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ عَبْدًا عَمْدًا خُيِّرَ سَيِّدُ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ فَإِنْ شَاءَ قَتَلَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَقْلَ فَإِنْ أَخَذَ الْعَقْلَ أَخَذَ قِيمَةَ عَبْدِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْعَبْدِ الْقَاتِلِ أَنْ يُعْطَى ثَمَنَ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ فَعَلَ، وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَ عَبْدَهُ فَإِذَا أَسْلَمَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِرَبِّ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ إذَا أَخَذَ الْعَبْدَ الْقَاتِلَ فَرَضِيَ بِهِ أَنْ يَقْتُلَهُ، وَذَلِكَ فِي الْقِصَاصِ كُلِّهِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي قَطْعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ

بِمَنْزِلَتِهِ فِي الْقَتْلِ) .
(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْقِصَاصَ بَيْنَ الْمَمَالِيكِ كَهَيْئَةِ قِصَاصِ الْأَحْرَارِ يُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ} [المائدة: 45] وَهَذَا مِمَّا لَا يُعْلَمُ فِيهِ خِلَافٌ، وَأَمَّا قَوْلُهُ جُرْحُهَا بِجُرْحِهِ فَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ.
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا قِصَاصَ بَيْنَهُمَا فِي الْأَطْرَافِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ} [المائدة: 45] ، وَهَذَا عَامٌّ فِي كُلِّ ذَكَرٍ وَأُنْثَى

(95/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ يَجْرَحُ الْيَهُودِيَّ أَوْ النَّصْرَانِيَّ أَنَّ سَيِّدَ الْعَبْدِ إنْ شَاءَ أَنْ يَعْقِلَ عَنْهُ مَا قَدْ أَصَابَ فَعَلَ أَوْ أَسْلَمَهُ فَيُبَاعَ فَيُعْطِيَ الْيَهُودِيَّ أَوْ النَّصْرَانِيَّ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ أَوْ ثَمَنَهُ كُلَّهُ إنْ أَحَاطَ بِثَمَنِهِ، وَلَا يُعْطِي الْيَهُودِيُّ وَلَا النَّصْرَانِيُّ عَبْدًا مُسْلِمًا) .

[المنتقى]
وَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ وَارِدَةً فِي التَّوْرَاةِ فَإِنَّ شَرْعَ مَنْ قَبْلَنَا لَازِمٌ لَنَا إذَا وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ أَوْ حَدِيثٍ صَحِيحٍ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَتَّى نَسْخِهِ، وَقَدْ احْتَجَّ مَالِكٌ فِي أَنَّ الْأَبَ يَسْتَأْمِرُ ابْنَتَهُ فِي إنْكَاحِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي سُورَةِ الْقَصَصِ {إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ} [القصص: 27] ، وَلَمْ يَذْكُرْ اسْتِئْمَارًا، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ كُلَّ شَخْصَيْنِ جَرَى بَيْنَهُمَا الْقِصَاصُ فِي الْأَنْفُسِ فَإِنَّهُ يَجْرِي بَيْنَهُمَا فِي الْأَطْرَافِ كَالْحُرَّيْنِ.
1 -
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ عَبْدًا عَمْدًا خُيِّرَ سَيِّدُ الْعَبْدِ فَإِنْ شَاءَ قَتَلَ يُرِيدُ الْعَبْدَ الْقَاتِلَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَقْلَ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ شَاءَ عَفَا عَنْ الْقَتْلِ فَيَكُونُ سَيِّدُ الْقَاتِلِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُدْفَعَ إلَيْهِ قِيمَةُ عَبْدِهِ الْمَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أُتْلِفَ عَلَيْهِ أَوْ يُسْلِمُ إلَيْهِ الْعَبْدُ الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ.
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ سَيِّدُ الْجَانِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَفْتَدِيَ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ أَوْ يُسَلِّمَهُ بِالْبَيْعِ فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ قَدْرَ أَرْشِ الْجِنَايَةِ كَانَ الْبَاقِي لِسَيِّدِ الْجَانِي، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ مُتَعَلِّقَةً بِمَالِ السَّيِّدِ أَوْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَتَعَلَّقَ بِمَالِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُوجِبُ أَخْذَهَا مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ فَلَمْ يَبْقَ إلَّا أَنْ

تَتَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ رَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْنَى تَعَلُّقِهَا بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ وَانْتِقَالِهَا إلَيْهِ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ يَخْرُجُ عَلَى مَا ذَكَرَ بَعْدَ هَذَا مَالِكٌ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ، وَلَعَلَّهَا رِوَايَةٌ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْعَبْدَ إذَا جَرَحَ الْكِتَابِيَّ فَتَعَذَّرَ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْقَلُ مُسْلِمٌ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا بِكَافِرٍ وَإِنْ كَانَ حُرًّا، رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَلَوْ قَتَلَهُ الذِّمِّيُّ فَقَدْ أُخْتُلِفَ فِيهِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ، وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُقْتَلَ بِهِ، وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ.
وَقَالَهُ أَشْهَبُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا يُضْرَبُ وَلَا يُقْتَلُ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ، وَقَالَ سَحْنُونٌ إنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ كَسِلْعَةٍ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ قَوَدٌ فِي نَفْسٍ وَلَا جُرْحٍ؛ لِأَنَّ فِي هَذَا حُرِّيَّةً، وَفِي هَذَا إسْلَامًا.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِنَّ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَعْقِلَ يُرِيدُ أَنْ يُودِيَ عَقْلَ الْجُرْحِ إنْ شَاءَ فَإِنْ أَبَى مِنْ ذَلِكَ وَأَسْلَمَهُ فَقَدْ قَالَ هَاهُنَا إنَّهُ يُبَاعُ فَيُعْطَى مِنْ الثَّمَنِ عَقْلَ الْجُرْحِ فَإِنْ قَصُرَ عَنْ الْعَمَلِ فَلَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ غَيْرُ ثَمَنِهِ، وَإِنْ زَادَ عَلَى الْعَمَلِ أُعْطِيَ مِنْهُ قَدْرَ الْعَقْلِ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ سَأَلْته يُرِيدُ عِيسَى بْنَ دِينَارٍ عَنْ قَوْلٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَخَطَأٌ هُوَ فِي الْكِتَابِ أَمْ مَا مَعْنَاهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ خَطَأٌ فِي الْكِتَابِ، وَقَدْ كَانَ يَقْرَأُ مَالِكٌ فَلَا يُغَيِّرُهُ، وَإِنَّمَا الْأَمْرُ فِيهِ إذَا أَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ بِيعَ فَأُعْطِيَ الْكِتَابِيُّ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّنْ عَلَى غَيْرِ الْإِسْلَامِ عَنْ جَمِيعِ الْعَبْدِ كَائِنًا مَا كَانَ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ الدِّيَةِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَهَذَا الَّذِي أَنْكَرَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ رِوَايَةً عَنْ مَالِكٍ قَدِيمَةً، ثُمَّ رَجَعَ مِنْهَا إلَى مَا سَمِعَهُ مِنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَاسْتَصْوَبَهُ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ تَغَيُّرٌ فِي كِتَابِهِ لَمَّا كَانَ قَدْ طَارَ عَنْهُ، وَشَاعَ مَعَ احْتِمَالِهِ، وَقَدْ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ بِهَذِهِ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ الَّتِي فِي الْمُوَطَّأِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ يَمْنَعُ هَذَا الْقَوْلَ، وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَا يُعْطِي الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ عَبْدًا مُسْلِمًا؛ لِأَنَّهُ إذَا مَنَعَ الْإِسْلَامُ مِنْ أَنْ يُدْفَعَ إلَيْهِ وَجَبَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ وَيُدْفَعَ إلَيْهِ جَمِيعُ ثَمَنِهِ لَوْ ابْتَاعَهُ أَوْ وَرِثَهُ أَوْ أَسْلَمَ عِنْدَهُ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يُدْفَعْ إلَيْهِ مِنْهُ إلَّا قَدْرُ أَرْشِ جِنَايَتِهِ فَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَمْ يُبَعْ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا بِيعَ لِيُوفِيَ أَرْشَ جِنَايَةٍ اسْتَحَقَّ، وَأَمَّا الِاسْتِحْقَاقُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهِ، وَلَا حُكْمِهِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا حُكْمَهُ لَوْ كَانَ نَصْرَانِيًّا جَرَحَ نَصْرَانِيًّا أَوْ كَانَ مُسْلِمًا جَرَحَ مُسْلِمًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(96/7)

مَا جَاءَ فِي دِيَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى أَنَّ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ إذَا قُتِلَ أَحَدُهُمَا مِثْلُ نِصْفِ دِيَةِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنْ لَا يُقْتَلَ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ إلَّا أَنْ يَقْتُلَهُ مُسْلِمٌ قَتْلَ غِيلَةٍ فَيُقْتَلُ بِهِ) .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي دِيَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ]

(ش) : قَوْلُهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إنَّ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مِثْلُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «دِيَةُ الْكَافِرِ نِصْفُ دِيَةِ الْمُؤْمِنِ» ، وَلَمْ يَرِدْ مِنْ طَرِيقٍ صَحِيحٍ غَيْرَ أَنَّهُ قَدْ وَرَدَ مِنْ مِثْلِ هَذَا الطَّرِيقِ، وَأَضْعَفُ مِنْهُ دِيَةُ الْكَافِرِ مِثْلُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَتَأَوَّلَ أَصْحَابُنَا ذَلِكَ عَنْهُ لِتَسَامُحٍ فِي تَأْوِيلِ مَا لَمْ يَصِحَّ إسْنَادُهُ إذْ مَعْنَى الْمِثْلِ هَذَا فِي الْعَيْنِ وَالْجِنْسِ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا أَعْرِفُ فِي نِصْفِ الدِّيَةِ فِيهِمْ إلَّا قَضَاءَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَكَانَ إمَامُ هُدًى، وَأَنَا أَتْبَعُهُ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْكُفْرَ نَقْصٌ يُؤَثِّرُ فِي الْقِصَاصِ فَوَجَبَ أَنْ يُؤَثِّرَ فِي نُقْصَانِ الدِّيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَكْمُلُ دِيَتُهُ كَالرِّقِّ، وَوَجْهٌ آخَرُ إنَّ نَقْصَ الْكُفْرِ أَعْظَمُ مِنْ نَقْصِ الْأُنُوثَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْأُنُوثَةَ لَا تَمْنَعُ الْقِصَاصَ، وَالْكُفْرُ يَمْنَعُهُ فَإِذَا كَانَتْ الْأُنُوثَةُ تُؤَثِّرُ فِي نَقْصِ الدِّيَةِ فَبِأَنْ يُؤَثِّرَ فِيهِ الْكُفْرُ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ دِيَةَ الْكِتَابِيِّ أَقَلُّ مِنْ دِيَةِ الْمُسْلِمِ فَهِيَ نِصْفُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ثُلُثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا نَقْصٌ يَمْنَعُ مُسَاوَاةَ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ فِي الدِّيَةِ فَلَمْ يَقْصُرْهَا عَلَى الثُّلُثِ كَنَقْصِ الْأُنُوثَةِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ يُرِيدُ أَنْ يَقْتُلَهُ، وَهُوَ مُسْلِمٌ فَإِنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ، وَهُوَ كَافِرٌ، ثُمَّ أَسْلَمَ لَقُتِلَ بِهِ فَإِنَّهُ يَمْنَع وُجُوبَ الْقِصَاصِ، وَلَا يَمْنَعَ اسْتِيفَاءَهُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ نَاقِصٌ بِالْكُفْرِ فَلَمْ يَجِبْ لَهُ الْقَوَدُ عَلَى الْمُؤْمِنِ كَالْمُسْتَأْمَنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُقْتَلُ الْكَافِرُ بِالْمُسْلِمِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ، وَأَمَّا الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ لَا قِصَاصَ بَيْنَهُمَا فِي الْأَطْرَافِ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُجْبَرُ الْمُسْلِمُ فَإِنْ شَاءَ اسْتَقَادَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَقْلَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالصَّوَابُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ الْقِصَاصَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ كُلَّ مَنْ يُقَادُ بِهِ فِي النَّفْسِ فَإِنَّهُ يُقَادُ فِي الْجُرْحِ كَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالْكَافِرِ فَإِنَّهُ يُجْلَدُ مِائَةً، وَيُسْجَنُ سَنَةً، وَتَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ، وَعَلَى مَنْ الدِّيَةُ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّهُ عَمْدٌ لَا قَوَدَ فِيهِ فَكَانَتْ دِيَتُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَدِيَةِ الْجَائِفَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ عَمْدٌ مَنَعَ الْقِصَاصَ فِيهِ بَعْضُ الْحُرْمَةِ كَقَتْلِ الْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْقِصَاصَ يَجْرِي بَيْنَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالْكُفْرُ فِي ذَلِكَ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُقْتَلُ الْيَهُودِيُّ بِالْمَجُوسِيِّ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ؛ لِأَنَّ نَقْصَ دِيَتِهِ عَنْ دِيَةِ الْيَهُودِيِّ لَا يَمْنَعُ إلَّا أَنْ يُقْتَلَ بِهِ الْيَهُودِيُّ كَمَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَتْ دِيَتُهُمَا نِصْفَ دِيَتِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا تَحَاكَمَ إلَيْنَا نَصْرَانِيَّانِ فِي قَتْلٍ فَقَالَ الْقَاتِلُ لَيْسَ فِي دِينِنَا قِصَاصٌ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُقْتَلُ بِهِ، وَقِيلَ إنْ شَهِدَ عَلَيْهِ ذَوَا عَدْلٍ يُسَلَّمُ إلَى وَلِيِّ الْمَقْتُولِ يَقْتُلُهُ إنْ شَاءَ فَإِنْ عَفَا عَنْهُ ضَرَبَهُ الْإِمَامُ مِائَةً وَسَجَنَهُ سَنَةً، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ إنَّ أَحْكَامَهُمْ بَيْنَهُمْ مَوْقُوفَةٌ عَلَى مُقْتَضَى شَرِيعَتِهِمْ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا مِنْ التَّظَالُمِ فَيُحْكَمُ فِيهِ بَيْنَهُمْ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَ يَقُولُ دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ قَالَ مَالِكٌ وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا قَالَ مَالِكٌ وَجِرَاحُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ فِي دِيَاتِهِمْ عَلَى حِسَابِ جِرَاحِ الْمُسْلِمِينَ فِي دِيَاتِهِمْ الْمُوضِحَةُ نِصْفُ عُشْرِ دِيَتِهِ، وَالْمَأْمُومَةُ ثُلُثُ دِيَتِهِ، وَالْجَائِفَةُ ثُلُثُ دِيَتِهِ فَعَلَى حِسَابِ ذَلِكَ جِرَاحَاتُهُمْ كُلُّهَا) .

مَا يُوجِبُ الْعَقْلَ عَلَى الرَّجُلِ فِي خَاصَّةِ مَالِهِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ عَقْلٌ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ إنَّمَا عَلَيْهِمْ عَقْلُ قَتْلِ الْخَطَإِ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْمِلُ شَيْئًا مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ إلَّا أَنْ يَشَاءُوا ذَلِكَ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ قَالَ مَضَتْ السُّنَّةُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ حِينَ يَعْفُو أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ أَنَّ الدِّيَةَ تَكُونُ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ خَاصَّةً إلَّا أَنْ تُعِينَهُ الْعَاقِلَةُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهَا)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مِثْلُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ، وَقَدْ اسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي ذَلِكَ بِأَنَّهُ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ حَكَمَ بِهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ، وَكَانَ يَكْتُبُ بِذَلِكَ إلَى عُمَّالِهِ قَالَ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ جِنْسٍ لَا تُؤْكَلُ ذَبَائِحُهُمْ فَإِنَّهُ لَا يُسَاوِي الْمُسْلِمَ فِي الدِّيَةِ كَالْأُنْثَى وَالْمُرْتَدِّ وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ مِنْهُمْ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْمَالِ، وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ فَقُتِلَ فِي حَالِ ارْتِدَادِهِ لَمْ يُقْتَلْ قَاتِلُهُ، وَيَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي دِيَتِهِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغَ وَأَشْهَبَ دِيَتُهُ دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ فِي نَفْسِهِ وَجِرَاحِهِ رَجَعَ إلَى الْإِسْلَامِ أَوْ قُتِلَ عَلَى دِينِهِ، وَرَوَى سَحْنُونٌ عَنْ أَشْهَبَ دِينُهُ الَّذِي ارْتَدَّ إلَيْهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ فَصَارَ لَهُ حُكْمُ أَقَلِّ الْأَدْيَانِ، وَهُوَ دِينُ مَنْ لَا كِتَابَ لَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا انْتَقَلَ إلَى دِينِهِمْ فَكَانَ لَهُ حُكْمُهُمْ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ مَوْلُودًا.

[مَا يُوجِبُ الْعَقْلَ عَلَى الرَّجُلِ فِي خَاصَّةِ مَالِهِ وَفِيهِ أَبْوَاب]

(ش) : قَوْلُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ شَيْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ جِنَايَاتِ الْعَمْدِ عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا مَا يَكُونُ فِيهِ الْقِصَاصُ كَالْقَتْلِ وَقَطْعِ الْيَدِ وَفَقْءِ الْعَيْنِ فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْمِلُ عَمْدَهُ، وَالضَّرْبُ الثَّانِي لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَفِي هَذَا أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَعْرِفَةِ الْعَاقِلَةِ

وَصِفَةِ تَحَمُّلِهَا لِلدِّيَةِ وَالْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْعَمْدِ وَتَمْيِيزِهِ مِنْ الْخَطَإِ وَالْبَابُ الثَّالِثُ فِيمَا يَجِبُ بِجِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْبَابُ الرَّابِعُ فِي مَعْرِفَةِ مَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةِ مِنْ الْجِنَايَةِ.

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَعْرِفَةِ الْعَاقِلَةِ وَصِفَةِ تَحَمُّلِهَا لِلدِّيَةِ)

فَأَمَّا الْعَاقِلَةُ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ الْقَبَائِلُ فَلَا تَعْقِلُ قَبِيلَةٌ مَعَ قَبِيلَةٍ مَا دَامَ فِي قَبِيلَةِ الْجَانِي مَنْ يَحْمِلُ الْجِنَايَةَ، وَالدِّيوَانُ فَإِنَّ أَهْلَ الدِّيوَانِ يَعْقِلُ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الدِّيوَانِ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ، وَالْآفَاقُ فَلَا يَعْقِلُ شَامِيٌّ مَعَ مِصْرِيٍّ، وَلَا شَامِيٌّ مَعَ عِرَاقِيٍّ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إلَى الْجَانِي مِمَّنْ يَعْقِلُ مَعَهُ مِنْ أَهْلِ أُفُقِهِ، قَالَ سَحْنُونٌ وَيُضَمُّ أَهْلُ إفْرِيقِيَّةَ بَعْضُهُمْ إلَى بَعْضٍ مِنْ طَرَابُلُس إلَى طَنْجَةَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَاخْتُلِفَ فِي الْبَدْوِيِّ وَالْحَضَرِيِّ فَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ لَا يَعْقِلُ أَهْلُ الْبَدْوِ مَعَ أَهْلِ الْحَضَرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِيمُ أَنْ يَكُونَ فِي دِيَةٍ وَاحِدَةٍ إبِلٌ وَعَيْنٌ، وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَجَوَّزَ ذَلِكَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ، وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الدِّيَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَلِذَلِكَ جُعِلَ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ الذَّهَبُ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ الْوَرِقُ، وَعَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ الْإِبِلُ، وَلَوْ جَازَ تَبْعِيضُهَا لَكَانَ عَلَى كُلِّ إنْسَانٍ مَا عِنْدَهُ، وَلَرُجِعَ فِي ذَلِكَ إلَى الْقِيمَةِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْعَاقِلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُشَارَكَةِ

(98/7)

. . . .

[المنتقى]

وَالْمُعَاوَنَةِ وَالْمُوَاصَلَةِ، وَقَدْ يُضَافُ إلَى الْقَبِيلِ مَنْ لَيْسَ مِنْهُ مَعَ تَبَاعُدِهِمْ فَبِأَنْ يُضَافَ إلَى أَهْلِ الْحَاضِرَةِ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ مَنْ هُوَ مِنْ عَصَبَةِ الْجَانِي وَإِخْوَتِهِ أَوْلَى وَأَحْرَى، وَلَا مَضَرَّةَ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فِي تَبْعِيضِ أَصْنَافِ الدِّيَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَهَذَا كَمَا لَوْ قَتَلَ رَجُلًا رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِ الْإِبِلِ وَالْآخَرُ مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ لَكَانَ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى حَسَبِ مَا هُوَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ عَاقِلَةَ الرَّجُلِ عَشِيرَتُهُ وَقَوْمُهُ قَالَ فِي النَّوَادِرِ، وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنَّ ذَلِكَ عَلَى فَخِذِ الْجَانِي إنْ اسْتَطَاعُوا ذَلِكَ، وَإِلَّا ضُمَّ إلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إلَيْهِمْ أَبَدًا حَتَّى يَحْمِلُوا ذَلِكَ، وَهِيَ عَلَى الرِّجَالِ

الْأَحْرَارِ الْبَالِغِينَ مَعَ الْيَسَارِ فَأَمَّا الْمُعْدِمُ فَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْدِمِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَلَا عَلَى مِدْيَانٍ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا هِيَ عَلَى سَبِيلِ التَّحَمُّلِ وَالْعَوْنِ عَلَى مَا لَزِمَ مِنْ الْغُرْمِ فَيَجِبُ أَنْ يَخْتَصَّ ذَلِكَ بِأَهْلِ الْيَسَارِ وَالْإِمْكَانِ فَأَمَّا الْمِدْيَانُ وَالْمُعْدِمُ فَيَحْتَاجُ أَنْ يُعْطِيَ كَالزَّكَاةِ تُؤْخَذُ مِنْ الْأَغْنِيَاءِ، وَتُعْطَى الْفُقَرَاءَ لَمَّا كَانَ طَرِيقُهَا الْمُوَاسَاةَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَعْقِلُ السَّفِيهُ مَعَ الْعَاقِلَةِ رَوَاهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَقَالَهُ ابْنُ نَافِعٍ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ تُوضَعُ عَنْهُ الْجِزْيَةُ، وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَاقِلَةَ حُكْمُهَا حُكْمُ الْمُعَاوَنَةِ فَيَعْقِلُ وَيُعْقَلُ عَنْهُ، وَأَمَّا الْجِزْيَةُ فَحُكْمٌ يَخْتَصُّ بِمَنْ أُخِذَ مِنْهُ لَا يُؤَدَّى عَنْ غَيْرِهِ فَيُؤَدَّى هُوَ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْوَلِيُّ الْمُعْتِقُ يَعْقِلُ عَنْ الْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ، وَأَمَّا الْوَلِيُّ مِنْ أَسْفَلُ فَهُوَ يَعْقِلُ عَنْ مُعْتَقِهِ وَعَنْ قَوْمِهِ، وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَعْقِلُ مَوْلَى الْقَاتِلِ مِنْ أَسْفَلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا يَعْقِلُ قَالَهُ فِي كِتَابِ ابْنِهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مَوْلًى يَعْقِلُ جِنَايَةَ مَوَالِيهِ كَالْمُنَعَّمِ بِالْعِتْقِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَعْصِيبٌ يُوَرَّثُ بِجِنْسِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي الْعَاقِلَةِ كَالْعَبْدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُؤَدِّي الْجَانِي مَعَ الْعَاقِلَةِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ هَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَاقِلَةَ إِنَّمَا تُؤَدِّي عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ وَالْعَوْنِ لَهُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ بَعْضُ ذَلِكَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَائِلُ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ نَفْسَهُ وَعَاقِلَتَهُ الْمُسْلِمُونَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا إِلَيْهِ دِيَتَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ فَلَا مَدْخَلَ لَهُمْ فِي الْعَاقِلَةِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا قَالَ أَصْبَغُ وَكَذَلِكَ الْمَجْنُونُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ النِّسَاءَ لَسْنَ مِنْ أَهْلِ التَّعْصِيبِ وَالنُّصْرَةِ، وَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ فَغَيْرُ مُكَلَّفٍ فَلَا مَدْخَلَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَسْوَأُ حَالًا مِنْ الْمَرْأَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إِذَا كَانَتْ الصِّفَاتُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْعَاقِلَةِ تُنْقَلُ كَالْبَلَدِ وَالسِّنِّ وَالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ فَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتَ الِاعْتِبَارِ بِهَذِهِ الصِّفَاتِ فَأَمَّا الصِّفَاتُ فَتُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْجَانِي وَحَقِّ الْعَاقِلَةِ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ مَنْ كَانَ مِنْ الْعَاقِلَةِ يَوْمَ تُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ الدِّيَةُ عَلَى الْمَلِيءِ بِقَدْرِهِ، وَعَلَى الْمُعْسِرِ بِقَدْرِهِ،

وَلَا يَعْتَبِرُ بِذَلِكَ يَوْمَ الْجُرْحِ، وَلَا يَوْمَ الْمَوْتِ، وَلَا يَوْمَ يُحْكَمُ بِالدِّيَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَوْمَ يَلْزَمُ ذِمَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُ مَا أَلْزَمَهُ مِنْ الدِّيَةِ، وَأَمَّا مَنْ كَانَ غَائِبًا فَقَدِمَ قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ صَغِيرًا فَبَلَغَ أَوْ كَافِرًا فَأَسْلَمَ فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَعَلَّقَتْ بِغَيْرِهِ فَلَا تَنْتَقِلُ إلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَمَنْ مَاتَ مِنْ الْعَاقِلَةِ بَعْدَ تَوْزِيعِ الدِّيَةِ عَلَيْهِمْ قَالَ أَصْبَغُ تَرْجِعُ عَلَى سَائِرِ الْعَاقِلَةِ، وَرَوَاهُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ سَحْنُونٌ، وَقَالَ إذَا قُسِّمَتْ صَارَتْ كَدَيْنٍ ثَابِتٍ، وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَقَالَ هُوَ دَيْنٌ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَتُجْبَرُ الْعَاقِلَةُ عَلَى أَدَاءِ الدِّيَةِ قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ بِالْتِزَامِ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِنَا أَنَّهُ يَلْزَمُهُمْ ابْتِدَاءً ظَاهِرٌ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ إنَّهُ إنَّمَا يَلْزَمُ الْجَانِيَ، ثُمَّ تَتَحَمَّلُهُ عَنْهُ الْعَاقِلَةُ فَإِنَّهُ أَيْضًا حَقٌّ يَنْتَقِلُ بِالشَّرْعِ فَلَمْ يَقِفْ عَلَى اخْتِيَارِ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ كَالشُّفْعَةِ وَغَيْرِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَ مَالِكٌ لَا حَدَّ لِعَدَدِ مَنْ تُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ الدِّيَةُ مِنْ الْعَاقِلَةِ، وَلَا لِعَدَدِ مَا يُؤْخَذُ

(99/7)

. . . .

[المنتقى]

مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِحَسَبِ الِاجْتِهَادِ، وَلَيْسَ الْمُكْثِرُ كَالْمُقِلِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ لِإِقْلَالِهِ يُرِيدُ أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ بَلَغَ حَالَ الْعَدَمِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ، وَمَنْ يُؤْخَذُ مِنْهُمْ أَيْضًا لَا تَسْتَوِي أَحْوَالُهُمْ فَمِنْهُمْ مَنْ لَهُ الْمَالُ الْوَاسِعُ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ مَالُهُ لَيْسَ بِالْكَثِيرِ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ مَا لَا يُجْحِفُ بِهِ، وَإِنَّمَا يَذْهَبُ فِي ذَلِكَ إلَى التَّخْفِيفِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ كَانَ يُؤْخَذُ مِمَّنْ كَانَ مِنْهُمْ فِي دِيوَانٍ مِنْ كُلِّ مِائَةِ دِرْهَمٍ مِنْ عَطَائِهِ دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي صِفَةِ الْعَمْدِ وَتَمْيِيزِهِ مِنْ الْخَطَإِ] 1

قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْعَمْدُ أَنْ يَعْمِدَ لِلْقَتْلِ فِيمَا يَرَى النَّاسُ.

وَقَالَ فِي الْكِتَابَيْنِ وَالْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ عَمَدَ إلَى ضَرْبِ رَجُلٍ بِعَصًا أَوْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ أَوْ غَيْرِهِ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ عَمْدٌ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ قَالَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فَكَذَلِكَ لَوْ طَرَحَهُ فِي نَهْرٍ، وَلَا يُحْسِنُ الْعَوْمَ عَلَى وَجْهِ الْعَدَاوَةِ.

وَقَالَ مَالِكٌ وَالْعَمْدُ فِي كُلِّ مَا يَعْمِدُ بِهِ الرَّجُلُ مِنْ ضَرْبَةٍ أَوْ وَكْزَةٍ أَوْ لَطْمَةٍ أَوْ رَمْيَةِ بُنْدُقَةٍ أَوْ حجَرٍ أَوْ ضَرْبٍ بِقَضِيبٍ أَوْ عَصًا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ لَمْ أُرِدْ الضَّرْبَ لَمْ يُصَدَّقْ، وَكُلُّ مَا عَمَدَ بِهِ إلَى اللَّعِبِ مِنْ رَمْيَةٍ أَوْ وَكْزَةٍ أَوْ ضَرْبَةٍ بِسَوْطٍ أَوْ اُضْطُرَّ غَافِلًا فَلَا قَوَدَ فِيهِ، وَلَا يُتَّهَمُ بِمَا يُتَّهَمُ بِهِ الْمُتَغَاضِبُ لِظُهُورِ الْمُلَاعَبَةِ مِنْهُمَا فَلَا قَوَدَ فِيهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَلَوْ تَنَاقَلُوا فِي الْمَاءِ فِي نَهْرٍ أَوْ بَحْرٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فَهُوَ مِنْ الْخَطَإِ إلَّا أَنْ يَتَعَمَّدَ النَّاقِلُ قَتْلَ الْمَنْقُولِ بِأَنْ يُغَطِّسَهُ حَتَّى يَمُوتَ فَفِيهِ الْقَوَدُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَشَارَ عَلَى رَجُلٍ بِالسَّيْفِ فَمَاتَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إنْ تَمَادَى بِالْإِشَارَةِ وَهُوَ يَفِرُّ مِنْهُ فَطَلَبَهُ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ طَلَبَهُ بِالسَّيْفِ حَتَّى سَقَطَ فَلْيُقْسِمْ وُلَاتُهُ أَنَّهُ مَاتَ خَوْفًا مِنْهُ وَيَقْتُلُونَهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَاتَ مِنْ السَّقْطَةِ، وَهِيَ مِنْ فِعْلِ نَفْسِهِ فَلِذَلِكَ كَانَتْ فِيهِ الْقَسَامَةُ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ فِعْلِهِ يُحْمَلُ عَلَيْهِ مَوْتُهُ فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ قَسَامَةٌ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الطَّالِبِ الْقِصَاصُ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَسَامَةً قَالَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ فَإِنْ كَانَتْ إشَارَةً فَقَطْ فَمَاتَ فَإِنَّمَا فِيهِ الدِّيَةُ عِنْدَ ابْنِ الْمَوَّازِ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَنَحْوِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا فِعْلٌ لَا يَقَعُ بِهِ الْمَوْتُ غَالِبًا، وَلَمْ يَصِلْ مِنْهُ إلَى الْقَتِيلِ مَا يَرَى أَنَّهُ تَعَمَّدَ قَتْلَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) وَمَنْ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا فَظَنَّهُ غَيْرَهُ مِمَّنْ لَوْ قَتَلَهُ لَمْ يَكُنْ فِيهِ قِصَاصٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَقَدْ مَضَى مِثْلُ ذَلِكَ فِي مُسْلِمٍ قَتَلَهُ الْمُسْلِمُونَ بِعَهْدِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَظُنُّونَهُ مِنْ الْمُشْرِكِينَ فَوَدَاهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَمْ يُقَدْ بِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَأَمَّا شِبْهُ الْعَمْدِ فَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ فَمَرَّةً أَثْبَتَهُ، وَمَرَّةً نَفَاهُ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ عَنْهُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا إنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ بَاطِلٌ إنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ بِإِثْبَاتِ شَبَهٍ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْهُ، وَعَنْ ابْنِ شِهَابٍ وَرَبِيعَةَ وَأَبِي الزِّنَادِ، وَحَكَاهُ أَصْحَابُنَا

الْعِرَاقِيُّونَ عَنْ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَجْهُ نَفْيِهِ قَوْله تَعَالَى {وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً} [النساء: 92] ، ثُمَّ قَالَ تَعَالَى {وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتعَمِّدًا} [النساء: 93] فَذَكَرَ الْخَطَأَ وَالْعَمْدَ، وَلَمْ يَذْكُرْ غَيْرَهُمَا، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْخَطَأَ مَعْقُولٌ، وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، وَالْعَمْدُ مَعْقُولٌ، وَهُوَ مَا كَانَ بِقَصْدِ الْفَاعِلِ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا قِسْمٌ ثَالِثٌ، وَلَا يَصِحُّ وُجُودُ الْقَصْدِ وَعَدَمِهِ لِكَوْنِهِمَا ضِدَّيْنِ، وَوَجْهُ إثْبَاتِهِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «أَلَا إنَّ قَتِيلَ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا خَلِفَةً» فَأَثْبَتَ شِبْهَ الْعَمْدِ، وَهَذَا الْحَدِيثُ غَيْرُ ثَابِتٍ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ زِيَادِ بْنِ جُدْعَانَ، وَهُوَ ضَعِيفٌ عَنْ الْقَاسِمِ، وَابْنُ رَبِيعَةَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ، وَلَمْ يَلْقَ الْقَاسِمُ ابْنَ عُمَرَ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ مَا أَخَذَ شَبَهًا مِنْ الْعَمْدِ وَشَبَهًا مِنْ الْخَطَإِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ حُكْمِ أَحَدِهِمَا عَلَى التَّحْدِيدِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ

(100/7)

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي مَعْرِفَةِ الْعَاقِلَةِ وَصِفَةِ تَحَمُّلِهَا لِلدِّيَةِ]

[المنتقى]

فَإِنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ أَنْ يَقْصِدَ إلَى الضَّرْبِ، وَشِبْهَ الْخَطَإِ أَنْ يَضْرِبَهُ بِهِ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَكَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ الْقَتْلَ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ حُكْمٌ بَيْنَ الْحُكْمَيْنِ، وَالَّذِي قَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ أَنَّهُ مَا كَانَ بِعَصًا أَوْ وَكْزَةٍ أَوْ لَطْمَةٍ فَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْغَضَبِ فَفِيهِ الْقَوَدُ، وَأَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ إثْمُ قَاتِلِ النَّفْسِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ اللَّعِبِ فَفِيهِ الدِّيَةُ مُغَلَّظَةً، وَهُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ لَا قِصَاصَ فِيهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَأَمَّا مَالِكٌ، وَبَاقِي أَصْحَابِهِ وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ فَلَا يَرَوْنَ تَغْلِيظَ الدِّيَةِ إلَّا فِي مِثْلِ مَا صَنَعَ الْمُدْلِجِيُّ، وَيَرَوْنَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ الْقَوَدَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يَعْنِي ابْنَ حَبِيبٍ مَا كَانَ عَلَى ثَائِرَةٍ هَذَا الْمَعْرُوفِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ الْعِرَاقِيُّونَ لَا قَوَدَ فِيهِ كَانَ لِثَائِرَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَهَذَا الَّذِي أَوْرَدَهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَلَى أَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ غَيْرَ مَا حَكَمَ بِهِ شُيُوخُنَا الْعِرَاقِيُّونَ أَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعِرَاقِيُّونَ مِنْ الْمَالِكِيِّينَ بِأَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَيَرْوُونَهُ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا هُوَ فِيمَا قُصِدَ فِيهِ الضَّرْبُ عَلَى وَجْهِ الْغَضَبِ، وَإِنَّمَا دَخَلَ فِيهِ شِبْهُ الْخَطَإِ مِنْ جِهَةِ الْآلَةِ الَّتِي ضُرِبَ بِهَا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهَا، وَشِبْهُ الْعَمْدِ لِأَنَّهُ قَصَدَ الضَّرْبَ عَلَى وَجْهِ الْغَضَبِ.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ وَهْبٍ فَإِنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ لِقَصْدِهِ الضَّرْبِ، وَشِبْهُ الْخَطَإِ مِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهِ غَالِبًا، وَالثَّانِي أَنَّهُ قَصَدَ اللَّعِبَ دُونَ غَضَبٍ وَلَا حَنَقٍ يَقْتَضِي قَصْدَ الْقَتْلِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ إنَّ شِبْهَ الْعَمْدِ أَوْجَبَ الدِّيَةَ الْمُغَلَّظَةَ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْمُثْلَةَ، وَهُوَ نَحْوُ قَوْلِهِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ إنَّ الدِّيَةَ الْمُغَلَّظَةَ هِيَ شِبْهُ الْعَمْدِ الَّتِي لَا تَكُونُ إلَّا فِي مِثْلِ فِعْلِ الْمُدْلِجِيِّ ثَلَاثَةُ أَسْنَانٍ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ فَإِذَا قُلْنَا إنَّ قَتْلَ الْأَبِ لِابْنِهِ حَدًّا هُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ فَلَا خِلَافَ فِي إثْبَاتِهِ فِي الْعَمْدِ، وَإِنْ قُلْنَا إنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ مَا حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ مِنْ شُيُوخِنَا الْعِرَاقِيِّينَ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ فِي أَنَّ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ رِوَايَتَيْنِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الرِّوَايَتَانِ فِي التَّسْمِيَةِ وَالتَّغْلِيظِ دُونَ غَيْرِ ذَلِكَ، وَيُلْحِقُ بِذَلِكَ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الضَّرْبُ عَلَى الْأَبِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الزَّوْجِ يَضْرِبُ زَوْجَتَهُ بِحَبْلٍ أَوْ سَوْطٍ فَيُصِيبُهَا مِنْهُ ذَهَابُ عَيْنٍ أَوْ غَيْرُهُ فَفِيهِ الْعَقْلُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَكَذَلِكَ مَا جَرَى عَلَى الْأَدَبِ مِثْلُ الْمُعَلِّمِ أَوْ الصَّانِعِ أَوْ الْقَرَابَةِ يُؤَدِّبُونَ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْ بِسِلَاحٍ وَشِبْهِهِ، وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ بِأَثَرِ تَغْلِيظِ الدِّيَةِ عَلَى الْأَبِ فَقَالَ لَيْسَ الْأَخُ وَالْعَمُّ وَسَائِرُ الْقَرَابَةِ كَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ إلَّا أَنْ يَجْرِيَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْأَدَبِ كَالْمُعَلِّمِ، وَذِي الصَّنَائِعِ مِنْ غَيْرِ سِلَاحٍ وَشِبْهِهِ فَظَاهِرُ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْأَدَبِ فِيمَا يُؤَدِّبُ بِهِ أَنَّ فِيهِ الدِّيَةَ مُغَلَّظَةً فَيَكُونُ هَذَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ مَا قُصِدَ بِهِ الضَّرْبُ بِآلَةٍ لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهَا عَلَى وَجْهِ اللَّعِبِ بِمِثْلِ تِلْكَ الْآلَةِ فَإِنَّمَا فِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا التَّغْلِيظُ وَالْأُخْرَى نَفْيُ التَّغْلِيظِ، وَلَا قَوَدَ فِيهِ جُمْلَةً.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَقْصِدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهِ غَالِبًا عَلَى وَجْهِ الْحَنَقِ وَالْغَضَبِ مَنْ لَيْسَ لَهُ أَدَبٌ فَهَذَا فِي كَوْنِهِ شِبْهَ الْعَمْدِ رِوَايَتَانِ، وَيَرْجِعُ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ إلَى وُجُوبِ الْقَوَدِ أَوْ نَفْيِهِ وَتَغْلِيظِ الدِّيَةِ، وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ أَنْ يَقْصِدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهِ غَالِبًا مَنْ لَهُ الْأَدَبُ مِنْ الْقَرَابَةِ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ وِلَادَةٌ فَهَذَا يَتَعَلَّقُ الْخِلَافِ فِي كَوْنِهِ مِنْ شِبْهِ الْعَمْدِ بِتَغْلِيظِ الدِّيَةِ خَاصَّةً، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا قَوَدَ فِيهِ، وَالْوَجْهُ الرَّابِعُ أَنْ يُوجَدَ الْقَتْلُ مِنْ الْأَبِ بِمَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهِ غَالِبًا عَلَى وَجْهٍ فِيهِ الْحَذْفُ وَالرَّمْيُ أَوْ الضَّرْبُ الَّذِي لَا يَتَيَقَّنُ بِهِ قَصْدَهُ الْقَتْلَ فَهَذَا لَا خِلَافَ فِي تَغْلِيظِ الدِّيَةِ.

1 –

(فَرْعٌ) ، وَتَغْلِيظُ الدِّيَةِ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: فِي الْعَمْدِ الْمَحْضِ، وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدِهِمَا أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى الْعَفْوِ عَنْ الدِّيَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَالثَّانِي أَنْ يَعْفُوَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ، وَيَطْلُبَ بَاقِيهِمْ

حِصَّتَهُمْ مِنْ الدِّيَةِ فَهَذَا تُغَلَّظُ فِيهِ الدِّيَةُ فَتَكُونُ أَرْبَاعًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي تَغْلِيظُ شِبْهِ الْعَمْدِ فَإِنَّ الدِّيَةَ تَكُونُ أَثْلَاثًا عَلَى مَا نَذْكُرُهُ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَهَذَا فِي الْإِبِلِ، وَالتَّغْلِيظُ فِي الْعَيْنِ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدِهِمَا أَنْ

(101/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا فَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ فَهُوَ فِي مَالِ الْجَارِحِ خَاصَّةً قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ قُبِلَتْ مِنْهُ الدِّيَةُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ أَوْ فِي شَيْءٍ مِنْ الْجِرَاحِ الَّتِي فِيهَا الْقِصَاصُ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إلَّا أَنْ يَشَاءُوا، وَإِنَّمَا عَقْلُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ أَوْ الْجَارِحِ خَاصَّةً إنْ وُجِدَ لَهُ مَالٌ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ كَانَ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْهُ شَيْءٌ إلَّا أَنْ يَشَاءُوا) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَحَدًا أَصَابَ نَفْسَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً بِشَيْءٍ، وَعَلَى ذَلِكَ رَأْيُ أَهْلُ الْفِقْهِ عِنْدَنَا، وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ أَحَدًا ضَمَّنَ الْعَاقِلَةَ مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ شَيْئًا، وَمِمَّا يُعْرَفُ بِهِ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: 178] وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ مَنْ أُعْطِيَ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ مِنْ الْعَقْلِ فَلْيَتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلْيُؤَدِّ إلَيْهِ بِإِحْسَانٍ) .

[المنتقى]
يُزَادَ عَلَى الدِّيَةِ مَا بَيْنَ قِيمَةِ الدِّيَةِ الْمُثَلَّثَةِ وَبَيْنَ قِيمَةِ الدِّيَةِ الْمُخَمَّسَةِ، وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ الدِّيَةُ قِيمَةُ الْإِبِلِ مُثَلَّثَةً مَا لَمْ تَنْقُصْ عَنْ دِيَةِ الْعَيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : ظَاهِرُ قَوْلِهِ أَنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ يَقْتَضِي أَنَّ مِنْ الدِّيَةِ مَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ابْتِدَاءً قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ ابْتِدَاءً عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الْجَانِي، ثُمَّ تَنْتَقِلُ إلَى الْعَاقِلَةِ مَا بَلَغَ مِنْهَا الثُّلُثَ فَمَا زَادَ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ مِنْ قَوْلِ شُيُوخِنَا إنَّهَا إنَّمَا تَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ بِالْقِسْمَةِ، وَأَمَّا مَنْ مَاتَ مِنْ الْعَاقِلَةِ بَعْدَ الْقَتْلِ أَوْ قَبْلَ قِسْمَتِهِمْ الدِّيَةَ أَوْ غَابَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْهَا، وَمَنْ كَانَ

صَغِيرًا بَعْدَ الْقَتْلِ فَكَبِرَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَوْ غَائِبًا فَقَدِمَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّ الدِّيَةَ تَلْزَمُهُ، وَظَاهِرُ هَذَا يَقْتَضِي التَّحَمُّلَ يَوْمَ الْقِسْمَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا يُرِيدُ أَنَّ مَا قَصَرَ عَنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ لَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ الْقَلِيلِ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إلَى الْعَاقِلَةِ فِي مَعُونَةِ الْجَانِي فِي غُرْمِهِ، وَأَمَّا مَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَمَا زَادَ فَإِنَّهُ فِي حَيِّزِ الْكَثِيرِ الَّذِي يَحْتَاجُ الْجَانِي إلَى مُوَاسَاةِ الْعَاقِلَةِ فِي غُرْمِهِ، وَمَا كَانَ عَلَى هَذَا النَّحْوِ عَلَى الْمُوَاسَاةِ يُفَرَّقُ بَيْنَ قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ كَالزَّكَاةِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْجَانِي يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّفْرِيطُ، وَيُرَادُ بِمَا يَعُوقُهُ الْعُقُوبَةُ كَانَ حَالُهُ أَشَدَّ مِنْ حَالِ مُخْرِجِ الزَّكَاةِ الَّذِي لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ذَلِكَ فَأَفْرَدَ مِنْ ذَلِكَ بِمِقْدَارٍ لَا تَتَمَيَّزُ بِهِ أَمْوَالُ الزَّكَاةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مِنْ الدِّيَةِ مَا بَلَغَ نِصْفَ الْعُشْرِ فَزَائِدًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ قَلِيلَ الدِّيَةِ وَكَثِيرَهَا، وَلَهُ فِي الْقَدِيمِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا مِثْلُ قَوْلِنَا، وَالثَّانِي أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ جَمِيعَ الدِّيَةِ.

وَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ تَحْمِلُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، وَلَا تَحْمِلُ الثُّلُثَ فَمَا دُونَهُ، وَدَلِيلُنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ أَنَّ هَذَا مَالٌ قَصُرَ عَنْ الثُّلُثِ فَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَالْعَمْدِ، وَبِقَوْلِنَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ، وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ –.

(فَرْعٌ) وَحَرَّمَهُ مَنْ يَعْتَبِرُ الثُّلُثَ الْمُتَحَمَّلَ دِيَةَ الْجَانِي وَالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ إنَّمَا يُنْظَرُ إلَى دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ الْجَانِي فَإِنْ بَلَغَتْ دِيَةُ الْجِنَايَةِ ثُلُثَ دِيَةِ أَحَدِهِمَا حَمَلَتْهُ الْعَاقِلَةُ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَرَوَى أَشْهَبُ أَنَّ ابْنَ كِنَانَةَ قَالَ لِمَالِكٍ الَّذِي كَانَ يُعْرَفُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي ذَلِكَ بِدِيَةِ الْمَجْرُوحِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ مَالِكٌ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَرَوَاهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْمِلُ إلَّا ثُلُثَ دِيَةِ رَجُلٍ يَكُونُ الْجَانِي فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اتَّبَعَهُ دَيْنًا يُرِيدُ أَيًّا كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ مَنْ كَانَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْجَانِي فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اتَّبَعَهُ دَيْنًا يُرِيدُ أَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنْ الدِّيَةِ يَخْتَصُّ بِالْجَانِي فَيَلْزَمُهُ فِي خَاصَّتِهِ، وَلَا تُوَاسِيهِ الْعَاقِلَةُ فِي تَحَمُّلِ شَيْءٍ مِنْهُ إلَّا أَنْ يَشَاءُوا ذَلِكَ فَإِنْ لَمْ يَشَاءُوا فَفِي خَاصَّةِ مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ يَتْبَعُ بِهِ إنَّ أَيْسَرَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَحَدًا أَصَابَ نَفْسَهُ عَمْدًا

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيِّ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَالْمَرْأَةِ الَّتِي لَا مَالَ لَهَا إذَا جَنَى أَحَدُهُمَا جِنَايَةً دُونَ الثُّلُثِ أَنَّهُ ضَامِنٌ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ فِي مَالِهِمَا خَاصَّةً إنْ كَانَ لَهُمَا مَالٌ أُخِذَ مِنْهُ، وَإِلَّا فَجِنَايَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنٌ عَلَيْهِ لَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلَا يُؤْخَذُ أَبُو الصَّبِيِّ بِعَقْلِ جِنَايَةِ الصَّبِيِّ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا قُتِلَ كَانَتْ فِيهِ الْقِيمَةُ يَوْمَ يُقْتَلُ، وَلَا تَحْمِلُ عَاقِلَةُ قَاتِلِهِ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ شَيْئًا قَلَّ أَوْ كَثُرَ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ الَّذِي أَصَابَهُ فِي مَالِهِ خَاصَّةً بَالِغًا مَا بَلَغَ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الْعَبْدِ الدِّيَةَ أَوْ أَكْثَرَ فَذَلِكَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ سِلْعَةٌ مِنْ السِّلَعِ) .

[المنتقى]

أَوْ خَطَأً يُرِيدُ أَنَّ مَنْ أَصَابَ نَفْسَهُ عَلَى وَجْهِ الْعَمْدِ أَوْ الْخَطَإِ فَجِنَايَتُهُ هَدْرٌ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَابْنُ حَنْبَلٍ إنْ جَنَى عَلَى نَفْسِهِ خَطَأً فَدِيَةُ ذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ تَدْفَعُهَا إلَيْهِ إنْ عَاشَ، وَإِلَى وَرَثَتِهِ إنْ مَاتَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ هُوَ الْجَانِي عَلَى نَفْسِهِ فَلَوْ تَعَلَّقَتْ جِنَايَتُهُ بِأَحَدٍ لَتَعَلَّقَتْ بِهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لِأَحَدٍ عَلَى نَفْسِهِ دَيْنٌ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، وَإِذَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ لَمْ تَتَحَمَّلْهَا الْعَاقِلَةُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمِمَّا يُعْرَفُ بِهِ أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَتَحَمَّلُ جِنَايَةَ عَمْدٍ قَوْله تَعَالَى {فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: 178] قَالَ مَالِكٌ فَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى، وَذَلِكَ يَقْتَضِي تَفْسِيرَهُ الْآيَةَ بِرَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ مَنْ أُعْطِيَ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ مِنْ الْعَاقِلَةِ فَلْيَتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ يُرِيدُ أَنَّ الدِّيَةَ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ لَا تَجِبُ عَلَى قَاتِلِ الْعَمْدِ فَتَتَحَمَّلُهَا عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الدِّيَةُ بِبَذْلِهِ الدِّيَةَ لِيُحْقَنَ بِهَا دَمُهُ، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَأْوِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ فَقِيلَ مَعْنَى {عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ} [البقرة: 178] أَيْ بَذَلَ لَهُ إخْوَةُ الْقَاتِلِ الدِّيَةَ فَيَكُونُ مَعْنَى عُفِيَ لَهُ بُذِلَ لَهُ، وَالضَّمِيرُ فِي لَهُ رَاجِعٌ إلَى وَلِيِّ الْمَقْتُولِ، وَالْأَخُ هُوَ الْقَاتِلُ فَنُدِبَ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ إلَى الرِّضَا بِذَلِكَ وَالْمُطَالَبَةِ بِمَا بُذِلَ لَهُ مِنْ الدِّيَةِ بِمَعْرُوفٍ، وَيُؤَدِّي الْقَاتِلُ إلَيْهِ بِإِحْسَانٍ، وَهَذَا عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَيْسَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ إلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مَعْنًى يَجِبُ بِهِ الْقَتْلُ فَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالدِّيَةِ كَالزِّنَا، وَرَوَى مَالِكٌ أَيْضًا أَنَّ وَلِيَّ الْقَتِيلِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالدِّيَةِ يُجْبَرُ عَلَيْهَا الْقَاتِلُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَشْهَبَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَتَفْسِيرُ الْآيَةِ عَلَى هَذَا الْمَذْهَبِ فِيمَنْ تَرَكَ لَهُ يُرِيدُ الْقَاتِلَ أَخُوهُ يُرِيدُ وَلِيَّ الْمَقْتُولِ، يُرِيدُ تَرَكَ قَتْلَهُ فَلَهُ طَلَبُهُ بِالدِّيَةِ بِالْمَعْرُوفِ، وَعَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يُؤَدِّيَ إلَيْهِ بِإِحْسَانٍ، وَدَلِيلُ هَذَا الْقَوْلِ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا قَتْلٌ فَلَمْ

يَجِبْ بِهِ غَيْرُ بَدَلٍ وَاحِدٍ كَقَتْلِ الْخَطَإِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ إذَا كَانَتْ جِنَايَتُهُمَا دُونَ الثُّلُثِ اخْتَصَّتْ دِيَةُ ذَلِكَ بِأَمْوَالِهِمَا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا مَالٌ ثَبَتَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِمَا، وَلَا يَتَعَلَّقُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِالْعَاقِلَةِ، وَهَذَا إذَا كَانَ الصَّبِيُّ يَعْقِلُ، وَأَمَّا الرَّضِيعُ فَمَا أَتْلَفَ وَجَنَى فَهَدْرٌ، وَأَمَّا مَا زَادَ عَلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ مِنْ جِنَايَةِ الصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ وَالْمَرْأَةِ فَعَلَى الْعَاقِلَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يُؤْخَذُ أَبُو الصَّبِيِّ بِعَقْلِ جِنَايَةِ الصَّبِيِّ يُرِيدُ أَنَّهَا إذَا كَانَتْ دُونَ الثُّلُثِ فَفِي مَالِهِ وَذِمَّتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ الثُّلُثَ فَزَائِدًا فَعَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْأَبِ أَحَدُهُمْ، وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا دُونَ الثُّلُثِ عَلَى الْأَبِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا عَلَى الصَّبِيِّ جَمِيعُهُ، وَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَلَيْسَ عَلَى الْأَبِ جَمِيعُهُ، وَإِنَّمَا هُوَ رَجُلٌ مِنْ عَاقِلَتِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي الْعَبْدِ يُقْتَلُ فِيهِ الْقِيمَةُ يَوْمَ يُقْتَلُ يُرِيدُ سَوَاءً زَادَتْ الْقِيمَةُ عَلَى الدِّيَةِ أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً أَوْ قَصُرَتْ عَنْ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَفِيهِ الْقِيمَةُ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى ذَلِكَ لَمْ تَزِدْ عَلَى هَذَا الْقَدْرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ مَا يُضْمَنُ جَمِيعُهُ بِالْقِيمَةِ فَإِنَّهُ يُضْمَنُ بِجَمِيعِ الْقِيمَةِ كَالْبَهِيمَةِ

(103/7)

مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْعَقْلِ وَالتَّغْلِيظِ فِيهِ (ص) : (حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ نَشَدَ النَّاسَ بِمِنًى مَنْ كَانَ عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنْ الدِّيَةِ أَنْ يُخْبِرَنِي فَقَامَ الضَّحَّاكُ بْنُ سُفْيَانَ الْكِلَابِيُّ فَقَالَ «كَتَبَ إلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ أُوَرِّثَ امْرَأَةَ أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا» فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أُدْخُلْ الْخِبَاءَ حَتَّى آتِيَك فَلَمَّا نَزَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَخْبَرَهُ الضَّحَّاكُ فَقَضَى بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ، وَكَانَ قَتْلُ أَشْيَمَ خَطَأً) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مُدْلِجٍ يُقَالُ لَهُ قَتَادَةُ حَذَفَ ابْنَهُ بِسَيْفٍ فَأَصَابَ سَاقَهُ

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ مِنْ قِيمَتِهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى الَّذِي أَصَابَهُ، وَقَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ إنَّ كُلَّ مَا يُضْمَنُ بِالْقِيمَةِ فَإِنَّ الْعَاقِلَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي تَحَمُّلِ قِيمَتِهِ كَالثِّيَابِ وَالْعُرُوضِ.

[مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْعَقْلِ وَالتَّغْلِيظِ فِيهِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ نَشَدَ النَّاسَ بِمِنًى مَنْ كَانَ عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنْ الدِّيَةِ أَنْ يُخْبِرَهُ عَلَى حَسَبِ مَا يَلِيقُ بِفَضْلِهِ مِنْ التَّوَقُّفِ فِي الْأَحْكَامِ الَّتِي عِنْدَهُ فِيهَا نَصٌّ وَمُشَاوَرَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي ذَلِكَ وَاسْتِدْعَاءِ عِلْمِهِ مِنْ كُلِّ مَنْ يَرْجُو ذَلِكَ عِنْدَهُ، وَالْإِعْلَامُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ الْعِلْمِ مَا يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَا كَانَ يَرْجُو وُجُودُ النَّصِّ فَإِنْ وَجَدَهُ عَمِلَ بِهِ، وَإِنْ عَدِمَهُ اجْتَهَدَ رَأْيَهُ حِينَئِذٍ، وَلَعَلَّهُ قَدْ بَانَ لَهُ مِنْ جِهَةِ الِاجْتِهَادِ حُكْمُ الْفَضِيلَةِ، وَلَكِنَّهُ طَلَبَ النَّصَّ لِيَكُونَ أَبْيَنَ وَأَوْضَحَ وَأَطْيَبَ فِي النَّفْسِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الضَّحَّاكِ «كَتَبَ إلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ أُوَرِّثَ امْرَأَةَ أَشْيَمَ الضَّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا» دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ الْعَمَلِ بِمَا كَتَبَ الْعَالِمُ إلَى مَنْ يَسْتَفْتِيهِ، وَذَلِكَ نَوْعٌ مِنْ الْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَتَبَ إلَيْهِ بِذَلِكَ لِيَمْتَثِلَهُ، وَيَعْمَلَ بِهِ، وَهَذَا حُجَّةٌ وَاضِحَةٌ فِي ذَلِكَ، وَنَقَلَهُ الضَّحَّاكُ إلَى عُمَرَ لِيَعْمَلَ بِهِ، وَتَلَقَّاهُ عُمَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ إنَّمَا كَتَبَ بِهِ الْعَالِمُ إلَى مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالْفَهْمِ بِاللِّسَانِ فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَخْبِرُ إنَّمَا يَسْتَخْبِرُ لِيَعْمَلَ بِمَا كُتِبَ إلَيْهِ بِهِ وَمُجَازٌ لَهُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِذَلِكَ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ لَهُ الْأَخْذُ بِذَلِكَ فَرُبَّمَا كَانَ فِي مَسْأَلَةِ فَصْلٍ أَوْ وَجْهٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُجِيزُ، وَلَوْ عَلِمَهُ لَمْ يَكُنْ جَوَابُهُ مَا أَجَابَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَدْعِي لِلْإِجَازَةِ اسْتِدْعَاءً لِلرِّوَايَةِ خَاصَّةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ لِلنَّقْلِ وَالْوُقُوفِ عَلَى أَلْفَاظِ مَا أُجِيزَ لَهُ لِيَسْلَمَ مِنْ التَّصْحِيفِ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ بِالْإِجَازَةِ عُلُوَّ الدَّرَجَةِ وَثِقَةَ الْمُجِيزِ لَهُ وَعِلْمَهُ فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ تَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالْإِجَازَةِ، وَقَدْ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبَارَكِ لَوْ صَحَّتْ الْإِجَازَةُ بَطَلَتْ الرِّحْلَةُ يُرِيدُ أَنَّهَا لَا تَقُومُ مَقَامَ السَّمَاعِ وَالْمُشَافَهَةِ بِالنَّقْلِ فَإِنَّ ذَلِكَ أَبْعَدُ مِنْ التَّصْحِيفِ وَالتَّحْرِيفِ فَمَنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ يَقِفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْأَلْفَاظِ وَمَعْرِفَتِهَا مِنْ جِهَةِ مَا أُجِيزَ لَهُ فَفِي نَقْلِهِ بِالْإِجَازَةِ ضَعْفٌ لَا سِيَّمَا إذَا أَرَادَ أَنْ يَقْرَأَ عَلَى مَنْ يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَوْ يَقْرَأُ ذَلِكَ عَلَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يُرِيدُ قَضَى بِأَنْ تُوَرَّثَ الزَّوْجَةُ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا قَالَ

ابْنُ شِهَابٍ، وَكَانَ قَتْلُ أَشْيَمَ خَطَأً فَاقْتَضَى ذَلِكَ تَعَلُّقَ هَذَا الْحُكْمِ بِقَتْلِ الْخَطَإِ إلَّا أَنَّ دِيَةَ الْعَمْدِ مَحْمُولَةٌ عِنْدَ جَمِيعِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَمْ يُفَرِّقْ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَلِمْنَاهُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ دِيَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ أَنَّهَا كَسَائِرِ مَالِ الْمَيِّتِ يَرِثُ مِنْهَا الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ وَغَيْرُهُمْ، وَهَذَا الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَشُرَيْحٍ وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ وَالزُّهْرِيِّ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ لَا يَرِثُ الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ مِنْ الدِّيَةِ شَيْئًا، وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ أَبُو الْحَسَنِ بْنُ اللَّبَّانِ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلًا كَانَ يَقُولُهُ فَرُبَّمَا رَجَعَ عَنْهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مُدْلِجٍ يُقَالُ لَهُ قَتَادَةُ حَذَفَ ابْنَهُ بِسَيْفٍ فَأَصَابَ سَاقَهُ

(104/7)

فَنَزَا فِي جُرْحِهِ فَمَاتَ فَقَدِمَ سُرَاقَةُ بْنُ جُعْشُمٍ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عُمَرُ أُعْدُدْ لِي عَلَى مَاءِ قُدَيْدٍ عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ حَتَّى أَقْدَمَ عَلَيْك فَلَمَّا قَدِمَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَخَذَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حِقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً، ثُمَّ قَالَ أَيْنَ أَخُو الْمَقْتُولِ فَقَالَ هَا أَنَا ذَا فَقَالَ خُذْهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ»)

[المنتقى]

فَنَزَا فِي جُرْحِهِ فَمَاتَ فَقَدِمَ سُرَاقَةُ بْنُ جُعْشُمٍ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عُمَرُ أُعْدُدْ لِي عَلَى مَاءِ قُدَيْدٍ عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ حَتَّى أَقْدَمَ عَلَيْك فَلَمَّا قَدِمَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَخَذَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حِقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً، ثُمَّ قَالَ أَيْنَ أَخُو الْمَقْتُولِ فَقَالَ هَا أَنَا ذَا فَقَالَ خُذْهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ») (ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مُدْلِجٍ يُقَالُ لَهُ قَتَادَةُ حَذَفَ ابْنَهُ بِسَيْفٍ فَأَصَابَ سَاقَهُ فَنَزَا فِي جُرْحِهِ فَمَاتَ يُرِيدُ أَنَّهُ رَمَاهُ بِالسَّيْفِ فَأَصَابَ سَاقَهُ فَكَانَ ذَلِكَ سَبَبَ مَوْتِهِ فَلَمْ يَرَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى الْأَبِ الْقِصَاصَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَتْلَ الْأَبِ ابْنَهُ يَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدِهِمَا أَنْ يَفْعَلَ بِهِ فِعْلًا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ قَصَدَ إلَى قَتْلِهِ مِثْلُ أَنْ يُضْجِعَهُ فَيَذْبَحَهُ أَوْ يُضْجِعَهُ فَيَشُقَّ بَطْنَهُ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمِّيه الْفُقَهَاءُ قَتْلَ غِيلَةٍ، وَالثَّانِي أَنْ يَرْمِيَهُ بِحَجَرٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ رُمْحٍ مِمَّا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ الْقَتْلِ

مِنْ الْمُبَالَغَةِ فِي الْأَدَبِ أَوْ التَّرْهِيبِ فَيَقْتُلَهُ فَأَمَّا قَتْلُ الْغِيلَةِ فَذَهَبَ مَالِكٌ إلَى أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُقْتَلُ بِهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْله تَعَالَى {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ} [المائدة: 45] الْآيَةَ وَقَوْله تَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ} [البقرة: 178] ، وَهَذَا عَامٌّ فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُمَا شَخْصَانِ مُتَكَافِئَانِ فِي الدِّينِ وَالْحُرْمَةِ فَكَانَ الْقِصَاصُ جَارِيًا بَيْنَهُمَا كَالْأَجْنَبِيَّيْنِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ شَخْصٌ لَوْ قَتَلَهُ حَذْفًا بِالسَّيْفِ لَمْ يُقْتَلْ بِهِ فَإِذَا ذَبَحَهُ لَمْ يُقْتَلْ بِهِ كَالسَّيِّدِ يَقْتُلُ عَبْدَهُ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا بِقَوْلِ مَالِكٍ فَإِنْ أَلْقَتْ الْأُمُّ ابْنَهَا فِي بِئْرٍ أَوْ مِرْحَاضٍ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ إنْ أَلْقَتْهُ فِي بِئْرٍ أَوْ بَحْرٍ كَثِيرِ الْمَاءِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَوْ فِي مِرْحَاضٍ لَا يُنْجَى مِنْ مِثْلِهِ.

وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَوْ يَكُونُ الْبِئْرِ مَهْوَاةً لَا يُدْرَكُ وَلَا يَنْزِلُ وَإِنْ كَانَتْ يَبَسًا فَلْتُقْتَلْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ فَهِيَ أَهْلٌ أَنْ تُقْتَلَ، وَأَمَّا إنْ كَانَ مِثْلَ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ الَّذِي يُرَى أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ، وَشِبْهُ ذَلِكَ فَلَا تُقْتَلُ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ هَذِهِ مُتَعَمِّدَةٌ لِلْقَتْلِ كَالذَّبْحِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ مَالِكٍ فِي قَتْلِ الْغِيلَةِ فَإِنَّ جُرْحَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ أَنَّ الْجِرَاحَ تَجْرِي فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْقَتْلِ، وَذَلِكَ إنْ أَخَذَ سِكِّينًا فَقَطَعَ بِهِ يَدَهُ أَوْ أُذُنَهُ أَوْ أَضْجَعَهُ فَأَدْخَلَ أُصْبُعَهُ فِي عَيْنَيْهِ فَفَقَأَهَا فَإِنَّ هَذَا يُقَادُ بِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا قَتَلَهُ عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ مِنْ الِاحْتِمَالِ، وَهُوَ عَلَى نَحْوِ مَا فَعَلَهُ الْمُدْلِجِيُّ فَإِنَّهُ إذَا حَذَفَهُ بِالسَّيْفِ فَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ، وَكَذَلِكَ إذَا أَلْقَاهُ فِي بِئْرٍ قَلِيلَةِ الْمَاءِ مِثْلُ بِئْرِ الْمَاشِيَةِ فَإِنَّ هَذَا كُلَّهُ فِعْلٌ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْقَتْلِ قَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ الْأَبِ كَأَدَبٍ جَاوَزَ بِهِ حَدَّهُ فَهُوَ كَالْمُخْطِئِ يُرِيدُ لِمَا عُلِمَ مِنْ حُنُوِّ الْأَبِ وَشَفَقَتِهِ مَعَ مَا لَهُ مِنْ التَّبَسُّطِ وَالْأَدَبِ مَا لَيْسَ لِغَيْرِهِ فَحُمِلَ مِنْهُ عَلَى غَيْرِ الْعَمْدِ، وَلَوْ وَجَدَ مِنْ أَحَدٍ عَمْدًا لَمْ يُعْتَبَرْ مِنْهُ ذَلِكَ الْإِشْفَاقُ، وَلَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ التَّبَسُّطُ عَلَيْهِ فِي الْأَدَبِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِسُرَاقَةَ أُعْدُدْ لِي عَلَى مَاءِ قُدَيْدٍ عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ خَصَّ سُرَاقَةَ بِذَلِكَ، وَلَيْسَ هُوَ بِقَاتِلٍ، وَإِنَّمَا هُوَ سَيِّدُ الْقَوْمِ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الدِّيَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ خَاطَبَهُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي سَأَلَهُ عَنْ الْمَسْأَلَةِ، وَاقْتَضَى جَوَابُهُ فِيهَا فَلَعَلَّهُ خَاطَبَهُ بِذَلِكَ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَأْخُذُ الْأَبَ بِإِحْضَارِهَا، وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِي ذَلِكَ فَقَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَعَبْدُ الْمَلِكِ هِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَابْنُ الْقَاسِمِ يَرَاهَا عَلَى الْأَبِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ

مُطَرِّفٍ، وَهِيَ عَلَى الْأَبِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ فَيَكُونَ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِئَلَّا تَبْطُلَ الدِّيَةُ.
1 -
(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّ الدِّيَةَ الْمُغَلَّظَةَ فِي قَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ عَلَى الْأَبِ فِي مَالِهِ فَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ هِيَ عَلَيْهِ حَالَّةٌ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ، وَآخِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إنَّهَا فِي مَالِ الْأَبِ حَالَّةٌ، وَكَانَ يَقُولُ هِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُنَجَّمَةٌ، وَبِهِ

(105/7)

. . . .

[المنتقى]
قَالَ أَصْبَغُ.
وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا أَنَّهَا حَالَّةٌ، وَاخْتَلَفُوا فِي أَخْذِهَا مِنْ الْعَاقِلَةِ أَوْ الْأَبِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ إنْ كَانَ الْأَبُ عَدِيمًا فَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ حَالَّةٌ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى مَا احْتَجَّ بِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ مِنْ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِسُرَاقَةَ أُعْدُدْ لِي عَلَى مَاءِ قُدَيْدٍ عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ، وَلَيْسَ بِالْأَبِ الْقَاتِلِ، وَإِنَّمَا هُوَ سَيِّدٌ لِقَوْمِ فَتَأَوَّلَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ سَيِّدُ الْعَاقِلَةِ، وَاحْتَجَّ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى بِأَنَّهُ قَتْلٌ لَا يُعْتَبَرُ عَمْدًا لَمَّا كَانَ مِنْ جِهَةِ الْأَدَبِ فَكَانَتْ دِيَتُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَقَتْلِ الْخَطَإِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ بِالْعَمْدِ أَشْبَهَ فَلَمْ تَحْمِلْهُ الْعَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ فِيهِ الْقَصْدُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَمِائَةٌ وَعِشْرُونَ بَعِيرًا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهَا الْمِائَةَ الَّتِي هِيَ لَدَيْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ أَنْ يُغَلِّظَهَا بِالْعَدَدِ فَيَأْخُذَ الْعِشْرِينَ وَالْمِائَةَ، ثُمَّ ظَهَرَ إلَيْهِ أَنَّ التَّغْلِيظَ بِالْعَدَدِ فِي الْإِبِلِ أَوْ فِي الدَّنَانِيرِ غَيْرُ سَائِغٍ فَأَعْطَى مِنْهَا مِائَةً فِي الدِّيَةِ وَتَرَكَ الْبَاقِيَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ خَصَّ قُدَيْدًا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ بَقَاءُ الْإِبِلِ مَعَ كَوْنِهِ أَقْرَبَ الْمَوَاضِعِ الَّتِي هِيَ فِي طَرِيقِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ الْمَدِينَةِ إلَى مَكَّةَ إلَى مَوْضِعِ بَنِي مُدْلِجٍ؛ لِأَنَّ إيوَاءَ الْإِبِلِ الْحَوَاضِرِ يَشُقُّ لِقِلَّةِ سَارِحِهَا وَتَأَذِّي أَهْلِهَا بِبَقَاءِ الْإِبِلِ عِنْدَهُمْ، وَإِنَّمَا مَوَاضِعُ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ الْمَسَارِحُ وَالْفَيَافِي.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَأَخَذَ مِنْهَا عُمَرُ ثَلَاثِينَ حِقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً قَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ ذِكْرُ الْحِقَّةِ

وَالْجَذَعَةِ، وَأَمَّا الْخَلِفَةُ فَهِيَ الْحَامِلُ مِنْ الْإِبِلِ، وَالْخَلِفَاتُ الْحَوَامِلُ قَالَ مَالِكٌ الَّتِي فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ ثَنِيَّةٍ إلَى بَازِلِ عَامِهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَا تُبَالِ بِالْخَلِفَاتِ إذَا كَانَتْ حَوَامِلَ مِنْ أَيِّ الْأَسْنَانِ كَانَتْ، وَأَحَبُّ إلَيْنَا الثَّنِيَّاتُ إلَى بَازِلِ عَامِهَا، وَرَوَاهُ عَنْ أَشْهَبَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا نُقِلَتْ الدِّيَةُ إلَى هَذِهِ الْأَسْنَانِ لِلتَّغْلِيظِ قَالَ أَشْهَبُ الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ الَّذِي لَا يَكُونُ إلَّا فِي مِثْلِ فِعْلِ الْمُدْلِجِيِّ ثَلَاثَةُ أَسْنَانٍ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْحَدِيثِ، وَالْقَاتِلُ فِي الْحَدِيثِ إنَّمَا كَانَ الْأَبُ، وَقَدْ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَالِكٌ الْجَدُّ كَالْأَبِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ الْأُمُّ كَالْأَبِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ كَالْأَبَوَيْنِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ، وَلَيْسَ الْأَخُ وَالْعَمُّ، وَسَائِرُ الْقَرَابَاتِ مِثْلَ ذَلِكَ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ بِالتَّغْلِيظِ فَفِي الْأَبِ وَأَبِي الْأَبِ وَالْأُمِّ وَأُمِّ الْأُمِّ، وَوَقَفَ عَنْ أَبِ الْأُمِّ وَأُمِّ الْأَبِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَمَّا أُمُّ الْأَبِ فَكَالْأَبِ، وَأَمَّا أُمُّ الْأُمِّ فَكَالْأَجْنَبِيِّ، وَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّ مَنْ لَهُ عَلَيْهِ وِلَادَةٌ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبَوَيْنِ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلَافِ مَا رَوَى عَنْهُ ابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ رَآهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْجِرَاحُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ جِرَاحٌ لَا يُقْتَصُّ مِنْهَا بِوَجْهٍ، وَجِرَاحٌ يُقْتَصُّ مِنْهَا فَأَمَّا مَا لَا يُقْتَصُّ مِنْهَا بِوَجْهٍ كَالْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ لَا تَغْلِيظَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَا قَوَدَ فِي عَمْدِهَا، وَرَوَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ قَالَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ التَّغْلِيظَ عِوَضٌ مِنْ سُقُوطِ الْقَوَدِ، وَهَذِهِ الْجِرَاحُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا الْقَوَدُ فَلَمْ تُغَلَّظْ فِيهَا الدِّيَةُ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهَا تُغَلَّظُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا دِيَةٌ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ فَتَعَلَّقَ بِهَا التَّغْلِيظُ كَالدِّيَةِ الْكَامِلَةِ، وَأَمَّا الْجِرَاحُ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْقِصَاصُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ فَإِذَا وَقَعَتْ مِنْ الْأَبِ عَلَى وَجْهٍ لَا قَوَدَ فِيهِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ تُغَلَّظُ فِيهَا الدِّيَةُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا جِنَايَةٌ فِيهَا الْقَوَدُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ فَإِذَا دُرِئَ الْقَوَدُ عَلَى الْأَبِ عَنْ الْأَبِ وَجَبَ أَنْ تُغَلَّظَ الدِّيَةُ أَصْلَ ذَلِكَ الْقَتْلِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهَا تُغَلَّظُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَغَيْرُهُمَا تُغَلَّظُ الدِّيَةُ فِيمَا صَغُرَ مِنْ الْجِرَاحِ وَكَبُرَ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّ ذَلِكَ فِيمَا بَلَغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَأَكْثَرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إِذَا قُلْنَا إنَّهَا تُغَلَّظُ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ فَهَلْ تُغَلَّظُ عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ وَالذَّهَبِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا إثْبَاتُ التَّغْلِيظِ، وَالثَّانِيَةُ نَفْيُهُ، وَأَمَّا الرِّوَايَةُ

(106/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا أَتَغْلُظُ الدِّيَةُ فِي الشَّهْرِ الْحَرَامِ فَقَالَا لَا، وَلَكِنْ يُزَادُ فِيهَا لِلْحُرْمَةِ فَقِيلَ لِسَعِيدٍ هَلْ يُزَادُ فِي الْجِرَاحِ كَمَا يُزَادُ فِي النَّفْسِ فَقَالَ نَعَمْ قَالَ مَالِكٌ أُرَاهُمَا أَرَادَا مِثْلَ الَّذِي صَنَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي عَقْلِ الْمُدْلِجِيِّ حِينَ أَصَابَ ابْنَهُ) .

[المنتقى]

الْأُولَى فَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِنَا، وَأَمَّا الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ فِي نَفْيِ التَّغْلِيظِ فَرَوَاهَا ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَاهَا ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ إنَّ هَذِهِ دِيَةٌ فَجَازَ أَنْ يَلْحَقَهَا التَّغْلِيظُ بِزِيَادَةِ الْعَدَدِ كَدِيَةِ الْإِبِلِ، وَإِذَا لَمْ يُغَلَّظْ الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ بِزِيَادَةِ الْعَدَدِ لَمْ يَلْحَقْهُ تَغْلِيظٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرْ التَّغْلِيظُ فِي صِفَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ فِيهَا إلَّا الْجَيِّدُ الْخَالِصُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهَا تَغْلُظُ فَكَيْفَ صِفَةُ التَّغْلِيظِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَابْنُ عَبْدُوسٍ عَنْ مَالِكٍ يَنْظُرُ إلَى قِيمَةِ الدِّيَةِ الْمُخَمَّسَةِ مِنْ الْإِبِلِ، وَإِلَى دِيَةِ الْمُغَلَّظَةِ مِنْهَا فَيُنْظَرُ إلَى مَا تَزِيدُ الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ مِنْ الْإِبِلِ عَلَى دِيَةِ الْخَطَإِ فَيُزَادُ تِلْكَ الْقَدْرُ عَلَى دِيَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

وَقَالَ الْبَغْدَادِيُّونَ وَيُنْظَرُ كَمْ قِيمَةُ الدِّيَةِ الْمُغَلَّظِ مِنْ الْإِبِلِ فَتَكُونُ تِلْكَ الدِّيَةَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُزَادَ فِي هَذَا الْقَوْلِ مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْ أَلْفِ دِينَارٍ فَلَا يَنْقُصُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ أَصْلَ تَغْلِيظِ الدِّيَةِ مُعْتَبَرُ الصِّفَةِ، وَذَلِكَ مُتَعَذِّرٌ فِي الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَاعْتُبِرَ بِتَغَيُّرِ صِفَاتِ الْإِبِلِ فَيَزِيدُ فِي عَدَدِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ قَدْرُ مَا بَيْنَ قِيمَتَيْ الصِّفَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمْهَا حُكْمُ التَّغْلِيظِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ فِيهِ أَسْنَانٌ لِلتَّغْلِيظِ أَقَلَّ مِنْ دِيَةِ الذَّهَبِ فَلَا يَلْحَقُهَا تَغْلِيظٌ، وَرُبَّمَا قَصُرَتْ عَنْ ذَلِكَ فَبَطَلَ الِاعْتِبَارُ بِهَا، وَأَدَّى ذَلِكَ إلَى نَقْصِ الدِّيَةِ بِالتَّغْلِيظِ عَمَّنْ كَانَتْ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّغْلِيظِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا دِيَةُ الْعَمْدِ فَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهَا أَرْبَاعٌ إنَاثٌ كُلُّهَا خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهَا فِي

أَسْنَانِهَا كَدِيَةِ الْخَطَإِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ قَتْلٌ سَقَطَ إلَى دِيَةٍ فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ مُغَلَّظَةً كَدِيَةِ قَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْوَاجِبَ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ إنَّمَا هُوَ الْقِصَاصُ فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى إسْقَاطِهِ بِشَيْءٍ مَا لَزِمَهُمَا ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى شَيْءٍ، وَأَيُّهُمَا لَفْظُ الدِّيَةِ وَجَبَ أَنْ تُلْزَمَ فِي ذَلِكَ الدِّيَةُ الْمَعْرُوفَةُ، وَهِيَ دِيَةُ الْخَطَإِ فَإِذَا قُلْنَا إنَّهَا تُغَلَّظُ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ فَهَلْ تُغَلَّظُ أَيْضًا عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ وَالذَّهَبِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا يُعْلَمُ مَنْ يُغَلِّظُهَا عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ غَيْرَ أَشْهَبَ، وَالْكَلَامُ فِيهِ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِأَخِي الْمَقْتُولِ خُذْهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ» يُرِيدُ أَنَّهُ سَلَّمَ جَمِيعَ الدِّيَةِ إلَى أَخِي الْمَقْتُولِ، وَأَنَّهُ كَانَ الْمُحِيطُ بِمِيرَاثِهِ دُونَ أَبِيهِ لِكَوْنِ أَبِيهِ قَاتِلًا لِلْمَوْرُوثِ، وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ» ، وَهَذَا يَنْفِي أَنْ يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ دِيَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لَا يَرِثُ مِنْ مَالِ الِابْنِ وَلَا دِيَتِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَالَهُ أَشْهَبُ أَنَّهُ كَالْعَمْدِ، وَإِنَّمَا دُرِئَ عَنْهُ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ.

(ش) : قَوْلُ سَعِيدٍ وَسُلَيْمَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – لَا تَغْلُظُ الدِّيَةُ لِلشَّهْرِ الْحَرَامِ هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَلَا تَغْلُظُ لِلْحُرُمِ، وَلَا لِذَوِي الْحُرُمِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَغْلُظُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ} [النساء: 92] ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الدِّيَةِ يَقْتَضِي الدِّيَةَ الْمُقَدَّرَةَ دُونَ غَيْرِهَا، وَيَجِبُ حَمْلُ الْآيَةِ عَلَى عُمُومِهَا إلَّا مَا خَصَّهُ مِنْ دَلِيلٍ، وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ الدِّيَةَ مَعْنًى تَجِبُ بِالْقَتْلِ فَلَمْ تَتَغَلَّظْ بِالْحُرُمِ، وَلَا بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ كَالْكَفَّارَةِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَفَّارَةَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَالدِّيَةُ حَقٌّ لِلْآدَمِيِّينَ فَإِذَا لَمْ يَتَغَلَّظْ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى بِالْحُرُمِ وَالشَّهْرِ الْحَرَامِ فَبِأَنْ لَا تَتَغَلَّظَ بِهِ الدِّيَةُ، وَهُوَ حَقٌّ لِلْآدَمِيِّينَ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمَا، وَلَكِنْ يُزَادُ فِيهَا لِلْحُرْمَةِ عَلَى مَا فَسَّرَهُ مَالِكٌ أَنَّهَا تَغْلُظُ لِمَا سَقَطَ مِنْ الْقَتْلِ لِحُرْمَةِ

(107/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ أُحَيْحَةُ بْنُ الْجُلَاحِ كَانَ لَهُ عَمٌّ صَغِيرٌ هُوَ أَصْغَرُ مِنْ أُحَيْحَةَ، وَكَانَ عِنْدَ أَخْوَالِهِ فَأَخَذَهُ أُحَيْحَةُ فَقَتَلَهُ فَقَالَ أَخْوَالُهُ كُنَّا أَهْلَ

ثُمِّهِ وَرُمِّهِ حَتَّى إذَا اسْتَوَى عَلَى عُمَمِهِ غَلَبَنَا حَقُّ امْرِئٍ فِي عَمِّهِ قَالَ عُرْوَةُ فَلِذَلِكَ لَا يَرِثُ قَاتِلٌ مَنْ قَتَلَ قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ قَاتِلَ الْعَمْدِ لَا يَرِثُ مِنْ دِيَةِ مَنْ قَتَلَ شَيْئًا، وَلَا مِنْ مَالِهِ، وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا وَقَعَ لَهُ مِيرَاثٌ، وَأَنَّ الَّذِي يَقْتُلُ خَطَأً لَا يَرِثُ مِنْ الدِّيَةِ شَيْئًا، وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي أَنْ يَرِثَ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَهُ لِيَرِثَهُ، وَلِيَأْخُذَ مَالَهُ فَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَرِثَ مِنْ مَالِهِ، وَلَا يَرِثَ مِنْ دِيَتِهِ) .

جَامِعُ الْعَقْلِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ

[المنتقى]

الْقَاتِلِ كَالْأَبِ يَقْتُلُ ابْنَهُ حَذْفًا أَوْ رَمْيًا فَيُدْرَأُ عَنْهُ الْقَوَدُ لِحُرْمَتِهِ فَتَغْلُظُ الدِّيَةُ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ فِي جِرَاحِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ أُحَيْحَةَ أَخَذَهُ عَمُّهُ صَغِيرًا مِنْ أَخْوَالِهِ عَلَى مَعْنَى الْحَضَانَةِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنْ عَصَبَتِهِ، وَقَوْلُهُ فَقَتَلَهُ يُرِيدُ أَنَّهُ جَرَى مِنْهُ فِي مَقَامِهِ عِنْدَنَا مَا كَانَ بِهِ قَاتِلًا، وَمَعْنَى ذَلِكَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ الْقِيَامُ بِدَمِهِ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا عَصَبَةً لَهُ، وَإِنَّمَا كَانَ عَصَبَتُهُ أَوْلِيَاءَ الْقَاتِلِ فَكَانُوا أَحَقَّ بِذَلِكَ مِنْ الْأَخْوَالِ فَقَالَ الْأَخْوَالُ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ نَحْنُ كُنَّا أَهْلَ ثُمِّهِ وَرُمِّهِ يُرِيدُ أَهْلَ خَيْرِهِ وَشَرِّهِ؛ لِأَنَّ الثُّمَّ هُوَ الْخَيْرُ وَالرُّمَّ هُوَ الشَّرُّ، وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ اسْتَوَى عَلَى عُمَمِهِ وَبَلَغَ غَلَبَنَا عَلَيْهِ حَقُّ عَصَبَتِهِ، وَهُمْ أَوْلِيَاءُ الْقَاتِلِ فَأَخَذُوهُ، وَمَا قَالَ ذَلِكَ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ، وَيَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ، وَالَّذِي غَلَّبَهُمْ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ أَوْلِيَاءَ ابْنِ أَخِيهِ الْقَاتِلِ كَانُوا أَحَقَّ بِدِيَةِ الْقَتِيلِ، وَلَمْ يَأْخُذْ أَخْوَالُهُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا بِحَقِّ الِابْنِ، وَلَا أَخَذَ الْقَاتِلُ مِنْ الدِّيَةِ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ قَاتِلٌ، وَرَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ هَذَا كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ لِأَنَّ أُحَيْحَةَ بْنَ الْجُلَاحِ، وَهَذَا كُلُّهُ يَقْتَضِي أَنَّ أَحْكَامَ الدِّيَةِ وَالْعَصَبَةِ كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ثَابِتَةً بِمَا تَقَدَّمَ مِنْ الشَّرَائِعِ فَأَقَرَّ الْإِسْلَامُ مِنْهَا مَا شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَكَانَ هَذَا مِمَّا أَقَرَّهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلِذَلِكَ لَا يَرِثُ قَاتِلٌ مَنْ قَتَلَ يُرِيدُ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ مِمَّا أَقَرَّهُ الْإِسْلَامُ أَنْ لَا يَرِثَ قَاتِلٌ مَنْ قَتَلَ، وَيَقْتَضِي أَنَّ أُحَيْحَةَ لَمْ يَرِثْ مِنْ الدِّيَةِ شَيْئًا، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي مِيرَاثِ الْقَاتِلِ فَقَالَ

مَالِكٌ إنَّ قَاتِلَ الْخَطَأَ لَا يَرِثُ مِنْ الدِّيَةِ، وَيَرِثُ مِنْ الْمَالِ، وَبِهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَعَطَاءٌ وَالْحَسَنُ وَمُجَاهِدٌ وَالزُّهْرِيُّ وَمَالِكٌ وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَقَالَ عُرْوَةُ وَالنَّخَعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَرِثُ مِنْ مَالٍ، وَلَا دِيَةَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا مَعْنًى لَا يَمْنَعُ التَّسَاوِي بِالْحُرْمَةِ وَالدِّينِ، وَلَا يُوجِبُ الْقَوَدَ، وَلَا يُزِيلُ جِهَةَ التَّوَارُثِ فَلَمْ يَمْنَعْ الْمِيرَاثَ أَصْلُهُ الشَّتْمُ وَالضَّرْبُ، وَلَا يَلْزَمُنَا الطَّلَاقُ فِي الصِّحَّةِ فَإِنَّهُ قَدْ آنَ إلَى جِهَةِ التَّوَارُثِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ الْبَصْرِيِّينَ يَرِثُ مِنْ الْمَالِ وَالدِّيَةِ جَمِيعًا، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ أَخَذَ بَدَلَ النَّفْسِ فَلَمْ يَرِثْ مِنْهُ الْقَاتِلُ كَالْقِصَاصِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَاتِلُ الْعَمْدِ فَلَا يَرِثُ مِنْ الْمَالِ وَلَا مِنْ الدِّيَةِ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا –، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ فِيهِ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ رَدْعٌ لِمَنْ أَرَادَ اسْتِعْجَالَ الْمِيرَاثِ بِقَتْلِ الْمُوَرِّثِ فَمُنِعَ مِنْ ذَلِكَ رَدْعًا لِهَذَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ، وَلَوْ كَانَ إمَامَ عَدْلٍ قَتَلَ مَوْرُوثُهُ فِي قِصَاصٍ أَوْ زِنًى أَوْ حَدٍّ ثَابِتٍ بِإِقْرَارٍ أَوْ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّ أَصْحَابَنَا لَمْ يُفَصِّلُوا هَذَا التَّفْصِيلَ، وَأَرَى أَنَّ مَنْ لَا تَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ فَإِنَّهُ يَرِثُ مِنْ الْمَالِ كَقَتْلِ الْخَطَإِ.

(108/7)

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ، وَالْبِئْرُ جُبَارٌ، وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ، وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ» قَالَ مَالِكٌ، وَتَفْسِيرُ الْجُبَارِ أَنَّهُ لَا دِيَةَ فِيهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْقَائِدُ وَالسَّائِقُ وَالرَّاكِبُ كُلُّهُمْ ضَامِنُونَ لِمَا أَصَابَتْ الدَّابَّةُ إلَّا أَنْ تَرْمَحَ الدَّابَّةُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُفْعَلَ بِهَا شَيْءٌ تَرْمَحُ لَهُ، وَقَدْ قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الَّذِي أَجْرَى فَرَسَهُ بِالْعَقْلِ قَالَ مَالِكٌ فَالْقَائِدُ وَالرَّاكِبُ وَالسَّائِقُ أَحْرَى أَنْ يَغْرَمُوا مِنْ الَّذِي أَجْرَى فَرَسَهُ) .

[المنتقى]

[جَامِعُ الْعَقْلِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ الْعَجْمَاءُ مِنْ الْحَيَوَانِ مَا لَا نُطْقَ لَهُ، وَهُوَ

كُلُّ مَا لَا يَعْقِلُ، وَأَرَادَ بِذَلِكَ الْجُرْحَ الَّذِي لَا صُنْعَ فِيهِ لِأَحَدٍ، وَلَا كَانَ بِسَبَبِ أَحَدٍ، وَهُوَ الَّذِي تَصِحُّ إضَافَتُهُ إلَيْهِ عَلَى الْحَقِيقَةِ فَقَالَ فِيهِ جُرْحُ الْعَجْمَاءِ، وَأَمَّا مَا كَانَ بِسَبَبِ غَيْرِهِ مِنْ سَائِقٍ أَوْ قَائِدٍ أَوْ سَفَرٍ فَلَا يَخْتَصُّ بِهِ؛ لِأَنَّ لِغَيْرِهِ فِيهِ سَبَبًا، وَقَدْ فَسَّرَ مَالِكٌ الْجُبَارَ بِأَنَّهُ هَدَرٌ فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا اخْتَصَّ بِالْعَجْمَاءِ مِنْ الْجِرَاحِ وَالْجِنَايَاتِ بَطَلَ، وَلَا يُقْضَى مِنْهُ بِدِيَةٍ وَلَا شَيْءٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ الْمَعْدِنُ حَيْثُ يَعْلَمُ النَّاسُ لِإِخْرَاجِ بَعْضِ مَا فِي الْأَرْضِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ حَدِيدٍ أَوْ حِجَارَةٍ أَوْ كُحْلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَيَكُونُ فِيهَا الْغِيرَانُ الْعَظِيمَةُ الَّتِي مَنْ سَقَطَ فِيهَا أَوْ سَقَطَتْ عَلَيْهِ غَلَبَ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ فَأَخْبَرَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنَّ مَنْ أُصِيبَ بِذَلِكَ دُونَ فِعْلِ أَحَدٍ فَإِنَّ مَا حَدَثَ عَلَيْهِ بِسَبَبِ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَةٍ فَإِنَّهُ جُبَارٌ يَعْنِي أَنَّهُ مَطْلُولٌ، وَأَمَّا قَوْلُهُ، وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ فَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْقَائِدَ وَهُوَ الَّذِي يَمْشِي أَمَامَ الدَّابَّةِ يَقُودُهَا بِلِجَامٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالسَّائِقَ وَهُوَ الَّذِي يَمْشِي خَلْفَ الدَّابَّةِ فَيَسُوقُهَا، وَالرَّاكِبَ كُلُّهُمْ ضَامِنُونَ لِمَا أَصَابَتْ الدَّابَّةُ يُرِيدُ إذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِمْ، وَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُتَفَرِّقِينَ فَإِنْ كَانُوا مُجْتَمِعِينَ فَلِأَشْهَبَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ دِيَةِ مَا جَنَتْهُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إذَا كَانَ الرَّاكِبُ شَرِكَهُمْ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا جَنَتْهُ الدَّابَّةُ بِوَطْءٍ تَطَؤُهُ فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِ الْقَائِدِ الَّذِي يَقُودُهَا، وَالسَّائِقُ الَّذِي يَسُوقُهَا؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى السَّوْقِ وَالْقَوْدِ، وَلَا صُنْعَ لِلرَّاكِبِ فِي ذَلِكَ إذَا كَانَ مُمْسِكًا فَإِنْ شَارَكَهُمَا بِرَكْضٍ أَوْ زَجْرٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ إشَارَةٍ كَانَ شَرِيكَهُمَا فِي جِنَايَتِهِمَا تِلْكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ يُرِيدَانِ لِاخْتِصَاصِهِمَا بِسَبَبِ الْجِنَايَةِ فَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُمَا بِكَدْمٍ أَوْ نَفْحٍ مِنْ غَيْرِ تَهْيِيجِ أَحَدٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَحَقُّهُمْ بِالضَّمَانِ السَّائِقُ إنْ كَانَ سَوْقُهُ يَذْعَرُهَا بِزَجْرٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ نَخْسٍ، وَكَذَلِكَ الرَّاكِبُ لَوْ ضَرَبَهَا بِرِجْلِهِ فَكُدِمَتْ ضَمِنَ، وَكَذَلِكَ الْقَائِدُ لَوْ أَنْهَرَهَا فَإِنَّهُ يُضْمَنُ فَعَلَى هَذَا إنَّمَا يَبْقَى أَنْ يَكُونَ السَّائِقُ أَحَقَّهُمْ بِالضَّمَانِ إذَا لَمْ تَكُنْ جِنَايَاتُهُمَا يَقْتَرِنُ بِهَا تَجْدِيدُ شَيْءٍ مِنْ قِبَلِ أَحَدِهِمْ إلَّا أَنَّ لِلسَّائِقِ حُكْمَ ذَلِكَ بِأَنْ يَخْفِرَهُ لَهَا بِقُرْبِهِ مِنْهَا وَحَرَكَةِ مَشْيِهِ خَلْفَهَا، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ أَشْهَبَ، وَهَذَا نَوْعٌ مِنْ الْجِنَايَةِ مُخَالِفٌ لِجِنَايَتِهَا بِالْوَطْءِ عَلَى شَيْءٍ تَبْلُغُهُ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهَا عَلَى مَا تَطَأُ عَلَيْهِ هُوَ مُقْتَضَى السَّوْقِ وَالْقَوْدِ، وَسَبَبُ الرَّاكِبِ فَلَا يَحْتَاجُ فِي ذَلِكَ إلَى تَجْدِيدِ سَبَبٍ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ مَوْجُودٌ، وَأَمَّا أَنْ تُكْدَمَ أَوْ تُنْفَحَ

فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُقْتَضَى الْأَسْبَابِ الْمَوْجُودَةِ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا هُوَ مُقْتَضَى مَا يَتَجَدَّدُ مِنْ ضَرْبٍ أَوْ زَجْرٍ أَوْ نَخْسٍ فَإِذَا عَرِيَ مِنْ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْكِتَابَيْنِ لَا يَضْمَنُ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَالَهُ رَبِيعَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَتْ بِالتَّسْيِيرِ، وَأَمَّا الْكَدْمُ وَالنَّفْحُ وَالضَّرْبُ بِالْيَدِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْكِتَابَيْنِ لَا يَضْمَنُ أَحَدٌ مِنْهُمْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَكْبَحَهَا أَوْ يُحَرِّكَهَا بِخِلَافِ مَا وَطِئَتْ، وَقَالَهُ كُلُّهُ أَشْهَبُ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ وَإِذَا رَكِبَ اثْنَانِ عَلَى دَابَّةٍ فَمَا أَصَابَتْ الدَّابَّةُ بِوَطْءٍ أَوْ صَدْمٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ هُوَ مِنْ الْمُقَدَّمِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ هُوَ الْمُشِيرُ إلَيْهَا وَالْمُمْسِكُ قَالَ مَالِكٌ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُؤَخِّرُ حَرَّكَهَا أَوْ ضَرَبَهَا فَيَكُونَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَخْرُجَ عَمَّا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنْ الْمَشْيِ

(109/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَحْفِرُ الْبِئْرَ عَلَى الطَّرِيقِ أَوْ يَرْبِطُ الدَّابَّةَ أَوْ يَضَعُ أَشْبَاهَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ مَا صَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَجُوزُ أَنْ يَصْنَعَهُ عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ فِي ذَلِكَ مِنْ جُرْحِهِ أَوْ غَيْرِهِ فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ عَقْلُهُ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَهُوَ مِنْ مَالِهِ خَاصَّةً، وَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَمَا صَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصْنَعَهُ عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَلَا غُرْمَ، وَمِنْ ذَلِكَ الْبِئْرُ يَحْفِرُهَا الرَّجُلُ لِلْمَطَرِ، وَالدَّابَّةُ يَنْزِلُ عَنْهَا الرَّجُلُ لِلْحَاجَةِ فَيَقِفُهَا عَلَى الطَّرِيقِ فَلَيْسَ عَلَى أَحَدٍ فِي هَذَا غُرْمٌ) .

[المنتقى]

بِضَرْبِ الْمُؤَخَّرِ أَوْ زَجْرِهِ بِأَنْ تَنْفِرَ أَوْ تُسْرِعَ فِي الْمَشْيِ، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ جِنَايَتِهَا بِكَدْمٍ أَوْ نَفْحٍ فَهَذَا لَيْسَ مِنْ التَّسْيِيرِ فَإِنْ كَانَ مِنْ سَبَبِ أَحَدِهِمَا فَهُوَ الْمُنْفَرِدُ بِالضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ سَبَبِهِمَا اشْتَرَكَا فِي الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِمَا فَهُوَ هَدَرٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَإِنْ كَانَ اللِّجَامُ بِيَدِ الْمُقَدَّمِ فَقَدْ تُكْدَمُ، وَهُوَ الْفَاعِلُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْقَائِدُ يَقُودُ الْقِطَارَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا وَطِئَ عَلَيْهِ بَعِيرٌ مِنْ الْقِطَارِ فِي أَوَّلِهِ كَانَ أَوْ فِي وَسَطِهِ أَوْ آخِرِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ قَالَ أَشْهَبُ لِأَنَّهُ أَوْطَأَهُ بِقَوْدِهِ، وَلَوْ قَادَ دَابَّةً عَلَيْهَا سَرْجٌ أَوْ مَتَاعٌ فَوَقَعَ شَيْءٌ مِنْ

ذَلِكَ عَلَى إنْسَانٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ، وَذَلِكَ إنْ كَانَ قَائِدُهَا حَمَلَ الْمَتَاعَ عَلَيْهَا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ حَمَلَهُ فَذَلِكَ عَلَى حَامِلِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ شِدَّةِ قَوْدِهِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الَّذِي حَمَلَ الْمَتَاعَ قَصَّرَ فِيهِ بِضَعْفِ حَبْلٍ أَوْ وَجْهٍ غَيْرِ مُعْتَادٍ مَأْمُونٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي فَارِسَيْنِ اصْطَدَمَا فَأَصَابَ فَرَسُ أَحَدِهِمَا صَبِيًّا أَنَّ عَلَى عَاقِلَتِهِمَا الدِّيَةَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ بِسَبَبِهِمَا، وَلَوْ اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا، وَمَاتَ فَرَسَاهُمَا فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الْآخَرِ، وَقِيمَةُ فَرَسِهِ فِي مَالِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا، وَالْآخَرُ حُرًّا فَقِيمَةُ الْعَبْدِ فِي مَالِ الْحُرِّ، وَدِيَةُ الْحُرِّ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ يَتَقَاصَّانِ فَإِنْ زَادَ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ فَلِسَيِّدِهِ الزِّيَادَةُ فِي مَالِ الْحُرِّ، وَإِنْ كَانَتْ دِيَةُ الْحُرِّ أَكْثَرَ فَلَا شَيْءَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْعَبْدِ مَالٌ فَالزِّيَادَةُ فِي مَالِهِ، وَقَالَ أَصْبَغُ فِي الْعُتْبِيَّةِ قِيمَةُ الْعَبْدِ فِي مَالِ الْحُرِّ يَأْخُذُهَا السَّيِّدُ، وَيُقَالُ لَهُ افْتَدِ الْعَبْدَ بِالدِّيَةِ فَإِنْ أَسْلَمَ الْقِيمَةَ فَلَيْسَتْ لِوُلَاةِ الْحُرِّ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ الدِّيَةِ.

(فَرْعٌ) لَوْ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ فَغَرِقَتْ إحْدَاهُمَا بِمَا فِيهَا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا شَيْءَ فِي ذَلِكَ عَلَى أَحَدٍ؛ لِأَنَّ الرِّيحَ تَغْلِبُهُمْ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ السَّفِينَتَيْنِ وَالْفَرَسَيْنِ أَنَّ السَّفِينَةَ لَا تَجْرِي إلَّا بِالرِّيحِ، وَلَا عَمَلَ فِي ذَلِكَ لِلسَّفِينَتَيْنِ، وَأَمَّا الْفَرَسَانِ فَجَرْيُهُمَا مِنْ فِعْلِهِمَا، وَالْفَارِسَانِ أَرْسَلَاهُمَا عَلَى ذَلِكَ، وَحَرَّكَاهُمَا إلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ النَّوَاتِيَّةَ قَادِرُونَ عَلَى صَرْفِهِمَا عَلَى وَجْهٍ يُؤَدِّي إلَى هَلَاكِهِمْ فَلَا يَفْعَلُوا فَهُمْ ضَامِنُونَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَرُوا عَلَى صَرْفِهِمَا عَلَى وَجْهٍ يُؤَدِّي إلَى هَلَاكِهِمْ فَلَمْ يَفْعَلُوا فَهُمْ ضَامِنُونَ، وَيَضْمَنُ عَوَاقِلُهُمْ الدِّيَاتِ، وَيَضْمَنُونَ الْأَمْوَالَ فِي أَمْوَالِهِمْ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ كُلَّ مَا صَنَعَهُ الْإِنْسَانُ مِمَّا هَذَا سَبِيلُهُ يَنْقَسِمُ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا هُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ مِثْلَ أَنْ يَحْفِرَ بِئْرًا عَلَى الطَّرِيقِ لِغَيْرِ غَرَضٍ مُبَاحٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا أُصِيبَ بِهِ أَوْ يَحْفِرُ بِئْرًا فِي دَارِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ يَضْمَنُ قَالَ أَشْهَبُ لِأَنَّهُ حَفَرَ بِغَيْرِ إذْنِ رَبِّ الدَّارِ أَوْ يَحْفِرُ فِي مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ غَيْرِهِ لِيُتْلِفَ بِهِ سَارِقًا فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَضْمَنُ السَّارِقُ وَغَيْرُهُ قَالَ وَكَذَلِكَ لَوْ حَدَّدَ قَصَبًا أَوْ عِيدَانًا يَجْعَلُهَا فِي بَابِهِ لِيَدْخُلَ فِي رَحْلِ الدَّاخِلِ فِي حَائِطِهِ مِنْ سَارِقٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، وَكَذَلِكَ مَنْ جَعَلَ عَلَى حَائِطِهِ شَوْكًا يَسْتَضِرُّ بِهَا مَنْ يَدْخُلُ أَوْ رَشَّ

فِنَاءَهُ يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يُزْلِقَ مَنْ يَمُرَّ بِهِ مِنْ إنْسَانٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهَذَا يَضْمَنُ، وَكَذَلِكَ مَنْ جَعَلَ فِي الطَّرِيقِ مَرْبِطًا لِدَابَّتِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا كُلِّهِ، وَكَذَلِكَ مَنْ اتَّخَذَ كَلْبًا لِدَارِهِ لِيَعْقِرَ مَنْ دَخَلَهَا أَوْ فِي غَنَمِهِ لِيَعْدُوَ عَلَى مَنْ أَرَادَهَا

(110/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ يَنْزِلُ فِي الْبِئْرِ فَيُدْرِكُهُ رَجُلٌ آخَرُ فِي أَثَرِهِ فَيَجْبِذُ الْأَسْفَلُ الْأَعْلَى فَيَخِرَّانِ فِي الْبِئْرِ فَيَهْلِكَانِ جَمِيعًا أَنَّ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي جَذَبَهُ الدِّيَةَ) .

[المنتقى]

فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، وَأَمَّا مَنْ عَمِلَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجُوزُ لَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ بِئْرٍ حَفَرَهَا لِلْمَطَرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَوْ مِرْحَاضٍ يَحْفِرُهُ إلَى جَانِبِ حَائِطِهِ قَالَ أَشْهَبُ مَا لَمْ تَضُرَّ الْبِئْرُ وَالْمِرْحَاضُ بِالطَّرِيقِ أَوْ يَحْفِرُ بِئْرًا فِي دَارِهِ لِغَيْرِ ضَرَرِ أَحَدٍ أَوْ فِي دَارِ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ أَوْ يَرُشُّ فِنَاءَهُ تَبَرُّدًا وَتَنَظُّفًا فَيَزْلَقُ بِهِ أَحَدٌ فَيَهْلِكُ أَوْ ارْتَبَطَ كَلْبًا فِي دَارِهِ لِلصَّيْدِ أَوْ فِي غَنَمِهِ لِلسِّبَاعِ فَعَقَرَتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ أَوْ أَخْرَجَ رُءُوسًا مِنْ دَارِهِ أَوْ عَسْكَرًا أَوْ نَصَبَ حِبَالَاتٍ لِلسِّبَاعِ أَوْ وَقَفَ عَلَى دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ أَوْ نَزَلَ عَنْهَا لِحَاجَةٍ فَأَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ بِبَابِ مَسْجِدٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ بَابِ أَمِيرٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَا يَضْمَنُ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ عَلَى الْوَجْهِ الْمُبَاحِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ، وَمَا كَانَ غَيْرَ مُبَاحٍ فَهُوَ يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا لِلْمَاشِيَةِ بِقُرْبِ بِئْرِ مَاشِيَتِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَعَطِبَ بِهَا إنْسَانٌ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْفِرَ كَمَا جَازَ لِلْأَوَّلِ، وَإِنْ قَرُبَ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَيَضُرُّ بِهَا أَمْ لَا فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَضُرُّ بِهَا أُمِرَ بِرَدْمِهَا فَإِنْ أُصِيبَ أَحَدٌ بَعْدَ أَنْ أُمِرَ بِذَلِكَ ضَمِنَ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَرْضَ مُبَاحَةٌ فَلَا يُمْنَعُ أَحَدٌ مِنْ الْحَفْرِ فِيهَا لِحَاجَتِهِ إلَّا بَعْدَ أَنْ يَثْبُتَ مَا يُوجِبُ مَنْعَ ذَلِكَ مِنْ إضْرَارِ بِئْرٍ مِنْ تَقَدُّمِهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَيُحْكَمُ بِهِ عَلَيْهِ فَإِذَا حُكِمَ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ كَانَ مُتَعَدِّيًا فِي إبْقَائِهِ فَيَضْمَنُ مَا أُصِيبَ بِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ، وَالْأَمْرُ لَهُ بِرَدِّهِ إلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَضَعَ سَيْفًا بِطَرِيقٍ أَوْ غَيْرِهِ يُرِيدُ قَتْلَ رَجُلٍ فَعَطِبَ بِهِ ذَلِكَ الرَّجُلُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي

الْمَجْمُوعَةِ يُقْتَلُ بِهِ، وَإِنْ عَطِبَ بِهِ غَيْرُهُ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَاعِلِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَصَدَ قَتْلَ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ فَوَضْعُهُ لِلسَّيْفِ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ كَانَ قَدْ قَصَدَ إلَى قَتْلِهِ بِرَمْيِهِ بِالسَّيْفِ أَوْ ضَرْبِهِ فَعَلَيْهِ الْقَوَدُ فَإِنْ أَصَابَ بِهِ غَيْرَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ رَمَى إلَى رَجُلٍ يُرِيدُ قَتْلَهُ فَيُصِيبُ غَيْرَهُ فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْخَطَإِ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

(فَرْعٌ) وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَضْمَنُهُ الْمُتَعَدِّي مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّهُ فِي مَالِهِ دُونَ الثُّلُثِ، وَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ أَوْ زَادَ عَلَيْهِ مِنْ دِيَاتِ الْأَحْرَارِ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَأَمَّا مَا ضَمِنَ مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَفِي مَالِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْعَاقِلَةَ إنَّمَا لَهَا مَدْخَلٌ فِي تَحَمُّلِ دِيَاتِ الْأَحْرَارِ دُونَ قِيَمِ الْأَمْوَالِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَابِذِ دِيَةَ الْأَعْلَى؛ لِأَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ جَبْذِهِ، وَأَمَّا دِيَةُ الْجَابِذِ فَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ عِيسَى أَنَّ دِيَتَهُ هَدَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ غَيْرَهُ، وَقَتَلَ نَفْسَهُ، وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مِثْلَهُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي جَبْذِهِ لَهُ، وَوُقُوعُ الْأَعْلَى عَلَيْهِ إنَّمَا كَانَ بِسَبَبِ جَبْذِهِ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْأَعْلَى فِي ذَلِكَ صُنْعٌ فَلَمَّا كَانَ مَوْتُهُ بِسَبَبِهِ أَبْطَلَ دِيَتَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ قَاتِلَ نَفْسِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَادَ بَصِيرٌ أَعْمَى فَوَقَعَ الْبَصِيرُ فِي بِئْرٍ، وَوَقَعَ عَلَيْهِ الْأَعْمَى فَمَاتَ الْبَصِيرُ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ دِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَعْمَى، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْبَصِيرَ لَمْ يَكُنْ يَجْذِبُ الْأَعْلَى وَيَحْمِلُهُ، وَإِنَّمَا كَانَ الْأَعْمَى يَتْبَعُهُ، وَكَانَ سُقُوطُهُ عَلَيْهِ لَا صُنْعَ فِيهِ لِلْبَصِيرِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ فِعْلِ الْأَعْمَى خَاصَّةً وَاتِّبَاعِهِ لَهُ فَلَمَّا انْفَرَدَ بِالْجِنَايَةِ كَانَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

مَسْأَلَةٌ وَلَوْ حفَرَ رَجُلَانِ فِي بِئْرٍ فَانْهَدَمَتْ عَلَيْهِمَا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَفِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَاقِي نِصْفُ دِيَةِ الْهَالِكِ؛ لِأَنَّ الْبِئْرَ سَقَطَ مِنْ حَفْرِهِمَا فَلِذَلِكَ كَانَ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَاقِي نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ نِصْفَ الثَّانِي هَدَرٌ، وَلَوْ ضَمِنَ لَضَمِنَتْهُ عَاقِلَتُهُ؛ لِأَنَّهُ قَاتِلُ نَفْسِهِ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ لَا عَقْلَ لَهُ، وَلَوْ مَاتَا جَمِيعًا لَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ دِيَةِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَارَكَ فِي قَتْلِ نَفْسِهِ فَهُدِرَ مِنْ دِيَتِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَقَطَ مِنْ دَابَّةٍ عَلَى رَجُلٍ فَمَاتَ الرَّجُلُ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ السَّاقِطِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ وَهُوَ مِنْ الْخَطَإِ، وَلَوْ انْكَسَرَتْ سِنُّ السَّاقِطِ

(111/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيّ يَأْمُرُهُ الرَّجُلُ يَنْزِلُ فِي الْبِئْرِ أَوْ يَرْقَى فِي النَّخْلَةِ فَيَهْلِكُ فِي ذَلِكَ الَّذِي أَمَرَهُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَهُ مِنْ هَلَاكٍ أَوْ غَيْرِهِ) .

[المنتقى]
وَانْكَسَرَتْ سِنُّ الْآخَرِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا أَنَّ عَلَى السَّاقِطِ دِيَةَ سِنّ الَّذِي سَقَطَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَلَى الْآخَرِ دِيَةٌ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ، وَقَالَ رَبِيعَةُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ مَا أُصِيبَ بِهِ الْآخَرُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْجِنَايَةَ بِسَبَبِ السَّاقِطِ دُونَ سَبَبِ الْآخَرِ فَلَمْ يَعْقِلْ مَا أَصَابَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنَايَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَلَوْ دَفَعَ رَجُلٌ رَجُلًا فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَقَتَلَهُ فَعَلَى الدَّافِعِ الْعَقْلُ دُونَ الْمَدْفُوعِ، وَمَنْ مَرَّ بِجَزَّارٍ يَقْطَعُ لَحْمًا فَدَفَعَهُ آخَرُ فَسَقَطَ فَوَقَعَتْ يَدُهُ تَحْتَ فَأْسِ الْجَزَّارِ فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَقْلُ ذَلِكَ عَلَى طَارِحِهِ أَوْ قَالَ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَزَّارِ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الدَّافِعِ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ سَقَطَ ابْنُهُ مِنْ يَدِهِ فَمَاتَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَلَوْ سَقَطَ شَيْءٌ مِنْ يَدِهِ عَلَى ابْنِهِ وَابْنِ غَيْرِهِ فَمَاتَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَرْشُ أَقَلَّ مِنْ الثُّلُثِ فَفِي مَالِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ سُقُوطَهُ مِنْ يَدِهِ لَيْسَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْ فِعْلِهِ؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ إنَّمَا هَلَكَ بِحَرَكَتِهِ، وَهِيَ الْحَرَكَةُ الَّتِي سَقَطَ بِهَا، وَأَمَّا إذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِنْ يَدِهِ عَلَى إنْسَانٍ فَقَتَلَهُ فَإِنَّ الْهَالِكَ إنَّمَا هَلَكَ بِحَرَكَةِ السَّاقِطِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ مِنْ سَبَبِ الَّذِي كَانَ بِيَدِهِ.
1 –
(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ طَلَبَ غَرِيقًا فَلَمَّا أَخَذَهُ خَشِيَ الْمَوْتَ عَلَى نَفْسِهِ فَتَرَكَهُ فَمَاتَ فَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ

فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ مَالِكٌ، وَلَيْسَ هَذَا كَمَنْ ابْتَدَأَ نُزُولَ بِئْرٍ أَوْ بَحْرٍ بِسَبَبِ مِسْكِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إذَا اسْتَعَانَ صَغِيرًا أَوْ عَبْدًا فِي شَيْءٍ لَهُ بَالٌ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِغَيْرِ إذْنِ مَنْ لَهُ الْإِذْنُ، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إذْنُ سَيِّدِهِ، وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إذْنُ أَبِيهِ إذَا كَانَ لَهُ أَبٌ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ يُجْرِي الْخَيْلَ فَأَمَرَهُ رَجُلٌ أَنْ يُجْرِيَ لَهُ فَرَسَهُ وَأَذِنَ فِي ذَلِكَ أَبُوهُ فَوَقَعَ عَنْهُ فَمَاتَ لَا شَيْءَ عَلَى الْآمِرِ إلَّا عِتْقُ رَقَبَةٍ، وَرَأَى إذْنَ الْأَبِ كَالْعَفْوِ عَنْ الدِّيَةِ فَأَمَّا غَيْرُ الْأَبِ فَلَا يُجْزِي إذْنُهُ كَيَتِيمِ الرَّجُلِ وَابْنِ أَخِيهِ فَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ رَوَاهُ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فَهَذَا وَجْهُ الْإِذْنِ، وَأَمَّا الْعَمَلُ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ الْأَوَّلُ لَا قِيمَةَ لَهُ، وَلَا يَعْمَلُ غَالِبًا كَمُنَاوَلَتِهِ النَّعْلَ، وَمَا أَشْبَهَهُ فَهَذَا لَا يُضْمَنُ فِيهِ عَبْدٌ وَلَا صَبِيٌّ، وَلَا فِيهِ أَجْرٌ وَضَرْبٌ لَيْسَ فِيهِ خَطَرٌ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ قَدْ أَذِنَ لِلْعَبْدِ فِي مِثْلِهِ بِالْإِجَارَةِ أَوْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ فَإِنْ كَانَ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِيهِ بِإِجَارَةٍ فَاسْتَعْمَلَهُ بِإِجَارَةٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخَالِفْ مَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ، وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ أَوْ اسْتَعْمَلَ صَبِيًّا مَأْذُونًا لَهُ فِي الْعَمَلِ بِغَيْرِ إجَارَةٍ فَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ هُوَ ضَامِنٌ قَالَ أَشْهَبُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَعَدٍّ إذَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُمَا فِي الْعَمَلِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الْعَمَلِ جُمْلَةً فَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ اسْتَعَانَ عَبْدًا بِغَيْرِ إذْنِ رَبِّهِ فِيمَا لَهُ بَالٌ، وَلَهُ أُجْرَةٌ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ فَلِلسَّيِّدِ إجَارَتُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُسْتَعْمِلَ لَمْ يَتَعَدَّ عَلَى عَبْدِ غَيْرِهِ فِي اسْتِعْمَالِهِ فِيمَا لَهُ بَالٌ فَضَمِنَهُ بِالتَّعَدِّي، وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ مَنْ أَعْطَى دَابَّتَهُ عَبْدًا لِيَسْقِيَهَا فَعَطِبَ ضَمِنَ صَغِيرًا كَانَ الْعَبْدُ أَوْ كَبِيرًا.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا عَلِمَ الْمُسْتَعْمِلُ أَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ فِي الْآبِقِ يَسْتَأْجِرُهُ رَجُلٌ يَعْمَلُ لَهُ عَمَلًا فَيَعْطَبُ، وَلَمْ يَعْلَمْ مُسْتَأْجِرُهُ بِإِبَاقِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يَضْمَنُهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يَضْمَنُ مَنْ اسْتَعْمَلَ عَبْدًا أَوْ مَوْلًى عَلَيْهِ إلَّا فِي الْعَمَلِ الْمَخُوفِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالرِّقِّ أَوْ بِالْوَلَاءِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إنَّ مَا كَانَ طَرِيقُهُ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَعَ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ ظَاهِرَهُ الْحُرِّيَّةُ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا أَوْ اسْتَعْمَلَ عَامِلًا يُمْكِنُهُ مَعْرِفَةَ حُرِّيَّتِهِ وَرِقِّهِ وَنَسَبِهِ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْ غَرَرِ الْعَمَلِ مَا يَلْزَمُهُ حُكْمُ الْخَادِعِ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَعَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعَبْدِ يَسْتَأْجِرُهُ فَلَا يَضْمَنُ مَنْ اسْتَأْجَرَهُ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ أَمَرَهُ سَيِّدُهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ إلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ فِي عَمَلٍ مَخُوفٍ كَالْبِئْرِ ذَاتِ الْحَمْأَةِ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ عَقْلٌ يَجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَعْقِلُوهُ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِيمَا تَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ مِنْ الدِّيَاتِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْعَقْلُ عَلَى مَنْ بَلَغَ الْحُلُمَ مِنْ الرِّجَالِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي عَقْلِ الْمَوَالِي تَلْزَمُهُ الْعَاقِلَةُ إنْ شَاءُوا، وَإِنْ أَبَوْا كَانُوا أَهْلَ دِيوَانٍ أَوْ مُتَقَطِّعِينَ، وَقَدْ تَعَاقَلَ النَّاسُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَفِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ دِيوَانٌ، وَإِنَّمَا كَانَ الدِّيوَانُ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَعْقِلَ عَنْهُ غَيْرُ قَوْمِهِ وَمَوَالِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْتَقِلُ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» قَالَ مَالِكٌ وَالْوَلَاءُ نَسَبٌ ثَابِتٌ) .

[المنتقى]

وَالْعَمَلِ تَحْتَ الْجُدَرَاتِ فَهَذَا يَضْمَنُ أَنْ يُسْتَأْجَرَ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي ذَلِكَ الْعَمَلِ بِعَيْنِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَهَذَا أَحْسَنُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ إلَّا أَنْ يَكُونَ سَيِّدُهُ قَدْ حَجَرَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ، وَأَبَانَ ذَلِكَ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ فَإِنْ اسْتَعَانَهُمَا أَوْ اسْتَعْمَلَهُمَا فِي أَمْرٍ مَخُوفٍ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ سَأَلْت عِيسَى عَنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الصَّبِيِّ يَأْمُرُهُ الرَّجُلُ يَرْقَى فِي النَّخْلَةِ أَوْ يَنْزِلُ فِي الْبِئْرِ فَيَعْطَبُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ ضَامِنٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا فِي هَذَا الْعَمَلِ مِنْ الْخَطَرِ الْغَالِبِ الْمُسْتَفَادِ فَالْمُسْتَعْمِلُ لَهُ مُتَعَدٍّ عَلَى السَّيِّدِ مُتْلِفٌ لِمَالِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي الْعَمَلِ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَاسْتَأْجَرَهُ هَذَا فِيمَا هُوَ غَيْرُ مَخُوفٍ مِنْ الْأَعْمَالِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ فِي مَخُوفٍ مِنْ الْأَعْمَالِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ اسْتَعْمَلَ عَبْدًا عَمَلًا شَدِيدًا فِيهِ غَرَرٌ بِغَيْرِ إذْنِ أَهْلِهِ فَأُصِيبَ فِيهِ ضَمِنَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا غَيْرُ مَا أَذِنَ لَهُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْإِذْنَ الْمُطْلَقَ إنَّمَا يَتَنَاوَلُ الْمُعْتَادَ مِنْ الْأَعْمَالِ دُونَ الْغَرَرِ قَالَ مَالِكٌ وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ فِي سَفَرٍ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالصَّبِيُّ الَّذِي يَضْمَنُ مَنْ اسْتَعْمَلَهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَعْطَى صَبِيًّا ابْنَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً دَابَّةً يُسْقِيهَا فَيَعْطَبُ أَنَّ دِيَتَهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَقَدْ قَالَ

أَشْهَبُ أَنَّ الْمَوْلَى يَضْمَنُ فِي الْعَمَلِ الْمَخُوفِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْمَوْلَى عَلَيْهِ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ مَالِكٌ بِالْكَبِيرِ غَيْرَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّهُ لَيْسَ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ مَدْخَلٌ فِي الْعَاقِلَةِ وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى الرِّجَالِ الْأَحْرَارِ الَّذِينَ قَدْ بَلَغُوا الْحُلُمَ، وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَيْسَتْ مِنْ ذَوِي النُّصْرَةِ، وَتَحْمِلُ الدِّيَاتِ مِنْ بَابِ النُّصْرَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَيْسَتْ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَرْأَةِ، وَهِيَ عَلَى السَّفِيهِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بِقَدْرِ مُلَائِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ عَقْلُ الْمَوْلَى تَلْزَمُهُ الْعَاقِلَةُ يُرِيدُ يُؤْخَذُ بِهِ عَاقِلَةَ مَوَالِيهِ كَمَا لَوْ جَنَى رَجُلٌ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَوْلَى مِنْ الْعَرَبِ أَوْ غَيْرِهِمْ فَإِنَّ مَوَالِيَهُ يَعْقِلُونَ عَنْهُ دُونَ الْقَتِيلِ الَّذِي هُوَ مِنْهُمْ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ كِنَانَةَ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ أَنَّ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ الْبَرْبَرِ، وَلَمْ يَسْتَرِقَّ فَإِنَّهُمْ يَتَعَاوَنُونَ كَالْعَرَبِ، وَأَمَّا مَنْ سُبِيَ وَأُعْتِقَ فَعَقْلُهُ عَلَى مَوَالِيهِ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ مِنْ أَسْلَمَ، وَلَا قَوْمَ لَهُ فَالْمُسْلِمُونَ يَعْقِلُونَ عَنْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنْ شَاءُوا، وَإِنْ أَبَوْا يَعْنِي أَنَّهُمْ يُجْبَرُونَ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مَصْرُوفًا إلَى اخْتِيَارِهِمْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ أَمْرٌ قَدْ لَزِمَهُمْ بِالشَّرْعِ غُرْمُهُ كَالْجَانِي.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ كَانُوا أَهْلَ دِيوَانٍ أَوْ مُتَقَطِّعِينَ يُرِيدُ أَنَّ مَوَالِيهِ يَعْقِلُونَ مَعَهُ إنْ كَانَ الْمَوْلَى، وَمُعْتَقُوهُ أَهْلَ دِيوَانٍ يَشْمَلُهُمْ أَوْ كَانُوا غَيْرَ أَهْلِ دِيوَانٍ فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى مِنْ أَهْلِ دِيوَانٍ، وَمُعْتَقُوهُ أَهْلَ دِيوَانٍ آخَرَ أَوْ لَمْ يَكُونُوا أَهْلَ دِيوَانٍ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ أَهْلَ دِيوَانِهِ يَعْقِلُونَ مَعَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مِنْ قَبِيلِهِ قَالَ أَشْهَبُ، وَإِنْ كَانَ مِنْهُمْ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ لَمْ يَدْخُلُوا مَعَ مَنْ فِي الدِّيوَانِ، وَلْيَضُمَّ إلَيْهِمْ أَقْرَبَ الْقَبَائِلِ إلَيْهِمْ مِنْ أَهْلِ دِيوَانِهِ قَالَهُ أَصْبَغُ قَالَ أَشْهَبُ، وَهَذَا إذَا كَانُوا أَهْلَ دِيوَانٍ، وَأَمَّا إذَا انْقَطَعَ فَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى قَوْمِهِ كَانُوا أَهْلَ دِيوَانٍ أَوْ مُتَقَطِّعِينَ، وَلَعَلَّهُ الَّذِي أَرَادَ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ كَانُوا أَهْلَ دِيوَانٍ أَوْ مُتَقَطِّعِينَ يُرِيدُ

(113/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا أُصِيبَ مِنْ الْبَهَائِمِ أَنَّ عَلَى مَنْ أَصَابَ مِنْهَا شَيْئًا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ فَيُصِيبُ حَدًّا مِنْ الْحُدُودِ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ، وَأَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي

عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا الْفِرْيَةَ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ عَلَى مَنْ قِيلَتْ لَهُ يُقَالُ لَهُ مَا لَكَ لَمْ تَجْلِدْ مَنْ افْتَرَى عَلَيْك فَأَرَى أَنْ يُجْلَدَ الْمُفْتَرِي لِحَدٍّ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْتَلَ، ثُمَّ يُقْتَلَ، وَلَا أَرَى أَنْ يُقَادَ مِنْهُ فِي شَيْءٍ مِنْ الْجِرَاحِ إِلَّا الْقَتْلَ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْقَتِيلَ إذَا وُجِدَ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ قَوْمٍ فِي قَرْيَةٍ أَوْ غَيْرِهَا لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ أَقْرَبُ النَّاسِ إلَيْهِ دَارًا وَلَا مَكَانًا، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ يُقْتَلُ الْقَتِيلُ، ثُمَّ يُلْقَى عَلَى بَابِ قَوْمٍ لِيُلْطَخُوا بِهِ فَلَيْسَ يُؤَاخَذُ أَحَدٌ بِمِثْلِ ذَلِكَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي جَمَاعَةٍ مِنْ النَّاسِ اقْتَتَلُوا فَانْكَشَفُوا، وَبَيْنَهُمْ قَتِيلٌ أَوْ جَرِيحٌ لَا يُدْرَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهِ إنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي ذَلِكَ أَنَّ فِيهِ الْعَقْلَ، وَأَنَّ عَقْلَهُ عَلَى الْقَوْمِ الَّذِينَ نَازَعُوهُ، وَإِنْ كَانَ الْقَتِيلُ أَوْ الْجَرِيحُ مِنْ غَيْرِ الْفَرِيقَيْنِ فَعَقْلُهُ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ جَمِيعًا) .

[المنتقى]

أَنَّ قَوْمَهُ يَعْقِلُونَ عَنْهُ إذَا كَانَ الْجَانِي، وَعَاقِلَتُهُ عَلَيْهِ، وَفِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ دِيوَانٌ يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ التَّعَاقُلِ الدِّيوَانُ؛ لِأَنَّ التَّعَاقُلَ يَكُونُ بِالْأَنْسَابِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الدِّيوَانُ إذَا وُجِدَ وَثَبَتَ حُكْمُهُ بِالْعَطَاءِ مُذْ حَدَثَ رَسْمُ الدِّيوَانِ مِنْ زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ؛ لِأَنَّهُ أَخَصُّ مِنْ النَّسَبِ لِجَمْعِهِ أَهْلَ الدِّيوَانِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ عَلَى عَطَاءٍ وَاحِدٍ، وَلِمُحَامَاةٍ وَاحِدَةٍ فَإِذَا عُدِمَ الدِّيوَانُ رَجَعَ الِاعْتِبَارُ إلَى الْأَنْسَابِ وَالْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْتَقِلُ وَلَا تُغَيَّرُ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ الْوَلَاءُ نَسَبٌ ثَابِتٌ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْحُدُودَ تَدْخُلُ فِي الْقَتْلِ فَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ حَدٌّ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ زِنًى أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ فِي قِصَاصٍ فَإِنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ، وَلَا يُؤْخَذُ بِالْحَدِّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَمَّا حَدُّ الْفِرْيَةِ فَيُؤْخَذُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ فَلَا تَسْقُطُ بِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلِمَا يَلْحَقُ الْمَقْذُوفُ مِنْ الْعَارِ وَالتَّغْيِيرِ بِتَحْقِيقِ مَا قِيلَ لَهُ حِينَ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ، وَأَمَّا الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ فَسَقَطَ أَيْضًا مَعَ الْقَتْلِ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى إتْلَافِ ذَلِكَ الْعُضْوِ الَّذِي اسْتَحَقَّ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ إتْلَافَهُ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ عَنْهُ التَّعْذِيبُ بِقَطْعِ الْعُضْوِ قَبْلَ قَتْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ هَذَا التَّمْثِيلَ، وَلَوْ قَصَدَ التَّمْثِيلَ وَالتَّعْذِيبَ لَأُخِذَ بِمِثْلِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ وُجُودَ الْقَتِيلِ فِي مَحَلَّةِ قَوْمٍ أَوْ عِنْدَ دَارِهِمْ لَا يُوجِبُ لَطْخًا، وَلَا يُعَلِّقُ بِهِمْ تُهْمَةً قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ فَلَا يُوجِبُ ذَلِكَ قَوَدًا وَلَا دِيَةً قَالَ مَالِكٌ وَدَمُهُ هَدَرٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا احْتَجَّ بِهِ مَالِكٌ مِنْ أَنَّ الْقَاتِلَ قَدْ يُبْعِدُهُ مِنْ مَحَلَّتِهِ وَيُلْقِيهِ فِي مَحَلَّةِ غَيْرِهِ، وَعِنْدَ دَارِ مَنْ يُرِيدُ إذَايَتَهُ، وَرُبَّمَا أَلْقَاهُ الْقَاتِلُ عِنْدَ دَارِ أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ، وَفِي مَحَلَّتِهِمْ فَتَجْتَمِعُ الْجِنَايَةُ عَلَيْهِمْ وَأَخْذُ الْقَوَدِ أَوْ الدِّيَةِ مِنْهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ وُجِدَ فِي مَحَلَّةِ أَعْدَائِهِ فَيَدَّعِي وُلَاتُهُ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ قَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا شَيْءَ عَلَى مَنْ وُجِدَ فِي مَحَلَّتِهِ إلَّا أَنْ يُسْتَبْرَأُ قَدْرَ مَا تَكُونُ الظِّنَّةُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْبَحْثَ عَمَّا يُوجِبُ عَلَيْهِمْ ظِنَّةً أَوْ يُقَوِّي تُهْمَةً، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي رَجُلٍ نَزَلَ عِنْدَ امْرَأَةٍ فَوُجِدَ عِنْدهَا مَيِّتًا فَاتَّهَمَهَا وَلِيُّهُ فَقَالَ لَا يَقْدِرُ أَنْ يُثْبِتَ وَجْهَ التُّهْمَةِ إلَّا أَنْ يَكْشِفَ أَمْرَهَا فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُتَّهَمَةٍ لَمْ تُحْبَسْ، وَيُخْلَى سَبِيلُهَا، وَمَنْ مَاتَ مِنْ زِحَامٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ وُجِدَ مَيِّتًا حِينَ يَفِيضُ النَّاسُ مِنْ عُمْرَةٍ أَوْ مَاتَ فِي مِنًى مِنْ زِحَامِ النَّاسِ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا شَيْءَ فِيهِ مِنْ دِيَةٍ وَلَا غَيْرِهَا، وَلَا قَسَامَةَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا تَتَعَلَّقُ التُّهْمَةُ بِمُعَيَّنٍ وَلَا مُعَيَّنِينَ، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ عَنْ قَتِيلٍ وُجِدَ فِي أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَدْرُونَ مَنْ قَتَلَهُ فَبَطَلَ دَمُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ قُتِلَ بَيْنَ الْفِئَتَيْنِ فِي الثَّائِرَةِ تَكُونُ بَيْنَهُمْ فَإِنَّ كُلَّ فِرْقَةٍ تَضْمَنُ مَنْ أُصِيبَ مِنْ الْفِرْقَةِ الْأُخْرَى، وَذَلِكَ أَنَّهُ إذَا لَمْ يُعْلَمْ مَنْ قَتَلَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ قَتِيلَ كُلِّ فِرْقَةٍ إنَّمَا قَتَلَتْهُ الْفِرْقَةُ الْأُخْرَى، وَلَا قِصَاصَ فِيهِ لِتَعَذُّرِ مَعْرِفَةِ قَاتِلِهِ وَعَدَمِ اتِّفَاقِ الطَّائِفَةِ الْأُخْرَى عَلَى قَتْلِهِ فَلَمْ يَبْقَ إلَّا الدِّيَةُ، وَلَا يُحْتَاجُ

(114/7)

مَا جَاءَ فِي الْغِيلَةِ وَالسِّحْرِ (ص) : (وَحَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفَرًا خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غِيلَةٍ، وَقَالَ عُمَرُ لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتهمْ جَمِيعًا)

[المنتقى]

فِي ذَلِكَ إلَى قَسَامَةٍ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَتَعَيَّنُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ طَائِفَتِهِ فَقَالَ أَنَا قَتَلْته فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ وُلَاةَ الْقَتِيلِ مُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يَقْتُلُوهُ أَوْ يَتْرُكُوهُ أَوْ يُلْزِمُوا الدِّيَةَ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ شَاءُوا قَتَلُوهُ، وَإِنْ شَاءُوا تَرَكُوهُ وَأَلْزَمُوهُ الدِّيَةَ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ بِإِقْرَارِهِ بِطَرْحِ الدِّيَةِ الَّتِي وَجَبَتْ عَلَيْهِ، وَعَلَى طَائِفَتِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ قَوْلُهُ إنْ شَاءُوا أَلْزَمُوهُ الدِّيَةَ غَلَطٌ لِقَوْلِهِ فِي احْتِجَاجِهِ الدِّيَةُ الَّتِي وَجَبَتْ عَلَيْهِ وَعَلَى طَائِفَتِهِ قَالَ وَأُرَاهُ مِنْ غَلَطِ النَّاقِلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ عَلِمَ مَنْ أَصَابَهُ وَشَهِدَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَفِيهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ، وَإِنَّمَا كَانَ شَاهِدًا، وَقَوْلُ الْمَقْتُولِ دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ أَوْ عِنْدَ جَمَاعَةٍ سَمَّاهُمْ فَقَدْ رَوَى سَحْنُونٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا قَسَامَةَ فِيهِ قَالَ إلَّا أَنْ يَشْهَدَ لِجُرْحِهِ رَجُلَانِ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ أَيَّامٍ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَمُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِيهِ الْقَسَامَةُ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ لَمْ يَرْدُدْ دَعْوَاهُ الْآخِرَةَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَقَدْ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَعْدَ أَنْ قَالَ لَا قَسَامَةَ فِيمَنْ قُتِلَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ بِدَعْوَى الْمَيِّت، وَلَا بِشَاهِدٍ، وَقَوْلُهُ هَذَا خَطَأٌ.

(فَصْلٌ) :

وَإِنْ كَانَ الْقَتِيلُ مِنْ غَيْرِ الطَّائِفَتَيْنِ فَعَقْلُهُ عَلَيْهِمَا عَلَى مَا قَالَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ إذَا لَمْ يُعْرَفْ مِنْ أَيِّ الْفَرِيقَيْنِ هُوَ، وَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمُ الْفَرِيقَيْنِ فَكَانَ كَالْأَجْنَبِيِّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّ عَقْلَهُ عَلَى الْقَوْمِ الَّذِينَ نَازَعُوهُ، وَقَوْلُهُ فِي عَقْلِ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ يُرِيدُ فِي أَمْوَالِهِمْ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ فَجَعَلَ لِذَلِكَ حُكْمَ الْعَمْدِ لَمَّا كَانَ عَمَلُهُمْ وَمُضَارَبَتُهُمْ بِقَصْدٍ، وَلَمْ يَجْعَلْ فِيهِ الْقَوَدَ لَمَّا لَمْ يَتَعَيَّنْ الْقَاتِلُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ إحْدَى الطَّائِفَتَيْنِ مَشَتْ إلَى الْأُخْرَى بِالسِّلَاحِ إلَى مَنَازِلِهِمْ فَقَاتَلُوهُمْ فَقُتِلَ بَيْنَهُمْ قَتِيلٌ فَإِنَّ كُلَّ فِرْقَةٍ تَضْمَنُ مَا أَصَابَتْ مِنْ الْأُخْرَى قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَالْمَجْمُوعَةِ قَالَ، وَلَا يُطَلُّ دَمُ الزَّاحِفَةِ؛ لِأَنَّ الْمَزْحُوفَ إلَيْهِمْ لَوْ شَاءُوا لَمْ يَقْتُلُوهُ، وَاسْتَأْذَنُوا السُّلْطَانَ قَالَ غَيْرُهُ فِي غَيْرِ الْمَجْمُوعَةِ، وَذَلِكَ إذَا أَمْكَنَ السُّلْطَانَ أَنْ يَحْجِزَ بَيْنَهُمْ فَإِنْ عَاجَلُوهُمْ نَاشَدُوهُمْ اللَّهَ فَإِنْ أَبَوْا فَالسَّيْفُ، وَنَحْوُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا أُصِيبَ بِهِ بَعْضُهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ فَعَقْلُهُ عَلَى الطَّائِفَةِ الْمُنَازِعَةِ لَهَا قَالَهُ مَالِكٌ، وَلَوْ كَانَ الْجُرْحُ مِنْ غَيْرِهَا لَكَانَ عَقْلُ الْجُرْحِ عَلَيْهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَتْ جِرَاحُهُمْ لِنَائِرَةٍ وَتَعَصُّبٍ فَإِنْ كَانَتْ لِتَأْوِيلٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَيْسَ بَيْنَ أَهْلِ الْفِتَنِ قَوَدٌ فِي بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ عَلَى التَّأْوِيلِ، وَلَا تَبَاعَةَ فِي مَالٍ إلَّا فِيمَا كَانَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَفُتْ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَيْسَ عَلَى الْقَاتِلِ قَتْلٌ وَلَا دِيَةٌ، وَإِنْ عُرِفَ بِخِلَافِ غَيْرِهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُعْرَفُ أَنَّ حَرْبَهُمْ لِنَائِرَةٍ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِذَلِكَ أَوْ بِإِقْرَارِ الطَّائِفَتَيْنِ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي الْفِئَتَيْنِ تَأْتِي كُلُّ طَائِفَةٍ تَدَّعِي عَلَى الْأُخْرَى جِرَاحَاتٍ، وَتُنْكِرُ دَعْوَى الْأُخْرَى، وَأَقَرَّتَا بِأَصْلِ النَّائِرَةِ أَنَّ كُلَّ طَائِفَةٍ ضَامِنَةٍ لِجِرَاحِ الْأُخْرَى فَإِنْ لَمْ يَتَقَارَرَا بِالنَّائِرَةِ، وَقَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَيْهِمَا حَلَفَتْ كُلُّ طَائِفَةٍ عَلَى مَا ادَّعَتْ عَلَيْهِ وَاسْتَقَادَتْ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ الْجِرَاحِ تَحَالَفُوا عَلَى أَنَّ الْجِرَاحَاتِ كَانَتْ مِنْ الْفِئَةِ الْأُخْرَى، وَيَضْمَنُ بَعْضُهُمْ جِرَاحَاتِ بَعْضٍ فَإِنْ لَمْ تَأْتِ بِبَيِّنَةٍ بِأَصْلِ النَّائِرَةِ، وَلَا تَقَارَرَا لَمْ يُقَدْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ بِالدَّعْوَى.

[مَا جَاءَ فِي الْغِيلَةِ وَالسِّحْرِ وَفِيهِ بَابَانِ]

[الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُمَرَ قَتَلَ جَمَاعَةً بِرَجُلٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غِيلَةٍ فِيهِ بَابَانِ أَحَدُهُمَا فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ وَالثَّانِي فِي مَعْنَى الْغِيلَةِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَعْدِ بْنِ زُرَارَةَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ حَفْصَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَتَلَتْ جَارِيَةً لَهَا سَحَرَتْهَا، وَقَدْ كَانَتْ دَبَّرَتْهَا فَأَمَرَتْ بِهَا فَقُتِلَتْ قَالَ مَالِكٌ السَّاحِرُ الَّذِي يَعْمَلُ السِّحْرَ، وَلَمْ يَعْمَلْ ذَلِكَ لَهُ غَيْرُهُ هُوَ مِثْلُ الَّذِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ {وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلاقٍ} [البقرة: 102] فَأَرَى أَنْ يُقْتَلَ ذَلِكَ إذَا عَمِلَ ذَلِكَ هُوَ نَفْسُهُ)

[المنتقى]

(الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ) فَأَمَّا قَتْلُ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ يَجْتَمِعُونَ فِي قَتْلِهِ فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ بِهِ، وَعَلَيْهِ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ، وَبِهِ قَالَ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ، وَغَيْرُهُمْ، وَعَلَيْهِ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ إلَّا مَا يُرْوَى عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا يَقُولُهُ خَبَرُ عُمَرَ هَذَا، وَصَارَتْ قَضِيَّتُهُ بِذَلِكَ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مُخَالِفٌ فَثَبَتَ أَنَّهُ إجْمَاعٌ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا حَدٌّ وَجَبَ لِلْوَاحِدِ عَلَى الْوَاحِدِ فَوَجَبَ لِلْوَاحِدِ عَلَى الْجَمَاعَةِ كَحَدِّ الْقَذْفِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ يُقْتَلُ الرَّجُلَانِ وَأَكْثَرُ بِالرَّجُلِ الْحُرِّ، وَالنِّسَاءُ بِالْمَرْأَةِ وَالْإِمَاءُ وَالْعَبِيدُ كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَإِنْ اجْتَمَعَ نَفَرٌ عَلَى قَتْلِ امْرَأَةٍ أَوْ صَبِيٍّ قُتِلُوا بِهِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا اجْتَمَعَ النَّفَرُ عَلَى ضَرْبِهِ يَضْرِبُونَهُ حَتَّى يَمُوتَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُقْتَلُونَ بِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي النَّفَرِ يَجْتَمِعُونَ عَلَى ضَرْبِ رَجُلٍ، ثُمَّ يَنْكَشِفُونَ عَنْهُ، وَقَدْ مَاتَ فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ بِهِ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ، وَعَلِيُّ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ إنْ ضَرَبَهُ هَذَا بِسِلَاحٍ، وَهَذَا بِعَصًا، وَتَمَادَوْا عَلَيْهِ حَتَّى مَاتَ قُتِلُوا بِهِ إلَّا أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ ضَرْبَ بَعْضِهِمْ قَتَلَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا اشْتَرَكَ فِي قَتْلِ عَبْدِهِمْ حُرٌّ وَعَبْدٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَالْمَجْمُوعَةِ عَنْ مَالِكٍ يُقْتَلُ الْعَبْدُ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَتِهِ، وَإِذَا قَتَلَهُ صَغِيرٌ وَكَبِيرٌ قُتِلَ الْكَبِيرُ وَعَلَى عَاقِلَةِ الصَّغِيرِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ اخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُهُ فَمَرَّةً قَالَ هَذَا، وَمَرَّةً قَالَ إنْ كَانَتْ ضَرْبَةُ الصَّغِيرِ عَمْدًا قُتِلَ الْكَبِيرُ، وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً لَمْ يُقْتَلْ، وَعَلَيْهِمَا الدِّيَةُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقْتَلُ الْكَبِيرُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ، وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ قَالَهُ أَشْهَبُ، وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ عَمْدِ الصَّبِيِّ وَخَطَئِهِ فَقَدْ أَخْطَأَ، وَحُجَّتُهُ أَنَّهُ لَا يَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ، وَكَذَلِكَ فِي عَمْدِ الصَّبِيِّ لَا يَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ، وَهُوَ يَرَى عَمْدَهُ كَالْخَطَإِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى الصَّغِيرِ حِصَّتُهُ مِنْ الدِّيَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مَا يَقَعُ مِنْ الدِّيَةِ عَلَى الصَّغِيرِ فِي مَالِهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَلَيْهِ مَا يَقَعُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إذَا كَانَ الْقَتْلُ كُلُّهُ خَطَأً، وَهَذَا ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ،.

وَقَالَ أَشْهَبُ ذَلِكَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ قَلَّ ذَلِكَ، وَأَمَّا إذَا اشْتَرَكَ الْعَامِدُ وَالْمُخْطِئُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُقْتَلُ الْعَامِدُ إذَا شَارَكَهُ الْمُخْطِئُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَوْ أَنَّ قَوْمًا فِي قِتَالِ الْعَدُوِّ ضَرَبُوا مُسْلِمًا فَقَتَلُوهُ مِنْهُمْ مَنْ ظَنَّهُ مِنْ الْعَدُوِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ تَعَمَّدَهُ لِعَدَاوَةٍ، وَقُتِلَ بِهِ الْمُتَعَمِّدُ، وَعَلَى الْآخَرِينَ مَا يُصِيبُهُمْ مِنْ الدِّيَةِ.

[الْبَابُ الثَّانِي فِي قَتْلِ الْغِيلَةِ] 1

(الْبَابُ الثَّانِي فِي قَتْلِ الْغِيلَةِ) أَصْحَابُنَا يُورِدُوهُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَتْلُ عَلَى وَجْهِ التَّحَيُّلِ وَالْخَدِيعَةِ، وَالثَّانِي عَلَى وَجْهِ الْقَصْدِ الَّذِي لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْخَطَأُ فَأَمَّا الْأَوَّلُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَتْلُ الْغِيلَةِ مِنْ الْمُحَارَبَةِ إلَّا أَنْ يَغْتَالَ رَجُلًا أَوْ صَبِيًّا فَيَخْدَعَهُ حَتَّى يُدْخِلَهُ مَوْضِعًا فَيَأْخُذَ مَا مَعَهُ فَهُوَ كَالْمُحَارَبَةِ فَهَذَا بَيِّنٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَعْدِ بْنِ زُرَارَةَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ حَفْصَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَتَلَتْ جَارِيَةً لَهَا سَحَرَتْهَا، وَقَدْ كَانَتْ دَبَّرَتْهَا فَأَمَرَتْ بِهَا فَقُتِلَتْ قَالَ مَالِكٌ السَّاحِرُ الَّذِي يَعْمَلُ السِّحْرَ، وَلَمْ يَعْمَلْ ذَلِكَ لَهُ غَيْرُهُ هُوَ مِثْلُ الَّذِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ {وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلاقٍ} [البقرة: 102] فَأَرَى أَنْ يُقْتَلَ ذَلِكَ إذَا عَمِلَ ذَلِكَ هُوَ نَفْسُهُ) .

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ حَفْصَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَتَلَتْ جَارِيَةً لَهَا سَحَرَتْهَا ظَاهِرُهُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنَّهَا اخْتَصَّتْ بِقَتْلِهَا إمَّا بِأَنْ تَكُونَ بَاشَرَتْ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَتْ بِهِ مَنْ أَطَاعَهَا، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ وَقَدْ أَمَرَتْ حَفْصَةُ فِي جَارِيَةٍ لَهَا سَحَرَتْهَا أَنْ تُقْتَلَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّهَا رَفَعَتْ أَمْرَهَا إلَى مَنْ لَهُ النَّظَرُ فِي ذَلِكَ مِنْ أَمِيرٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَأَثْبَتَتْ عِنْدَهُ مَا أَوْجَبَ ذَلِكَ فَنُسِبَ الْقَتْلُ إلَيْهَا لَمَّا كَانَتْ سَبَبَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَنْ ثَبَتَ عِنْدَهُ مِنْ الْأُمَرَاءِ

(116/7)

. . . .

[المنتقى]

بَعْدَ أَنْ حَكَمَ بِالْقَتْلِ، وَمُبَاشَرَتِهِ إلَيْهَا فَبَاشَرَتْهُ أَوْ أَمَرَتْ بِهِ مَنْ نَابَ عَنْهَا هَذَا مَا يَحْتَمِلُهُ اللَّفْظُ عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ أَنَّهَا أُفْرِدَتْ بِذَلِكَ دُونَ أَمِيرٍ وَلَا حُكْمِ حَاكِمٍ بِهِ.

وَقَدْ رَوَى نَافِعٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ جَارِيَةً لِحَفْصَةَ سَحَرَتْ حَفْصَةَ فَوَجَدُوا سِحْرَهَا فَاعْتَرَفَتْ عَلَى نَفْسِهَا فَأَمَرَتْ حَفْصَةُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَتَلَهَا فَبَلَغَ ذَلِكَ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَأَنْكَرَهُ فَأَتَاهُ ابْنُ عُمَرَ فَقَالَ إنَّهَا سَحَرَتْهَا وَوَجَدُوا مَعَهَا سِحْرَهَا فَاعْتَرَفَتْ عَلَى نَفْسِهَا فَكَانَ عُثْمَانُ أَنْكَرَ عَلَيْهَا مَا فَعَلَتْ دُونَ السُّلْطَانِ فَالسَّاحِرُ وَإِنْ كَانَ يَجِبُ قَتْلُهُ فَإِنَّهُ لَا يَلِي ذَلِكَ إلَّا السُّلْطَانُ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ

الْعَبْدِ أَوْ الْمُكَاتَبِ يَسْحَرُ سَيِّدَهُ يُقْتَلُ، وَيَلِي ذَلِكَ السُّلْطَانُ قَالَ أَصْبَغُ وَلَيسَ لِسَيِّدِهِ وَلَا لِغَيْرِهِ قَتْلُهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَتْلٌ بِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى يَجِبُ عَلَى مَنْ يُظْهِرُ الْإِسْلَامَ فَلَا يَلِي ذَلِكَ إلَّا الْإِمَامُ أَوْ حُكْمُهُ كَقَتْلِ الزِّنْدِيقِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُقْتَلُ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّ مَا يَفْعَلَهُ مِنْ السِّحْرِ الَّذِي وَصَفَهُ اللَّهُ بِأَنَّهُ كُفْرٌ قَالَ أَصْبَغُ يَكْشِفُ ذَلِكَ مَنْ يَعْرِفُ حَقِيقَتَهُ يُرِيدُ، وَيُثْبِتُ ذَلِكَ عِنْدَ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ مَعْنًى يَجِبُ بِهِ الْقَتْلُ فَلَا يُحْكَمُ بِهِ إلَّا بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَتَحْقِيقِهِ كَسَائِرِ مَا يَجِبُ لَهُ الْقَتْلُ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الَّذِي يَقْطَعُ أُذُنَ الرَّجُلِ أَوْ يُدْخِلُ السَّكَاكِينَ فِي جَوْفِ نَفْسِهِ إنْ كَانَ هَذَا سِحْرًا قُتِلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ السِّحْرِ فَلَا يُقْتَلُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَمَنْ قَتَلَ السَّاحِرَ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ إنَّ السَّاحِرَ كَافِرٌ بِاَللَّهِ تَعَالَى فَإِذَا سَحَرَ هُوَ فِي نَفْسِهِ يُرِيدُ أَنَّهُ بَاشَرَ ذَلِكَ قَالَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ قَالَ وَالسِّحْرُ كُفْرٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلا تَكْفُرْ} [البقرة: 102] ، وَبِهِ قَالَتْ حَفْصَةُ وَابْنُ عُمَرَ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَابْنُ شِهَابٍ وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، وَوَجْهُهُ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى – مِنْ أَنَّهُ كُفْرٌ بِنَصِّ الْقُرْآنِ، وَهُوَ مِنْ الْكُفْرِ الَّذِي لَا يُقَرُّ أَحَدٌ عَلَيْهِ، وَلَا سِيَّمَا إذَا تَقَدَّمَهُ إسْلَامٌ فَالْكَافِرُ بِهِ مُرْتَدٌّ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُوصَفَ السَّاحِرُ بِأَنَّهُ كَافِرٌ بِمَعْنَى أَنَّ فِعْلَهُ هَذَا دَلِيلٌ عَلَى الْكُفْرِ الَّذِي هُوَ الْجَحْدُ لِلْبَارِئِ تَعَالَى، وَكَمَا لَوْ أَخْبَرَنَا نَبِيٌّ صَادِقٌ أَنْ لَا يَدْخُلَ دَارَ كَذَا إلَّا كَافِرٌ، ثُمَّ رَأَيْنَا رَجُلًا دَخَلَهَا لَحَكَمْنَا بِكُفْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دُخُولُهُ الدَّارَ كُفْرًا، وَلَكِنَّا نَسْتَدِلُّ بِهِ عَلَى كُفْرِهِ، وَإِنْ أَخْبَرَ هُوَ عَنْ نَفْسِهِ بِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ عَلِمْنَا كَذِبَهُ؛ لِأَنَّ الصَّادِقَ أَخْبَرَنَا عَنْهُ بِأَنَّهُ كَافِرٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ عَمِلَ السِّحْرَ قُتِلَ فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَقْتُلُ سَاحِرٌ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا قَالَ مَالِكٌ يُقْتَلُ وَلَا يُسْتَتَابُ.

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ هُوَ كَالزِّنْدِيقِ، وَمَنْ كَانَ لِلسِّحْرِ أَوْ لِلزَّنْدَقَةِ مُظْهِرًا اُسْتُتِيبَ فَإِنْ لَمْ يَتُبْ قُتِلَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ السِّحْرُ كُفْرٌ فَمَنْ أَسَرَّهُ، وَظَهَرَ عَلَيْهِ قُتِلَ، وَإِنْ أَظْهَرَهُ فَكَمَنْ أَظْهَرَ كُفْرَهُ، وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُسْتَتَابُ، وَإِنْ تَابَ لَمْ تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَحَمَلَ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ عِلْمَهُ كُفْرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ} [البقرة: 102] إلَى قَوْلِهِ {فَلا تَكْفُرْ} [البقرة: 102] أَيْ بِتَعَلُّمِ السِّحْرِ فَتَقَرَّرَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَا حَكَيَاهُ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ وَابْنِ الْمَوَّازِ مُخَالِفٌ لِقَوْلِ مَالِكٍ أَوْ تَأَوَّلَا عَلَيْهِ غَيْرَ مَا

تَأَوَّلَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ إنْ كَانَ لِسِحْرِهِ مُظْهِرًا فَقُتِلَ حِينَ لَمْ يَتُبْ فَمَالُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَتَرَ بِسِحْرِهِ فَمَالُهُ بَعْدَ الْقَتْلِ لِوَرَثَتِهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا آمُرُهُمْ بِالصَّلَاةِ عَلَيْهِ فَإِنْ فَعَلُوا فَهُمْ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ السَّاحِرُ ذِمِّيًّا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إلَّا أَنْ يُدْخِلَ سِحْرَهُ ضَرَرًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ نَاقِضًا لِلْعَهْدِ فَيُقْتَلُ نَقْضًا لِلْعَهْدِ، وَلَا تُقْبَلُ مِنْهُ تَوْبَةٌ غَيْرُ الْإِسْلَامِ، وَأَمَّا إنْ سَحَرَ أَهْلَ مِلَّتِهِ فَلْيُؤَدَّبْ إلَّا أَنْ يَقْتُلَ أَحَدًا فَيُقْتَلَ بِهِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي السَّاحِرِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ يُقْتَلُ إلَّا أَنْ يُسْلِمَ فَيُتْرَكَ كَمَنْ سَبَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَظَاهِرُ قَوْلِ سَحْنُونٍ إنَّهُ يُقْتَلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ إلَّا أَنْ يُسْلِمَ بِخِلَافِ قَوْلِ مَالِكٍ لَا يُقْتَلُ إلَّا أَنْ يُؤْذِيَ مُسْلِمًا أَوْ يَقْتُلَ ذِمِّيًّا، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ شِهَابٍ مِنْ أَنَّ لَبِيدَ بْنَ الْأَعْصَمِ الْيَهُودِيَّ سَحَرَ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

(117/7)

مَا يَجِبُ فِي الْعَمْدِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عُمَرَ بْنِ حُسَيْنٍ مَوْلَى عَائِشَةَ بِنْتِ قُدَامَةَ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ أَقَادَ وَلِيَّ رَجُلٍ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَهُ وَلِيُّهُ بِعَصًا قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي أَنَّ الرَّجُلَ إذَا ضَرَبَ الرَّجُلَ بِعَصًا أَوْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ أَوْ ضَرَبَهُ عَمْدًا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ هُوَ الْعَمْدُ وَفِيهِ الْقِصَاصُ قَالَ مَالِكٌ: فَقَتْلُ الْعَمْدِ عِنْدَنَا أَنْ يَعْمِدَ الرَّجُلُ إلَى الرَّجُلِ فَيَضْرِبَهُ حَتَّى تَفِيضَ نَفْسُهُ، وَمِنْ الْعَمْدِ أَيْضًا أَنْ يَضْرِبَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي النَّائِرَةِ تَكُونُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَنْصَرِفَ عَنْهُ وَهُوَ حَيٌّ فَيُنَزَّى فِي ضَرْبِهِ فَيَمُوتَ فَتَكُونَ فِي ذَلِكَ الْقَسَامَةُ)

[المنتقى]

فَلَمْ يَقْتُلْهُ، وَلِأَنَّ الْيَهُودِيَّ كَافِرٌ فَإِنْ كَانَ السِّحْرُ دَلِيلًا عَلَى الْكُفْرِ فَإِنَّمَا يَدُلُّ مِنْ كُفْرِ الْيَهُودِيِّ عَلَى مَا هُوَ مَعْلُومٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّهُ نَاقِضٌ لِلْعَهْدِ، وَمُنْتَقِلٌ إلَى كُفْرٍ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ، وَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْيَهُودِيِّ يَتَنَبَّأُ أَنَّهُ إنْ كَانَ مُعْلِنًا بِهِ اُسْتُتِيبَ إلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ تَابَ، وَإِلَّا قُتِلَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَنْ لَيسَ يُبَاشِرُ عَمَلَ السِّحْرِ، وَلَكِنَّهُ ذَهَبَ إلَى مَنْ يَعْمَلُهُ لَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يُؤَدَّبُ أَدَبًا شَدِيدًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَكْفُرْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْعَمَلُ فَلِذَلِكَ لَا يُقْتَلُ، وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْعُقُوبَةَ الشَّدِيدَةَ؛ لِأَنَّهُ آثَرَ الْكُفْرَ، وَرَغِبَ إلَى مَنْ يَأْتِيهِ، وَيَفْعَلُ مَا يَقْتَضِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ إنَّ لِلسِّحْرِ حَقِيقَةً، وَقَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مَعُونَتِهِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ} [البقرة: 102] فَجَعَلَهُمْ كُفَّارًا بِتَعْلِيمِهِ فَثَبَتَ أَنَّ لَهُ حَقِيقَةً، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ مَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ «سُحِرَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَتَّى كَانَ يُخَيَّلُ إلَيْهِ أَنَّهُ يَفْعَلُ الشَّيْءَ وَمَا يَفْعَلُهُ، وَأَنَّ لَبِيدَ بْنَ الْأَعْصَمِ سَحَرَهُ فِي مُشْطٍ وَمُشَاقَةٍ فِي جُفِّ طَلْعَةِ نَخْلَةٍ ذَكَرٍ، وَجَعَلَهُ تَحْتَ رَاعُوفَةٍ فِي بِئْرِ ذَرْوَانَ، وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اسْتَخْرَجَهُ، وَعَافَاهُ اللَّهُ» .

[مَا يَجِبُ فِي الْعَمْدِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ أَقَادَ فِي الْقَاتِلِ بِعَصًا أَنْ يُقْتَلَ بِعَصًا، وَقَالَ مَالِكٌ: إنَّ الْأَمْرَ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَهُمْ أَنَّ مَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَصًا أَوْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ فِيهِ الْقِصَاصَ، وَفِي هَذَا مَسْأَلَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ بِعَصًا أَوْ حَجَرٍ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ بِمِثْلِهَا، فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فَإِنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّ مَنْ قَتَلَ حِرَابًا آلَةٍ يُقْتَلُ بِمِثْلِهَا، أَوْ قَصَدَ الْقَتْلَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَوَدُ سَوَاءً شَدَخَهُ بِحَجَرٍ أَوْ عَصًا أَوْ غَرَّقَهُ فِي الْمَاءِ أَوْ أَحْرَقَهُ بِالنَّارِ أَوْ خَنَقَهُ أَوْ دَفَعَهُ أَوْ طَيَّنَ عَلَيْهِ بِبِنَاءٍ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا قَوَدَ عَلَيْهِ إذَا قَتَلَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ إلَّا بِالنَّارِ وَالْمَحْدُودِ مِنْ الْحَدِيدِ أَوْ غَيْرِهِ مِثْلُ اللِّيطَةِ أَوْ الْخَشَبَةِ الْمُحَدَّدَةِ أَوْ الْحَجَرِ الْمُحَدَّدِ، وَعَنْهُ فِي مُثَقَّلِ الْحَدِيدِ رِوَايَتَانِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَالنَّخَعِيُّ وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ، وَدَلِيلُنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنْ الْأَنْصَارِ بِسَبَبِ أَوْضَاحٍ لَهَا فَأُتِيَ بِهَا إلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ لَهَا مَنْ بِك أَفُلَانٌ فَأَشَارَتْ أَنْ لَا فَقَالَ أَفُلَانٌ يَعْنِي الْيَهُودِيَّ، فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ نَعَمْ فَأَتَى بِهِ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَقَرَّ فَأَمَرَ بِهِ فَرَضَخَ رَأْسَهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ» ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا قَتَلَ ظُلْمًا مَنْ يُكَافِئُهُ بِمَا الْغَالِبُ أَنَّ حَتْفَهُ فِيهِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَصْلُهُ إذَا قَتَلَهُ بِمُحَدَّدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ كُلَّ مَا تَعَمَّدَ بِهِ الرَّجُلُ مِنْ ضَرْبَةٍ أَوْ وَكْزَةٍ أَوْ لَطْمَةٍ أَوْ رَمْيَةٍ بِبُنْدُقَةٍ أَوْ بِحَجَرٍ أَوْ قَضِيبٍ أَوْ بِعَصًا أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنَّ هَذَا كُلَّهُ عَمْدٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَهْلُ الْحِجَازِ فِي ذَلِكَ فَقَدْ يَقْصِدُ إلَى الْقَتْلِ بِغَيْرِ الْحَدِيدِ، وَيَكُونُ أَوْحَى مِنْهُ فَإِنْ قَالَ لَمْ أُرِدْ الضَّرْبَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَلَوْ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَمُوتَ مَا أَزَلْنَا عَنْهُ الْقَوَدَ لِتَعَمُّدِ الضَّرْبِ، وَقَدْ احْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ الْمَوَّازِ بِأَنَّهُ لَوْ رَمَاهُ يُرِيدُ جَسَدَهُ فَفَقَأَ عَيْنَهُ لَأُقِيدَ مِنْهُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

(118/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الْعَمْدِ الرِّجَالُ الْأَحْرَارُ بِالرَّجُلِ الْحُرِّ الْوَاحِدِ، وَالنِّسَاءُ بِالْمَرْأَةِ كَذَلِكَ وَالْعَبِيدُ بِالْعَبْدِ كَذَلِكَ) .

[المنتقى]

وَمَنْ طَرَحَ رَجُلًا لَا يُحْسِنُ الْعَوْمَ فِي نَهْرٍ عَلَى وَجْهِ الْعَدَاوَةِ وَالْقَتْلِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقْتَلُ بِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِيمَنْ أَشَارَ عَلَى رَجُلٍ بِالسَّيْفِ فَكَرَّرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ يَفِرُّ مِنْهُ فَطَلَبَهُ حَتَّى مَاتَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ طَلَبَ رَجُلًا بِسَيْفٍ فَعَثَرَ الْمَطْلُوبُ قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَهُ فَمَاتَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ فِي أَنَّ الْقِصَاصَ يَكُونُ بِمِثْلِ مَا قَتَلَ بِهِ وَمَنْ أَلْقَى رَجُلًا فِي النَّارِ فَمَاتَ أُلْقِيَ هُوَ فِي النَّارِ، وَبِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَ قُتِلَ بِمِثْلِهِ، هَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ الْقَوَدُ إلَّا بِالسَّيْفِ خَاصَّةً، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ} [البقرة: 194] وَقَوْله تَعَالَى {فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ} [النحل: 126] ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ السُّنَّةِ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنْ الْأَنْصَارِ بِحَجَرٍ فَاعْتَرَفَ فَأُتِيَ بِهِ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَرَضَخَ رَأْسَهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ» ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ

الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعَيْ الْقِصَاصِ فَجَازَ أَنْ يُسْتَوْفَى بِالسِّكِّينِ كَالْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لِأَصْحَابِنَا فِي فُرُوعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافًا، وَأَصْلُ الْمَذْهَبِ مَا قَدَّمْنَاهُ، فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ قَالَ مَنْ قَتَلَ بِالنَّارِ لَمْ يُقْتَلْ بِهَا وَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ يُقْتَلُ بِهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ قَوْله تَعَالَى {وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ} [النحل: 126] وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذِهِ آلَةٌ يُقْتَلُ بِهَا غَالِبًا، فَجَازَ أَنْ يُقْتَصَّ بِهَا كَالسَّيْفِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا يُعَذِّبُ بِالنَّارِ إلَّا رَبُّ النَّارِ» ، وَاحْتَجَّ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى بِأَنْ قَالَ النَّارُ تَعْذِيبٌ وَوَجْهُهُ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ تَفْوِيتُ رُوحٍ مُبَاحٍ فَلَمْ يَجُزْ تَفْوِيتُهُ بِالنَّارِ كَالذَّكَاةِ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ غَرَّقَهُ فِي الْمَاءِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُغَرَّقُ بِهِ رَوَاهُ عَنْهُ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَقَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ كَتَّفَهُ وَطَرَحَهُ فِي نَهْرٍ فَغَرِقَ صُنِعَ بِهِ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَ أَشْهَبُ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ إذَا كُتِّفَ لَمْ يَغْرَقْ وَحَمَلَهُ الْمَاءُ أُثْقِلَ بِشَيْءٍ يُنْزِلُهُ إلَى الْقَعْرِ حَتَّى يَمُوتَ.

(فَرْعٌ) وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ: مَنْ قَتَلَ بِالرَّمْيِ بِالْحِجَارَةِ لَمْ يُقْتَلْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْتِي عَلَى تَرْتِيبِ الْقَتْلِ وَحَقِيقَتِهِ فَهُوَ مِنْ التَّعْذِيبِ وَالْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَوَجْهُهُ وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ آلَةٌ يُقَاتَلُ بِهَا الْكُفَّارُ فَجَازَ أَنْ يُقْتَصَّ بِهَا كَالسَّيْفِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَتَلَ بِعَصًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ يُقَادُ بِهَا وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ إنْ كَانَ ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً يُجْهِزُ عَلَيْهِ فِيهَا، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ ضَرَبَاتٍ قَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ: يُنْظَرُ مَنْ أَوْلَى فَإِنْ خِيفَ أَنْ لَا يَمُوتَ مِنْ مِثْلِ مَا ضَرَبَ بِهِ فَلْيُقْتَلْ بِالسَّيْفِ، قَالَ فَإِنْ جَارَ ذَلِكَ فَضُرِبَ بِالْعَصَا مَرَّتَيْنِ كَمَا ضَرَبَ فَلَمْ يَمُتْ، فَإِنْ رَأَى أَنَّهُ إنْ زِيدَ عَلَيْهِ مِثْلُ الضَّرْبَةِ وَالِاثْنَيْنِ مَاتَ زِيدَ عَلَيْهِ حَتَّى يَمُوتَ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُضْرَبُ بِالْعَصَا حَتَّى يَمُوتَ وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمَزِنِيَّةِ مَا كَانَ مِنْ قَوَدٍ بِعَصًا أَوْ خَنْقٍ أَوْ حَجَرٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَلِيَّ يَضْرِبُ أَبَدًا بِمِثْلِ مَا قُتِلَ بِهِ وَلِيُّهُ حَتَّى تَفِيضَ نَفْسُ الْقَاتِلِ، وَلَكِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالِاجْتِهَادِ فِي قَتْلِهِ وَلَا يُتْرَكُ وَالتَّطْوِيلَ عَلَيْهِ لِتَعْذِيبِهِ، وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مِثْلَهُ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يُقْتَلُ بِالْعَصَا، وَلَمْ يَذْكُرْ عَدَدًا فَقَوْلُ مَالِكٍ هَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَأَوَّلَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَرِوَايَةُ ابْنِ وَهْبٍ بَيِّنَةٌ فِي خِلَافِ قَوْلِ أَشْهَبَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ الْقَاتِلَ قَطَعَ يَدَيْ رَجُلٍ وَرِجْلَيْهِ، ثُمَّ قَتَلَهُ فَقَدْ قَالَ عِيسَى فِي الْمَزَنِيَّةِ يُقَادُ مِنْهُ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ قَالَ: وَأَمَّا مَالِكٌ فَيَرَى أَنَّ الْقَتْلَ يَجِيءُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ، وَكَانَ يُنْكِرُ أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ ثُمَّ يُقْتَلَ، وَالَّذِي قُلْت هُوَ رَأْيِي حَمْلًا عَلَى التَّظَالُمِ قَالَ أَصْبَغُ: إنْ كَانَ الْقَاتِلُ لَمْ يُرِدْ قَطْعَ يَدِهِ لِلْعَبَثِ أَوْ لِلْأَلَمِ، فَإِنَّهُ يُقْتَلُ فَقَطْ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ ذَلِكَ فُعِلَ بِهِ مِثْلُهُ

(119/7)

الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَتَبَ إلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ يَذْكُرُ أَنَّهُ أُتِيَ بِسَكْرَانَ قَدْ قَتَلَ رَجُلًا، فَكَتَبَ إلَيْهِ مُعَاوِيَةُ أَنْ اُقْتُلْهُ بِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِي تَأْوِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ قَوْله تَعَالَى {الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ} [البقرة: 178] فَهَؤُلَاءِ الذُّكُورُ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى أَنَّ الْقِصَاصَ يَكُونُ بَيْنَ الْإِنَاثِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الذُّكُورِ، وَالْمَرْأَةُ الْحُرَّةُ تُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ كَمَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْأَمَةُ تُقْتَلُ بِالْأَمَةِ كَمَا يُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالْقِصَاصُ يَكُونُ بَيْنَ النِّسَاءِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ، وَالْقِصَاصُ أَيْضًا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ الْعَزِيزِ {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ} [المائدة: 45] فَذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ فَنَفْسُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ

[المنتقى]

وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ تَفْسِيرُهُ أَنَّ الْقَاتِلَ أَخَذَ الْمَقْتُولَ فَقَطَعَ يَدَيْهِ، ثُمَّ رِجْلَيْهِ عَلَى وَجْهِ التَّعْذِيبِ وَالتَّطْوِيلِ عَلَيْهِ، فَهَذَا الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُفْعَلَ بِهِ مِثْلُهُ، فَأَمَّا إنْ أَصَابَهُ بِذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمُقَاتَلَةِ فِي النَّائِرَةِ فَيَضْرِبُهُ يُرِيدُ قَتْلَهُ فَيُصِيبُ يَدَهُ فَمَا يَرَى أَنَّهُ إنَّمَا أَرَادَ بِالضَّرْبِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي الْقَتْلَ دُونَ التَّعْذِيبِ وَالتَّطْوِيلِ فَلَيْسَ فِي هَذَا إلَّا الْقَتْلُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ فَقَأَ رَجُلٌ أَعْيُنًا عَمْدًا أَوْ قَطَعَ أَيْدِيًا وَقَتَلَ، فَإِنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ قَالَهُ عِيسَى فِي الْمُدَوَّنَةِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُقَادُ مِنْهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الْقِصَاصَ بَذْلٌ لِلنَّفْسِ فَدَخَلَتْ الْأَعْضَاءُ فِيهِ تَبَعًا لِلنَّفْسِ كَالدِّيَةِ قَالَ: فَإِنْ عَفَا وَلِيُّ الْقَتِيلِ عَلَى دِيَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَأَهْلُ الْجِرَاحِ عَلَى حُقُوقِهِمْ مِنْ الْقَوَدِ فِي جِرَاحِهِمْ، وَهُوَ عِنْدِي بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَتَلَ رَجُلَيْنِ فَعَفَا وَلِيُّ أَحَدِهِمَا لَكِنْ لِوَلِيِّ الْآخَرِ الْقَتْلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا، ثُمَّ أَصَابَ آخَرَ خَطَأً بِقَتْلٍ أَوْ جَرْحٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ سَوَاءٌ كَانَ الْعَمْدُ قَبْلَ الْخَطَأِ أَوْ الْخَطَأُ قَبْلَ الْعَمْدِ أَنَّ الْخَطَأَ وَاجِبٌ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَيُقْتَلُ بِالْعَمْدِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: وَلَوْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا لَقُتِلَ بِهِ، وَدِيَةُ الْيَدِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْخَطَأَ غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ بِرَقَبَتِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ مَالٌ مُتَعَلِّقٌ بِذِمَمِ الْعَاقِلَةِ، وَالْعَمْدُ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَتَدَاخَلَا لِمَا كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَكَانَ مَحِلُّ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مَحِلِّ الْآخَرِ.

(ش) : قَوْلُهُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الْعَمْدِ الرِّجَالُ الْأَحْرَارُ بِالرَّجُلِ الْحُرِّ الْوَاحِدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ إذَا تَكَافَئُوا فِي الْحُرْمَةِ، وَكَذَلِكَ النِّسَاءُ بِالْمَرْأَةِ وَلَمْ يُرِدْ أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ النِّسَاءُ بِالرَّجُلِ وَلَا الرِّجَالُ بِالْمَرْأَةِ بَلْ حُكْمُ ذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، فَإِنَّ مَنْ قَتَلَ وَاحِدَهُمْ بِوَاحِدٍ قُتِلَ جَمِيعُهُمْ بِهِ، وَلَمَّا كَانَتْ الْمَرْأَةُ تُقْتَلُ بِالرَّجُلِ قُتِلَ النِّسَاءُ بِالرَّجُلِ، وَلَمَّا كَانَ الرَّجُلُ يُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ فَكَذَلِكَ تُقْتَلُ جَمَاعَةُ الرِّجَالِ بِالْمَرْأَةِ، وَحُكْمُ الْعَبِيدِ كَذَلِكَ يُقْتَلُ الْعَبِيدُ بِالْعَبْدِ، وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْحُرِّ وَلَا يُقْتَلُ الْأَحْرَارُ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ]

(ش) : وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ السَّكْرَانَ إذَا قَصَدَ إلَى الْقَتْلِ قُتِلَ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَعَهُ مِنْ الْمَيْزِ مَا يَثْبُتُ بِهِ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَسَائِرُ الْحُقُوقِ، وَلَوْ بَلَغَ حَدَّ الْإِغْمَاءِ الَّذِي لَا يَصِحُّ مَعَهُ قَصْدٌ وَلَا فِعْلٌ لَكَانَتْ جِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ الْمُغْمَى عَلَيْهِ وَالنَّائِمِ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقَادُ مِنْ السَّكْرَانِ بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ يُرِيدُ الْجُنُونَ الْمُطْبِقَ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ ابْنَ سَنَةٍ وَنِصْفٍ وَنَحْوِهَا فَهَذَانِ مَا أَفْسَدَا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ هَدَرٌ، وَلَا يُتَّبَعُ بِهِ أَحَدٌ مِثْلُ أَنْ يُشْعِلَ الْمَجْنُونُ نَارًا فِي بَيْتٍ أَوْ يَهْدِمَ بَيْتًا أَوْ يَكْسِرَ آنِيَةً، أَوْ يَكْسِرَ الصَّبِيُّ لُؤْلُؤَةً أَوْ يُلْقِيَ جَوْهَرًا فِي النَّارِ فَذَلِكَ هَدَرٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

بِنَفْسِ الرَّجُلِ الْحُرِّ وَجُرْحُهَا بِجُرْحِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُمْسِكُ الرَّجُلَ لِلرَّجُلِ فَيَضْرِبُهُ بِهِ فَيَمُوتَ مَكَانَهُ أَنَّهُ إنْ أَمْسَكَهُ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ يُرِيدُ قَتْلَهُ قُتِلَا بِهِ جَمِيعًا، وَإِنْ أَمْسَكَهُ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ إنَّمَا يُرِيدُ الضَّرْبَ بِمَا يَضْرِبُ بِهِ النَّاسُ لَا يَرَى أَنَّهُ عَمَدَ لِقَتْلِهِ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الْقَاتِلُ، وَيُعَاقَبُ الْمُمْسِكُ أَشَدَّ الْعُقُوبَةِ وَيُسْجَنُ سَنَةً؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَهُ فِي تَأْوِيلِ الْآيَةِ قَوْله تَعَالَى {الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ} [البقرة: 178] أَنَّ ذَلِكَ فِي الذُّكُورِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، فَإِنَّ الْآيَةَ تَقْتَضِي الْقِصَاصَ بَيْنَ الْإِنَاثِ كَمَا تَقْتَضِي الْقِصَاصَ بَيْنَ الذُّكُورِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ بَيْنَ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَإِنْ مَنَعَ الْقِصَاصَ لِلْعَبِيدِ مِنْ الْأَحْرَارِ فَإِنَّمَا ثَبَتَ ذَلِكَ بِغَيْرِ هَذِهِ الْآيَةِ، إنَّمَا تَقْتَضِي إثْبَاتَ الْأَحْكَامِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا مِنْ الْقِصَاصِ بَيْنَ الْأَحْرَارِ وَبَيْنَ الْعَبِيدِ وَبَيْنَ الْإِنَاثِ، وَلَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ بَيْنَ الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ وَلَا الْقِصَاصَ بَيْنَ الْإِنَاثِ وَالذُّكُورِ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ دُونَ سَائِرِ أَدِلَّةِ الشَّرْعِ، وَاَلَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ أَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِعَبْدِهِ وَلَا بِعَبْدِ غَيْرِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ أَنَّهُ يُقْتَلُ الْحُرُّ بِعَبْدِهِ، وَتَعَلَّقَ فِي إثْبَاتِ ذَلِكَ مِنْ الْآيَةِ بِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مِنْ جِهَةِ الْحَصْرِ لِمَنْ فَعَلَ الْأَلِفُ وَاللَّامُ مِنْ حُرُوفِ الْحَصْرِ وَالثَّانِي مِنْ جِهَةِ دَلِيلِ الْخِطَابِ وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ كُلَّهُ فِي أَحْكَامِ الْفُصُولِ، وَدَلِيلُنَا عَلَى نَفْيِ الْقِصَاصِ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْقَتْلَ أَحَدُ بَدَلَيْ النَّفْسِ فَلَمْ يَثْبُتُ لِلْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ كَالدِّيَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِعَبْدِ غَيْرِهِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُقْتَلُ بِعَبْدِ غَيْرِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَلَا مُخَالِفَ لَهُمْ، وَمَا رَوَى الْحَاكِمُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ بِخِلَافِ ذَلِكَ فَمُرْسَلٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْقَ ابْنَ مَسْعُودٍ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ كُلَّ مَنْ لَا يُكَافِئُهُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ فَإِنَّهُ يُكَافِئُهُ فِي الْقِصَاصِ كَالْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالْقِصَاصُ يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ يُرِيدُ أَنَّ الرَّجُلَ يُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةَ بِالرَّجُلِ وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ، وَرُوِيَ عَنْ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ لَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ} [المائدة: 45] ثُمَّ قَالَ تَعَالَى {وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ} [المائدة: 44] ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِ الْآيَاتِ {فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ} [المائدة: 48] ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ رَاجِعٌ إلَى جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ مِمَّا ذَكَرَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَنْزَلَهُ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُمَا شَخْصَانِ مُتَكَافِئَانِ فِي حَدِّ الْقَذْفِ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَكَافَآ فِي الْقِصَاصِ كَالرَّجُلَيْنِ وَالْمَرْأَتَيْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: فَنَفْسُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ بِنَفْسِ الرَّجُلِ الْحُرِّ وَجُرْحُهَا بِجُرْحِهِ، يُرِيدُ أَنَّ الْقِصَاصَ يَجْرِي بَيْنَهُمَا فِي الْأَطْرَافِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَجُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ} [المائدة: 45] وَلَمْ يُفَرِّقْ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ مَالِكٌ إنْ أَمْسَكَ الرَّجُلُ لِمَنْ قَتَلَهُ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ يُرِيدُ قَتْلَهُ أَنَّ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْمُمْسِكِ الْقَتْلَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُقْتَلُ الْمُمْسِكُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ أَمْسَكَهُ ظُلْمًا لِمَا يَعْلَمُ أَنَّهُ قَاتِلُهُ فَأَشْبَهَ إذَا أَمْسَكَهُ لِسَبُعٍ حَتَّى أَكَلَهُ أَوْ فِي نَارٍ حَتَّى أَحْرَقَتْهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَوْ حَبَسَهُ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ إنَّمَا يُرِيدُ الضَّرْبَ بِمَا يَضْرِبُ النَّاسُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الضَّرْبَ الْمُعْتَادَ عَلَى وَجْهِ الْأَدَبِ الَّذِي لَا يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُعَاقَبُ الْمُمْسِكُ أَشَدَّ الْعُقُوبَةِ، وَيُسْجَنُ سَنَةً فَلَمْ يَنُصَّ فِي الْكِتَابِ عَلَى مَعْنَى الْعُقُوبَةِ، وَقَدْ رَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ يُحْبَسُ وَيُجْلَدُ بِقَدْرِ مَا يَرَى السُّلْطَانُ مِنْ ذَنْبِهِ، وَمَا يَسْتَرِيبُ مِنْ أَمْرِهِ وَنَاحِيَةِ صَاحِبِهِ الَّذِي حَبَسَهُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ: يُجْلَدُ مِائَةً فَقَطْ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ الْقَوْلُ مَا قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ ضَرَبَ مَنْ لَمْ يَتَّهِمْ بِمَعْنَى لَوْ ثَبَتَ لَوَجَبَ قَتْلُهُ، وَإِنَّمَا هُوَ عُقُوبَةٌ لِإِمْسَاكِهِ ظَالِمًا فَلَمْ يَتَقَدَّرْ بِقَدْرٍ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَلَا يُنْقَصُ مِنْهُ وَإِنَّمَا هُوَ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا أَوْ يَفْقَأُ عَيْنَهُ عَمْدًا فَيُقْتَلُ الْقَاتِلُ أَوْ تُفْقَأُ عَيْنُ الْفَاقِئِ قَبْلَ أَنْ يُقْتَصَّ مِنْهُ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَةٌ وَلَا قِصَاصٌ، وَإِنَّمَا كَانَ حَقُّ الَّذِي قُتِلَ أَوْ فُقِئَتْ عَيْنُهُ فِي الشَّيْءِ الَّذِي ذَهَبَ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا، ثُمَّ يَمُوتُ الْقَاتِلُ فَلَا يَكُونُ لِصَاحِبِ الدَّمِ إِذَا مَاتَ الْقَاتِلُ شَيْءٌ دِيَةً وَلَا غَيْرَهَا، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ} [البقرة: 178] قَالَ مَالِكٌ فَإِنَّمَا يَكُونُ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى صَاحِبِهِ الَّذِي قَتَلَهُ، فَإِذَا هَلَكَ قَاتِلُهُ الَّذِي قَتَلَهُ فَلَيْسَ لَهُ قِصَاصٌ وَلَا دِيَةٌ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ قَوَدٌ فِي شَيْءٍ مِنْ الْجِرَاحِ، وَالْعَبْدُ يُقْتَلُ بِالْحُرِّ إذَا قَتَلَهُ عَمْدًا وَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ وَإِنْ قَتَلَهُ عَمْدًا وَهُوَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْت) .

[المنتقى]

بِحَسْبِ مَا اعْتَقَدَهُ فِي إمْسَاكِهِ، وَانْتَهَى إلَيْهِ ظُلْمُهُ فِيهِ وَوَجْهُ قَوْلِ عِيسَى أَنَّهُ ضَرْبٌ شِبْهُ الْقَتْلِ فَكَانَ السِّجْنُ فِيهِ مُقَدَّرًا، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الضَّرْبُ فِيهِ مُقَدَّرًا كَضَرْبِ الْقَاتِلِ يُعْفَى عَنْهُ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَفِي الْمُزَنِيَّةِ أَنَّهُ يُسْتَدَلُّ عَلَى أَنَّهُ حَبَسَهُ لِلْقَتْلِ بِأَنْ يَرَى الْقَاتِلَ يَطْلُبُهُ وَبِيَدِهِ سَيْفٌ أَوْ رُمْحٌ فَقَتَلَهُ فَهَذَانِ يُقْتَلَانِ جَمِيعًا قَالَ: وَإِنْ كَانَ حَبَسَهُ وَلَمْ يَرَ مَعَهُ سَيْفًا وَلَا رُمْحًا مَشْهُورًا فَأَتَاهُ فَقَتَلَهُ فَلَا قَتْلَ عَلَى الْحَابِسِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَبَبُهُ أَوْ نَاحِيَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ ظَنَنْت أَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ غَيْرَ الْقَتْلِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَقْتُولِ مُتَعَلِّقٌ بِنَفْسِ الْقَاتِلِ فَإِذَا تَلِفَ بِأَمْرِ السَّمَاءِ أَوْ بِقَتْلِ غَيْرِهِ لَهُ فِي قِصَاصٍ أَوْ غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ؛ لِأَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ قَدْ عُدِمَ فَلَا سَبِيلَ إلَى الْقِصَاصِ لِعَدَمِ مَحَلِّهِ وَلَا إلَى الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ إنَّمَا هِيَ عِنْدَ مَنْ يَرَى التَّخْيِيرَ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ لِاسْتِيفَاءِ النَّفْسِ فَإِذَا لَمْ تَكُنْ هُنَاكَ نَفْسٌ تُسْتَبْقَى بِبَذْلِ الدِّيَةِ لَمْ يَكُنْ سَبِيلٌ إلَى الدِّيَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ فَقَأَ عَيْنَ رَجُلٍ أَوْ عَيْنَ جَمَاعَةٍ أَوْ قَطَعَ أَنَامِلَ جَمَاعَةٍ، ثُمَّ قَامَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَاقْتَصَّ مِنْهُ بِقَطْعِ يَمِينِهِ، ثُمَّ قَامَ غَيْرُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ حَقِّهِ قَدْ ذَهَبَ، وَكَذَلِكَ لَوْ ذَهَبَتْ عَيْنُهُ أَوْ يَمِينُهُ بِأَمْرٍ مِنْ السَّمَاءِ قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ قَدْ تَلِفَ فَبَطَلَ حَقُّهُمْ لِعَدَمِهِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ فَقَأَ عَيْنَ رَجُلٍ الْيُمْنَى وَلَيْسَ لِلْجَانِي عَيْنٌ يُمْنَى حِينَ الْجِنَايَةِ أَوْ قَطَعَ يُمْنَى يَدَيْهِ وَلَيْسَ لَهُ يُمْنَى فَلِلْمَجْنِيِّ

عَلَيْهِ دِيَةُ عَيْنَيْهِ أَوْ يَدِهِ قَالَهُ مَالِكٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ حَدَثَتْ وَلَيْسَ لِلْجَانِي مِثْلُ ذَلِكَ الْعُضْوِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَتَعَلَّقَتْ بِمَالِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَجْنِيَ الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَإِنَّهُ لَا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْهُ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَوَجْهُهُ أَنَّ نَقْصَ دِيَةِ الْعَبْدِ عَنْ دِيَةِ الْحُرِّ يَمْنَعُ أَنْ يُقْتَصَّ لَهُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَتُهُ إنْ قَتَلَهُ أَوْ قِيمَةُ مَا جَنَى عَلَيْهِ، وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ عَلَى الْحُرِّ فَفَقَأَ عَيْنَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ بَيْنَهُمَا.
وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا جَرَحَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ، وَكَانَتْ لَهُ الدِّيَةُ عَلَيْهِ، وَقَالَ يَجْتَهِدُ السُّلْطَانُ فِي ذَلِكَ، وَتَحْتَمِلُ هَذِهِ الرِّوَايَةُ الْقَوَدَ وَإِذَا جَرَحَ الْحُرُّ عَبْدًا أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ وَيَحْتَمِلُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ أَنْ يُقَادَ مِنْهُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ نَقْصُ يَدِ الْعَبْدِ عَنْ يَدِ الْحُرِّ فَلَمْ يُقَدِّمْنَهَا كَالْيَدِ الشَّلَّاءِ لَا تُقْطَعُ بِالصَّحِيحَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ كُلَّ شَخْصَيْنِ جَرَى بَيْنَهُمَا الْقِصَاصُ فِي الْأَنْفُسِ فَإِنَّهُ يَجْرِي بَيْنَهُمَا الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ كَالْحُرَّيْنِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَالْعَبْدُ يُقْتَلُ بِالْحُرِّ وَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ عَلَى مَا قَالَهُ؛ لِأَنَّ الْأَدْوَنَ يُقْتَلُ بِالْأَعْلَى وَلَا يُقْتَلُ بِهِ الْأَعْلَى، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ.
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ وَلَا يُقْتَلُ بِعَبْدِهِ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا الشَّخْصَ لَا يُكَافِئُهُ فِي قِصَاصِ الْأَطْرَافِ فَلَمْ يُكَافِئْهُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ كَعَبْدِهِ.

(122/7)

الْعَفْوُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ (ص) : (يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ أَدْرَكَ مَنْ يَرْضَى مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ فِي الرَّجُلِ إذَا أَوْصَى أَنْ يُعْفَى عَنْ قَاتِلِهِ إذَا قُتِلَ عَمْدًا أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَأَنَّهُ أَوْلَى بِدَمِهِ مِنْ غَيْرِهِ مِنْ أَوْلِيَائِهِ بَعْدَهُ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَعْفُو عَنْ قَتْلِ الْعَمْدِ بَعْدَ أَنْ يَسْتَحِقَّهُ وَيَجِبَ لَهُ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْقَاتِلِ عَقْلٌ يَلْزَمُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي عَفَا عَنْهُ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عِنْدَ الْعَفْوِ) .

[المنتقى]

[الْعَفْوُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْمَقْتُولَ عَمْدًا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ عَمَّنْ قَتَلَهُ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَجْرَحَهُ جُرْحًا أَنْفَذَ بِهِ مَقَاتِلَهُ وَتَبْقَى حَيَاتُهُ فَيَعْفُوَ عَنْهُ فَإِنَّ عَفْوَهُ جَائِزٌ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ إلَّا فِي قَتْلِ الْغِيلَةِ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: وَلَا قَوْلَ فِي ذَلِكَ لِوَلَدِهِ وَلَا لِغُرَمَائِهِ، وَإِنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَوْصَى أَنْ تُقْبَلَ الدِّيَةُ مِنْ قَاتِلِهِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ قُتِلَ عَمْدًا فَأَوْصَى أَنْ تُقْبَلَ الدِّيَةُ وَأَوْصَى بِوَصَايَا أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ وَوَصَايَاهُ فِي دِيَتِهِ وَمَالِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَتْلَ قَدْ وُجِدَ مِنْ قِبَلِ الْقَاتِلِ فَكَانَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِ الْقَتِيلِ، فَلَمَّا جَازَ عَفْوُهُ عَلَى الدِّيَةِ صَارَ مَالًا فَتَعَلَّقَتْ بِهِ وَصَايَاهُ، وَلَوْ أَوْصَى بِدِيَتِهِ لِإِنْسَانٍ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَهَا فَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ إلَّا ثُلُثُهَا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَشْهَدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَهُ فَقَدْ وَهَبَ دَمَهُ فَقَتَلَهُ فَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ اخْتَلَفَ فِيهَا أَصْحَابُنَا، وَأَحْسَنُ مَا رَأَيْت أَنْ يُقْتَلَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ عَفَا عَنْ شَيْءٍ قَبْلَ أَنْ يَجِبَ، وَإِنَّمَا وَجَبَ لِأَوْلِيَائِهِ بِخِلَافِ عَفْوِهِ عَنْهُ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ، وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي قَطْعِ يَدِهِ فَفَعَلَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِقَتْلِ عَبْدِهِ فَفَعَلَ فَإِنَّهُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ لِحُرْمَةِ الْقَتْلِ كَمَا يَلْزَمُهُ دِيَةُ الْحُرِّ إذَا قَتَلَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ فَفَقَأَ عَيْنَهُ، وَيَلْزَمُ الْآمِرَ وَالْمَأْمُورَ ضَرْبُ مِائَةٍ وَحَبْسُ سَنَةٍ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْوَلِيَّ إذَا أَطْلَقَ الْعَفْوَ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، ثُمَّ قَالَ إنَّمَا عَفَوْت عَنْ الدِّيَةِ فَقَدْ رَوَى مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ مَا عَفَا فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ طَالَ ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ وَقَوْلُهُ فَذَلِكَ لَهُ يُرِيدُ أَنَّ شَرْطَهُ فِي ذَلِكَ ثَابِتٌ، وَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ شَرَطَهُ فِي عَفْوِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ طَالَ ذَلِكَ أَوْ قَالَ لَمْ أُرِدْهُ حِينَ الْعَفْوِ وَلَوْ شَرَطَ الدِّيَةَ عِنْدَ الْعَفْوِ لَمْ تَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةٌ بِالدِّيَةِ، وَقَدْ لَزِمَهُ مَا أَطْلَقَ مِنْ الْعَفْوِ، وَلَوْ شَرَطَ الدِّيَةَ عِنْدَ الْعَفْوِ وَلَمْ يَلْزَمْهُ الْعَفْوُ إلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي شَرَطَ فَإِنْ رَضِيَ

بِذَلِكَ الْقَاتِلُ ثَبَتَ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا، وَتَقَرَّرَ ثُبُوتُ الدِّيَةِ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى أَدَاءِ الدِّيَةِ أَمْ لَا عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَتْلِ الْعَمْدِ الْقَوَدُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو الزِّنَادِ وَالثَّانِيَةُ يُخَيَّرُ الْوَلِيُّ بَيْنَ الْقَوَدِ وَالدِّيَةِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَشْهَبَ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ وَرَبِيعَةُ وَاخْتَارَهُ ابْنُ وَهْبٍ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ هَذَا مَعْنًى يُوجِبُ الْقَتْلَ فَلَمْ تَجِبْ بِهِ الدِّيَةُ، أَصْلُ ذَلِكَ الزِّنَا وَالرِّدَّةُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ هَذَا وَلِيٌّ ثَبَتَ لَهُ الْقَوَدُ فَجَازَ لَهُ أَخْذُ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْقَاتِلِ أَصْلُ ذَلِكَ إذَا عَفَا بَعْضُ الْوَرَثَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْجِرَاحُ فَإِنْ أَرَادَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَنْ يَعْفُوَ عَنْ الدِّيَةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إلَّا بِاخْتِيَارِ الْجَانِي، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْجَارِحَ يُرِيدُ اسْتِيفَاءَ الْمَالِ لِنَفْسِهِ، وَالْقَاتِلَ لَا يُرِيدُ اسْتِيفَاءَهُ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ إذَا قُتِلَ قِصَاصًا تَرَكَ الْمَالَ لِغَيْرِهِ، قَالَ أَشْهَبُ فَهُوَ مُضَارٌّ بِامْتِنَاعِهِ مِنْ الدِّيَةِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا عَفَا بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ عَنْ الدَّمِ لَمْ يُمْكِنْ الْقِصَاصُ، وَلَزِمَ الْقَاتِلَ مِنْ الدِّيَةِ حِصَّةُ مَنْ لَمْ يَعْفُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ الِامْتِنَاعُ مِنْ ذَلِكَ وَلَا خِلَافَ فِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ لَمْ أَسْمَعْ فِي الْجِرَاحِ أَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ مُخَيَّرٌ إلَّا فِي الصَّحِيحِ يَفْقَأُ عَيْنَ الْأَعْوَرِ أَوْ الْأَعْوَرُ يَفْقَأُ عَيْنَ الصَّحِيحِ، أَوْ الْعَبِيدُ يَجْرَحُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا أَوْ الْكَبِيرُ يَجْرَحُ الصَّغِيرَ فَإِنَّ

(123/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَاتِلِ عَمْدًا إذَا عُفِيَ عَنْهُ أَنَّهُ يُجْلَدُ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَيُسْجَنُ سَنَةً) .

[المنتقى]

أَوْلِيَاءَ الصَّغِيرِ بِالْخِيَارِ فِي الْقِصَاصِ أَوْ الْعَقْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الْقِصَاصِ وَاحِدًا فَعَفَا عَنْ بَعْضِ الدَّمِ فَلَمْ أَرَ فِيهِ نَصًّا، وَإِذَا عَفَا الْمَجْرُوحُ عَنْ نِصْفِ الْجُرُوحِ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ عَنْ سَحْنُونٍ إنْ أَمْكَنَ أَنْ يُقْتَصَّ مِنْ نِصْفِهِ اُقْتُصَّ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ فَالْجَارِحُ مُخَيَّرٌ فِي أَنْ يُجِيزَ ذَلِكَ وَيُؤَدِّيَ نِصْفَ عَقْلِ الْجِرَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ فَيُقَالُ لِلْمَجْرُوحِ إمَّا أَنْ تَقْتَصَّ، وَإِمَّا أَنْ تَعْفُوَ، وَقَالَ أَشْهَبُ يُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَعْقِلَ لَهُ نِصْفَهُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْقَاتِلَ عَمْدًا يُجْلَدُ مِائَةً وَيُسْجَنُ سَنَةً، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعَنْ عَلِيٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَقَدْ كَانَ يَلْزَمُهُ الْعَقْلُ فَلَمَّا لَمْ يُقْتَلْ وَجَبَ تَأْدِيبُهُ وَأُلْحِقَ بِالزَّانِي يُقْتَلُ مَعَ الْإِحْصَانِ فَإِذَا لَمْ يُقْتَلْ لِعَدَمِ الْإِحْصَانِ ضُرِبَ مِائَةً وَحُبِسَ سَنَةً، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ أَنَّهُ لَمَّا عَفَا عَنْهُ مَنْ لَهُ الْعَفْوُ وَبَقِيَتْ لِلَّهِ عُقُوبَةٌ جَعَلْنَاهَا كَعُقُوبَةِ الزِّنَا الْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَحَبْسُ سَنَةٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ سَوَاءٌ وَجَبَ الدَّمُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِقَسَامَةٍ عَلَى وَاحِدٍ فَعَفَا عَنْهُ، وَكَذَلِكَ إنْ تَعَلَّقَتْ الْقَسَامَةُ بِجَمَاعَةٍ فَقُتِلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقَسَامَةِ فَإِنَّ سَائِرَهُمْ يُضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِائَةً، وَيُسْجَنُ سَنَةً.
وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْأَوْلِيَاءَ قَدْ مَلَكُوا قَتْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْقَسَامَةِ فَإِذَا تَرَكُوا قَتْلَهُ بِالْقَسَامَةِ إلَى قَتْلِ غَيْرِهِ كَانَ كَالْعَفْوِ عَنْهُ، وَلَوْ كَانَ الْعَفْوُ قَبْلَ الْقَسَامَةِ وَقَبْلَ أَنْ يُحَقِّقَ الْوَلِيُّ الدَّمَ بِبَيِّنَةٍ كَشَفَ عَنْ ذَلِكَ الْحَاكِمُ فَمَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيْهِ الدَّمُ بِالْقَسَامَةِ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ فَفِيهِ جَلْدُ مِائَةٍ وَسَجْنُ عَامٍ، وَمَا كَانَ لَا يُوجِبُ دَمًا لِقَسَامَةٍ وَلَا غَيْرِهَا فَلَيْسَ فِيهِ ضَرْبٌ وَلَا سَجْنٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَمْلِكُ أَوْلِيَاءُ الدَّمِ إسْقَاطَهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ نَكَلَ وُلَاةُ الدَّمِ عَنْ الْقَسَامَةِ، وَقَدْ وَجَبَتْ لَهُمْ زَادَ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ وَبَرِئُوا، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فَعَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْجَلْدُ وَالسَّجْنُ قَالَ لَمْ يَخْتَلِفْ أَصْحَابُ مَالِكٍ إلَّا ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فَإِنَّهُ قَالَ: إذَا نَكَلُوا فَلَا جَلْدَ وَلَا سَجْنَ وَلْيَحْلِفْ كُلُّ مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْقَتْلَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَسْلَمُ مِنْ الضَّرْبِ وَالسَّجْنِ، وَمَنْ لَمْ يَحْلِفْ حُبِسَ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعُقُوبَةَ قَدْ ثَبَتَتْ بِمَا أَوْجَبَ الْقَسَامَةَ فَالضَّرْبُ وَالسَّجْنُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى قَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ وَالْقَتْلُ حَقٌّ لِلْأَوْلِيَاءِ فَإِنْ أَسْقَطَ الْأَوْلِيَاءُ حَقَّهُمْ بِالنُّكُولِ مِنْ الْقِصَاصِ لَمْ يَمْلِكُوا إسْقَاطَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى كَمَا لَوْ عَفَوْا أَوْ عَفَا السُّلْطَانُ عَنْ الْجَلْدِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْقَتْلَ لَمْ يَثْبُتْ قَبْلَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ عُقُوبَتُهُ وَنُكُولُ الْأَوْلِيَاءِ يُبْطِلُ مَا ادَّعَوْهُ مِنْ الْقَتْلِ فَلَا تَجِبُ فِيهِ عُقُوبَةُ سَجْنٍ وَلَا ضَرْ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَ أَشْهَبُ وَأَرَى فِي اللَّطْخِ ضَرْبَ مِائَةٍ وَحَبْسَ سَنَةٍ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا وَقَعَتْ التُّهْمَةُ عَلَى أَحَدٍ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ مَا يَجِبُ بِهِ قَسَامَةٌ وَلَا قَتْلٌ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجِبُ بِهِ جَلْدٌ وَلَا سَجْنٌ، وَلَكِنْ يُطَالُ سَجْنُهُ السِّنِينَ الْكَثِيرَةَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَمَنْ اعْتَرَفَ بِالْقَتْلِ فَعُفِيَ عَنْهُ فَعَلَيْهِ الْجَلْدُ وَالْحَبْسُ قَالَ أَشْهَبُ كَسَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى وَمَنْ تَابَ مِنْهَا لَمْ تُزِلْ تَوْبَتُهُ مَا عَلَيْهِ مِنْ حَدٍّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مَقْدُورٌ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُحَارِبِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ فَسَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ كَمَا سَقَطَ عَنْ الْحَرْبِيِّ عُقُوبَةُ الْحَرْبِيِّ الْكَافِرِ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ الْمَقْتُولُ مُسْلِمًا حُرًّا أَوْ عَبْدًا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُسْلِمٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ أَنَّهُ سَوَاءٌ كَانَ الْمَقْتُولُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا أَوْ كِتَابِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَوْ مَجُوسِيَّةً قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَوْ عَبْدًا لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ أَوْ لِمُسْلِمٍ أَوْ لِذِمِّيٍّ فَإِنَّهُ يُجْلَدُ وَيُسْجَنُ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ إنَّمَا ذَلِكَ فِي الْمُسْلِمِ عَبْدًا كَانَ أَوْ حُرًّا، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُسْلِمِ فَإِنَّمَا يَجِبُ بِهِ الْأَدَبُ الْمُؤْلِمُ وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَبِيبٍ

(124/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَإِذَا قَتَلَ الرَّجُلُ عَمْدًا أَوْ قَامَتْ عَلَى ذَلِكَ الْبَيِّنَةُ وَلِلْمَقْتُولِ بَنُونَ وَبَنَاتٌ فَعَفَا الْبَنُونَ وَأَبَى الْبَنَاتُ أَنْ يَعْفُونَ فَعَفْوُ الْبَنِينَ جَائِزٌ عَلَى الْبَنَاتِ، وَلَا أَمْرَ لِلْبَنَاتِ مَعَ الْبَنِينَ فِي الْقِيَامِ بِالدَّمِ وَالْعَفْوِ عَنْهُ)

[المنتقى]

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ سَفْكُ دَمٍ مُحَرَّمٍ يُوجَبُ بِهِ الْجَلْدُ وَالسِّجْنُ، أَصْلُ ذَلِكَ قَتْلُ الْمُسْلِمِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمَحْقُونِ الدَّمِ لِإِسْلَامِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَأَصْبَغُ لَوْ قَتَلَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ لَزِمَهُ الْجَلْدُ وَالْحَبْسُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَإِذَا قَتَلَتْ أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا فَعَلَيْهَا الْجَلْدُ وَالْحَبْسُ، وَلَوْ قَتَلَتْ غَيْرَ سَيِّدِهَا جُلِدَتْ وَلَمْ تُحْبَسْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

الْعَبْدُ إذَا قَتَلَ حُرًّا أَوْ حُرَّةً فَلَمْ يُقْتَلْ فَلْيُجْلَدْ وَيُسْجَنْ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَيْسَ عَلَى عَبْدٍ وَلَا عَلَى أَمَةٍ حَبْسٌ وَعَلَيْهِمَا جَلْدُ مِائَةٍ سَوَاءٌ أَسْلَمُوا أَوْ فَدُوا، وَقَالَهُ الْمُغِيرَةُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ تَعَمَّدَ سَفْكَ دَمٍ مَحْقُونٍ بِحَقٍّ فَلَزِمَهُ الْجَلْدُ وَالْحَبْسُ كَالْحُرِّ، وَلِأَنَّ حَقَّ سَيِّدِهِ فِي خِدْمَتِهِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ جَلْدٍ وَسَجْنٍ وَجَبَ لِأَجْلِ الْمَخْلُوقِينَ كَعُقُوبَةِ الْحِرَابَةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ السَّجْنَ إذَا اقْتَرَنَ بِالْجَلْدِ سَقَطَ فِي حَقِّ الْعَبِيدِ كَالتَّغْرِيبِ فِي الزِّنَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَعَلَى الْمَرْأَةِ إذَا قَتَلَتْ حُرًّا أَوْ عَبْدًا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ غَيْرَهُمْ الْجَلْدُ وَالْحَبْسُ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَب وَمَالِكٌ وَأَصْبَغُ فِي الذِّمِّيِّ وَالذِّمِّيَّةِ إذَا قُتِلَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَرْعٌ) فَبِأَيِّهِمَا يَبْدَأُ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ ذَلِكَ وَاسِعٌ يَبْدَأُ بِالْجَلْدِ أَوْ الْحَبْسِ، وَظَاهِرُ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْجَلْدِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ يُؤْتَنَفُ بِهِ حَبْسُ سَنَةٍ مِنْ يَوْمِ جُلِدَ، وَلَا يُحْتَسَبُ بِمَا مَضَى، وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُمَا عُقُوبَتَانِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا تَرْتِيبٌ فَكَانَتْ عَلَى التَّخْيِيرِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي تَأْخِيرِ الْجَلْدِ تَعْرِيضٌ لِإِبْطَالِ الْحَدِّ لِجَوَازِ أَنْ يَمُوتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قُلْنَا يُحْبَسُ سَنَةً فَمَتَى يَكُونُ أَوَّلُ الْعَامِ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَكُونُ مِنْ يَوْمِ الْجَلْدِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يُقَيَّدُ مَا دَامَ اللَّطْخُ الَّذِي سُجِنَ فِيهِ فَإِذَا لَزِمَهُ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ أُزِيلَ عَنْهُ الْحَدُّ بِهِ، وَسُجِنَ سَنَةً فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ السَّنَةَ إنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ فَأَمَّا السَّجْنُ الَّذِي كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ لِاسْتِبْرَاءِ أَمْرِهِ وَالنَّظَرِ فِيهِ، فَلَيْسَ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ فِي شَيْءٍ بَلْ حُكْمُهُ مُخَالِفٌ لِحُكْمِهِ لِمَا يَخْتَصُّ بِهِ مِنْ التَّعْيِيرِ وَغَيْرِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْبَنِينَ إذَا اجْتَمَعُوا فِي وِلَايَةِ دَمِ الْعَمْدِ أَنَّ الْبَنِينَ أَحَقُّ بِالْعَفْوِ وَالْقِصَاصِ مِنْ الْبَنَاتِ، وَمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الْبَنُونَ مِنْ ذَلِكَ إنْ كَانُوا جَمَاعَةً أَوْ قَضَى بِهِ الِابْنُ إنْ كَانَ وَاحِدًا فَهُوَ لَازِمٌ لِلْبَنَاتِ لَيْسَ لَهُنَّ مُخَالَفَتُهُ، وَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ مَالِكًا اخْتَلَفَ فِي النِّسَاءِ هَلْ لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الدَّمِ أَمْ لَا فَقَالَ عَنْهُ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ: إحْدَاهُمَا أَنَّ لَهُنَّ مَدْخَلًا فِيهِ، وَالثَّانِيَةُ لَا مَدْخَلَ لَهُنَّ فِيهِ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى مَا رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ إنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا وَأَخَذُوا الدِّيَةَ» فَعَمَّ؛ وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى اسْتِحْقَاقِ الْمَوَارِيثِ فَوَجَبَ

أَنْ يَثْبُتَ لِجَمِيعِ الْوَرَثَةِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ وِلَايَةَ الدَّمِ مُسْتَحَقَّةٌ بِالنُّصْرَةِ وَلَيْسَ النِّسَاءُ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الْوِلَايَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي ذَلِكَ فَفِي أَيِّ شَيْءٍ لَهُنَّ مَدْخَلٌ رِوَايَتَانِ:

إحْدَاهُمَا: لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الْقَوَدِ دُونَ الْعَفْوِ، وَالثَّانِيَةُ لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الْعَفْوِ دُونَ الْقَوَدِ وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْعَفْوَ إسْقَاطٌ لِلْحَقِّ، وَلَيْسَ لَهُنَّ ذَلِكَ وَإِنَّمَا لَهُنَّ الْمُطَالَبَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ لِلْمَقْتُولِ بَنُونَ ذُكُورًا فَهُمْ أَوْلِيَاءُ الدَّمِ لَهُمْ الْقَوَدُ دُونَ الْعَفْوِ، وَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِمْ قَوَدٌ، وَإِنَّمَا يَكُونُ لَهُمْ حِصَّتُهُمْ مِنْ الدِّيَةِ، وَإِنْ أَبَى الْقَاتِلُ وَكَذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ لِلْقَتِيلِ وَلِيٌّ غَيْرُ إخْوَةٍ ذُكُورٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَهَذَا مِمَّا لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ، وَأَمَّا مَنْ عَدَا الْبَنِينَ وَالْإِخْوَةَ مِنْ سَائِرِ الْعَصَبَاتِ كَالْأَعْمَامِ وَالْمَوَالِي وَغَيْرِهِمْ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، فَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ الدَّمُ بِقَسَامَةٍ فَنَكَلَ بَعْضُ الْعَصَبَةِ

(125/7)

. . . .

[المنتقى]

أُقِيمَ مَكَانَهُ رَجُلٌ مِنْ الْعَشِيرَةِ، وَإِلَّا رُدَّتْ الْأَيْمَانُ عَلَى مَنْ بَقِيَ وَلَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَعْفُوَ غَيْرُ الْوَلَدِ وَالْإِخْوَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَفَا أَحَدُهُمْ بَعْدَ الْقَسَامَةِ وَبَنُو الْإِخْوَةِ كَالْعَصَبَةِ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إنْ عَفَا بَعْضُ بَنِي عَمِّهِ بَعْدَ الْقَسَامَةِ جَازَ ذَلِكَ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ إذَا اسْتَوَوْا فِي الْقَعْدَةِ، وَلِمَنْ لَمْ يَعْفُ نَصِيبُهُ مِنْ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَرِهَ الْقَاتِلُ زَادَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَكَذَلِكَ الْمَوَالِي وَكَذَلِكَ نُكُولُ بَعْضِهِمْ عَنْ الْقَسَامَةِ وَبِهَذَا قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَأَصْبَغُ وَجْهُ رِوَايَةِ أَشْهَبَ أَنَّ لِلْبَنِينَ وَالْإِخْوَةِ مِنْ الِاخْتِصَاصِ بِالدَّمِ وَالْعَفْوِ عَنْهُ مَا لَيْسَ لِغَيْرِهِمْ، وَلِذَلِكَ جَازَ عَفْوُهُمْ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُمْ عَصَبَةٌ لَهُمْ الْقِيَامُ بِالدَّمِ كَالْبَنِينَ وَالْإِخْوَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا اجْتَمَعَ أَبٌ وَبَنُونَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَجْمَعَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ عَلَى أَنَّهُ لَا قَوْلَ لِلْأَبِ مَعَهُمْ فِي عَفْوٍ وَلَا

قَوَدٍ، وَالْأَبُ أَوْلَى مِنْ الْإِخْوَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْأَبُ بَعْدَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ أَوْلَى مِنْ جَمِيعِ مَنْ تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ إخْوَةٍ وَغَيْرِهِمْ لَا اخْتِلَافَ فِيهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَعَفْوُ الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ كَأَخٍ مِنْهُمْ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا قَوْلَ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ وَهُمْ أَوْلَى مِنْهُ بِالْعَفْوِ وَالْقَوَدِ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْعَدُوهُمْ مَعَهُمْ كَأُمٍّ لِأَبٍ قَالَ وَكَذَلِكَ ابْنُ الْأَخِ وَابْنُ ابْنِ الْأَخِ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْجَدَّ أَقْوَى سَبَبًا فِي الْمِيرَاثِ فَكَانَ أَقْوَى سَبَبًا فِي الْعَفْوِ وَالْقَوَدِ كَالِابْنِ، وَلِذَلِكَ جَعَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَدَّ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ ابْنِ الْأَخِ، وَوَجْهُ رِوَايَةِ أَشْهَبَ أَنَّ الْأَخَ وَبَنِيهِ أَقْرَبُ تَعْصِيبًا، وَلِذَلِكَ كَانُوا أَحَقَّ بِالْوَلَاءِ وَالْقِيَامِ بِالدَّمِ طَرِيقَةُ قُوَّةِ التَّعْصِيبِ فَكَانَ الْإِخْوَةُ أَحَقَّ بِهِ، وَيَجْرِي قَوْلُ أَشْهَبَ هَذَا عَلَى الرِّوَايَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فِي أَنْ لَا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِي الدَّمِ وَيَجْرِي قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَى أَنَّ لَهُنَّ مَدْخَلًا فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْإِخْوَةُ الْأَشِقَّاءُ أَوْلَى مِنْ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَيْسَ لِلْأُخْوَةِ لِلْأُمِّ فِي الْعَفْوِ عَنْ الدَّمِ نَصِيبٌ وَلَا لِلزَّوْجِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلْعَصَبَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَشْهَبَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَبْنِيًّا عَلَى أَنْ لَا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِي وِلَايَةِ الدَّمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبَنَاتُ مَعَ الْأَبِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ لَا عَفْوَ لِلْأَبِ إذَا قَامَ الْبَنَاتُ بِالدَّمِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ اُخْتُلِفَ فِيهِ فَأَشْهَبُ يَرَاهُ أَوْلَى بِالْعَفْوِ فِي الْقَتْلِ، وَلَمْ يُجِزْ ابْنُ الْقَاسِمِ عَفْوَهُ دُونَهُنَّ وَلَا عَفْوَهُنَّ دُونَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَشْهَبَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَبْنِيًّا عَلَى أَنْ لَا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِي وِلَايَةِ الدَّمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْبَنَاتُ مَعَ الْعَصَبَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ إنَّ الْبَنَاتِ مَعَ الْجَدِّ لَا يَجُوزُ عَفْوُهُ دُونَهُنَّ وَلَا عَفْوُهُنَّ دُونَهُ، وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبَنَاتِ مَعَ الْعَصَبَةِ أَوْ مَعَ الْمَوَالِي ثَبَتَ بِقَسَامَةٍ أَوْ بِغَيْرِ قَسَامَةٍ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ وَأَشْهَبَ وَأَصْبَغَ أَنَّ ذَلِكَ لِلْبَنَاتِ وَلِلْأَخَوَاتِ دُونَ الْعَصَبَةِ ثَبَتَ الدَّمُ بِقَسَامَةٍ أَوْ بِغَيْرِ قَسَامَةٍ، وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ الْعَفْوُ وَالْقَوَدُ لِلْبَنَاتِ وَالْإِخْوَةِ دُونَ الْعَصَبَةِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الْبَنَاتِ مَعَ الْعَصَبَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ مَعَ الْعَصَبَةِ أَوْ الْبَنَاتِ وَالْإِخْوَةَ مَعَ الْعَصَبَةِ إنْ ثَبَتَ الدَّمُ

بِبَيِّنَةٍ، وَالْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ أَحَقُّ بِالْعَفْوِ وَالْقَوَدِ، وَإِنْ ثَبَتَ بِقَسَامَةٍ فَمَنْ طَلَبَ الْقَوَدَ أَحَقُّ مِمَّنْ عَفَا وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّ الْبَنَاتِ أَقْرَبُ إلَى الْمَيِّتِ، وَالْعَصَبَةَ أَبْعَدُ بِطَلَبِ الدَّمِ فَلَمَّا أَدْلَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْفَرِيقَيْنِ بِسَبَبٍ لَا يُدْلِي بِهِ الْآخَرُ لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَحَقَّ فَلَمْ يَكُنْ لَهُمَا حُكْمٌ إلَّا بِالِاتِّفَاقِ فَإِنْ وُجِدَ الِاخْتِلَافُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ رَجَعَ إلَى مَا ثَبَتَ مِنْ الْقِصَاصِ، وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْبَنَاتِ أَقْرَبُ وَلَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الْقِيَامِ بِالدَّمِ فَاعْتُبِرَ بِأَقْوَالِهِمْ دُونَ أَقْوَالِ الْعَصَبَةِ كَالِابْنِ مَعَ الْعَصَبَةِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَقَدْ قَالَ بِهِ غَيْرُهُمَا أَنَّ الدَّمَ إذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ اُعْتُبِرَ فِيهِ الْقُرْبُ وَالْقُعْدُدُ، وَإِذَا ثَبَتَ بِالْقَسَامَةِ كَانَ لِمَنْ يَثْبُتُ بِقَسَامَتِهِ فِيهِ حَقٌّ لَا يَكُونُ لِمَنْ يَثْبُتُ بِقَسَامَتِهِ وَإِسْقَاطِهِ وَإِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اجْتَمَعَ بَنَاتٌ وَعَصَبَةٌ فَعَفَتْ بِنْتٌ وَاحِدَةٌ دُونَ الْعَصَبَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى

(126/7)

. . . .

[المنتقى]

عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ عَلَى مَنْ بَقِيَ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ لَا يَجُوزُ الْعَفْوُ إلَّا بِاجْتِمَاعٍ مِنْ الْبَنَاتِ وَالْعَصَبَةِ وَلَوْ عَفَا الْجَمِيعُ إلَّا وَاحِدًا مِنْ الْعَصَبَةِ أَوْ وَاحِدَةً مِنْ الْبَنَاتِ لَكَانَ الْقَائِمُ بِالدَّمِ أَوْلَى، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَالْعَفْوُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ مَعَ الِاخْتِلَافِ إلَّا فِي الْبَنِينَ وَالْإِخْوَةِ فَقَطْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا تَرَكَ الْقَتِيلُ أَبًا أَوْ أُمًّا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا حَقَّ لِلْأُمِّ مَعَ الْأَبِ فِي عَفْوٍ وَلَا قَوَدٍ وَكَذَلِكَ الْأَخَوَاتُ مَعَ الْأَبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأُمُّ فَهَلْ لَهَا مَدْخَلٌ فِي ذَلِكَ أَمْ لَا رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ لَهَا مَدْخَلًا فِي وِلَايَةِ الدَّمِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ مِنْ رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ وَغَيْرِهِ، وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ حَبِيبٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ لِلْأُمِّ وِلَايَةٌ فِي دَمِ الْعَمْدِ

إِلَّا أَنْ يَصِيرَ مَالًا فَتَرِثُ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ وُلَاتِهِ وَلَا مِنْ قَوْمِهِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ كَالْأَبِ؛ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلشَّقِيقِ بِهَا تَقَدُّمٌ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ صَحَّ أَنَّ لَهَا مَدْخَلًا فِيهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ الْعَصَبَةِ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوِلَايَةِ كَالزَّوْجَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَهَا مَدْخَلٌ فِي الدَّمِ فَقَدْ رَوَى مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهَا أَوْلَى مِنْ الْعَصَبَةِ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ فِي أُمٍّ وَأَخٍ وَعَصَبَةٍ لَا عَفْوَ لِلْأُمِّ دُونَهُمَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا أَمْرَ لِلْأُمِّ مَعَ الْعَصَبَةِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ فَكَانَتْ أَوْلَى مِنْ الْعَصَبَةِ كَالْأَبِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُمَا أَقْوَى سَبَبًا مِنْهَا؛ لِأَنَّهَا مَعْنًى تَسْتَحِقُّ بِالتَّعْصِيبِ وَهِيَ لَا تَرِثُ بِالتَّعْصِيبِ وَلَا مَدْخَلَ لَهَا فِيهِ، وَإِنَّمَا يَخْتَصُّ بِذَلِكَ الْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأُمُّ مَعَ الْبَنَاتِ فَالْبَنَاتُ أَحَقُّ مِنْهَا بِالدَّمِ مَعَ الْأَخَوَاتِ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

وَقَالَ أَيْضًا أَشْهَبُ فِي وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ لَا عَفْوَ لِلْبَنَاتِ وَلَا لِلْمَوَالِي دُونَ الْأُمِّ وَلَا عَفْوَ إلَّا بِاجْتِمَاعِهِمْ، وَأَمَّا الْأُمُّ وَالْأَخَوَاتُ فَقَدْ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْبَنَاتُ أَقْرَبُ مِنْ الْأُمِّ، وَالْأُمُّ أَقْرَبُ مِنْ الْأَخَوَاتِ وَلَا تَجْرِي الْجَدَّةُ لِلْأَبِ وَلَا لِلْأُمِّ مَجْرَى الْأُمِّ فِي عَفْوٍ وَلَا قَوَدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ الْمَقْتُولُ دَمِي إلَى فُلَانٍ فَهُوَ لَهُ إنْ شَاءَ قَتَلَ وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى غَيْرِ دِيَةٍ وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى دِيَةٍ، فَيَكُونُ لِوَرَثَةِ الْمَقْتُولِ وَإِنْ كَانَ الدَّمُ بِقَسَامَةٍ فَالْقَسَامَةُ لِعَصَبَتِهِ وَالْقَتْلُ وَالْعَفْوُ إلَى هَذَا، رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَقْتُولَ أَحَقُّ بِدَمِهِ مِنْ غَيْرِهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ قَوَدٌ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِ عَفْوٌ حَالَ حَيَاتِهِ فَإِذَا جَعَلَهُ إلَى غَيْرِهِ فَقَدْ جَعَلَ مَا كَانَ لَهُ فِيهِ إلَيْهِ، فَكَانَ أَحَقَّ بِهِ مِمَّنْ تَقَدَّمَ يَنُوبُ عَنْهُ وَيَنُوبُ فِيهِ دُونَ أَنْ يَجْعَلَهُ إلَيْهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَإِذَا كَانَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ أَوْلَادًا ذُكُورًا فَعَفَا بَعْضُهُمْ فَإِنْ لَمْ يَفِ حَظُّهُ مِنْ الدِّيَةِ، وَإِلَّا يَسْقُطُ حَظُّ الْعَافِي خَاصَّةً وَإِنْ كَانَ الْأَوْلِيَاءُ أَوْلَادًا ذُكُورًا وَإِنَاثًا أَوْ إخْوَةً ذُكُورًا وَإِنَاثًا فَعَفَا بَعْضُ الذُّكُورِ كَانَ لِمَنْ بَقِيَ مِنْ الْوَرَثَةِ حِصَّتُهُ مِنْ الدِّيَةِ، وَإِنْ عَفَا الذُّكُورُ كُلُّهُمْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّ الْبَنَاتِ إذَا عَفَا الْبَنُونَ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَخَوَاتِ إذَا عَفَا جَمِيعُ الْإِخْوَةِ، وَذَكَرَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ مَرَّةً أُخْرَى

إنْ عَفَا الذُّكُورُ فَحَقُّ إخْوَتِهِمْ مِنْ الدِّيَةِ بَاقٍ فَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَالَ مَنْ أَدْرَكْنَا مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَهُوَ أَصْلُهُ فِي مُوَطَّئِهِ، وَهَذَانِ الْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عِنْدِي عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مِنْ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي النِّسَاءِ هَلْ لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي الْعَفْوِ أَوْ فِي الْمُطَالَبَةِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ النِّسَاءَ تَبَعٌ لِلرِّجَالِ فِي دَمِ الْعَمْدِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ حَقَّهُنَّ ثَابِتٌ لَا سِيَّمَا إذَا انْتَقَلَ إلَى الدِّيَةِ، وَاسْتَحَالَ مَالًا لَا يَمْلِكُ إخْوَتُهُنَّ إسْقَاطَ حَقِّهِنَّ مِنْ ذَلِكَ كَمَا لَا يَمْلِكُونَ إسْقَاطَ حَقِّهِنَّ مِنْ دِيَةِ الْخَطَأِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّ النِّسَاءِ بِعَفْوِ الرِّجَالِ فَإِنَّمَا ذَلِكَ إذَا عَفَا الرِّجَالُ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ، فَأَمَّا إذَا عَفَا أَحَدُهُمْ ثُمَّ بَلَغَ الْآخَرَ فَعَفَا فَلَا يَضُرُّ ذَلِكَ مَنْ مَعَهُمَا مِنْ أُخْتٍ وَزَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ثَبَتَ بِعَفْوٍ، وَالْأَوَّلُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إنْ عَفَا أَحَدُهُمَا فَقَدْ ثَبَتَ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ حَقُّهُمْ مِنْ الدِّيَةِ فَإِذَا عَفَا بَعْضُ مَنْ بَقِيَ فَإِنَّهُ يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنْ الدِّيَةِ فَلَا يَتَعَدَّى ذَلِكَ إلَى حَقِّ غَيْرِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا وُجِدَ الْعَفْوُ مِنْ بَعْضِ الْوَرَثَةِ مُطْلَقًا ثُمَّ

(127/7)

الْقِصَاصُ فِي الْجِرَاحِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ مَنْ كَسَرَ يَدًا أَوْ رِجْلًا عَمْدًا أَنَّهُ يُقَادُ مِنْهُ وَلَا يُعْقَلُ)

[المنتقى]

أَرَادَ أَخْذَ الدِّيَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي بَعْضِ مَجَالِسِهِ لَيْسَ عَفْوُهُ عَنْ الدَّمِ عَفْوًا عَنْ الدِّيَةِ إلَّا أَنْ يُرَى لِذَلِكَ وَجْهٌ مَعَ الْعَفْوِ، وَإِلَّا فَلَهُ عَلَيْهِ الدِّيَةُ.

وَقَالَ مَالِكٌ إذَا قَالَ مَا عَفَوْتُ إلَّا عَلَى أَخْذِ الدِّيَةِ يَحْلِفُ مَا أَرَادَ تَرْكَ الدِّيَةِ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ مِنْهَا ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ فَقَالَ لَا شَيْءَ لَهُ إلَّا أَنْ يُعْلَمَ لِمَا قَالَ وَجْهٌ، وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعَفْوَ عَنْ الدَّمِ لَا يُنَافِي الْمُطَالَبَةَ بِالدِّيَةِ، وَلِذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَقْرِنَهُ بِهِ فَيَقُولُ عَفَوْت عَنْ أَخْذِ الدِّيَةِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ كَانَ لِمَنْ أَطْلَقَ الْعَفْوَ وَأَنْ يَقُولَ لَمْ أَعْفُ إلَّا عَلَى الدِّيَةِ، وَلَمَّا احْتَمَلَ ذَلِكَ وَاحْتَمَلَ الْعَفْوَ عَنْ الدِّيَةِ لَزِمَهُ أَنْ يَحْلِفَ وَيَكُونَ عَلَى حَقِّهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْعَفْوَ مَعْنَاهُ التَّرْكُ وَإِذَا أَطْلَقَهُ اقْتَضَى أَنْ لَا مُطَالَبَةَ لَهُ بِدِيَةٍ وَلَا غَيْرِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْبَنِينَ بَنَاتٌ وَمَعَ الْإِخْوَةِ أَخَوَاتٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا مَدْخَلَ لِلْبَنَاتِ مَعَ الْبَنِينَ وَلَا لِلْأَخَوَاتِ مَعَ الْإِخْوَةِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّمَا يَدْخُلُ النِّسَاءُ مَعَ الرِّجَالِ فِي الدَّمِ إذَا لَمْ يَكُنْ الرِّجَالُ فِي دَرَجَتِهِنَّ فَيَجِيءُ أَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلْبَنَاتِ مَعَ الْبَنِينَ فِي وِلَايَةِ الدَّمِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ لَا مَدْخَلَ لِلْأَخَوَاتِ مَعَ الْإِخْوَةِ، وَأَمَّا الْبَنَاتُ مَعَ الْإِخْوَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ هَذَا مُخْتَلَفٌ فِيهِ قَالَ أَشْهَبُ عَفْوُ أَحَدِ الْإِخْوَةِ يَجُوزُ عَلَى الْبَنَاتِ وَعَلَى بَاقِي الْإِخْوَةِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يَجُوزُ عَفْوُ الْإِخْوَةِ إلَّا مَعَ عَفْوِ الْبَنَاتِ وَلَا عَفْوُ الْبَنَاتِ إلَّا مَعَ عَفْوِ الْإِخْوَةِ.

[الْقِصَاصُ فِي الْجِرَاحِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ مَنْ كَسَرَ يَدًا أَوْ رِجْلًا فَإِنَّهُ يُقَادُ مِنْهُ وَلَا يُعْقَلُ يُرِيدُ أَنَّ الْقَوَدَ لَازِمٌ لَيْسَ لِلْجَانِي أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْهُ وَلَا لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَلَا يُخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَرْشِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْقَتْلِ عَلَى رِوَايَةِ التَّخْيِيرِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَذَلِكَ أَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٌ لَا قَوَدَ فِيهِ، وَضَرْبٌ فِيهِ الْقَوَدُ فَأَمَّا مَا لَا قَوَدَ فِيهِ فَعَلَى قِسْمَيْنِ قِسْمٌ لَا قَوَدَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ فِيهِ الْمُمَاثَلَةُ، وَقِسْمٌ يَمْتَنِعُ الْقَوَدُ فِيهِ لِمَا الْغَالِبُ مِنْهُ التَّلَفُ فَأَمَّا مَا لَا يُسْتَفَادُ مِنْهُ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالْمُمَاثَلَةِ فَكَاللَّطْمَةِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ لَا قَوَدَ فِيهَا وَفِيهَا الْعُقُوبَةُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا قَوَدَ فِيهَا وَلَا فِي الضَّرْبَةِ بِالسَّوْطِ أَوْ بِالْعَصَا أَوْ شَيْءٍ مِنْ الْأَشْيَاءِ إذَا لَمْ يَكُنْ جُرْحًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ حَدُّ تِلْكَ الضَّرْبِ، وَهُوَ مِنْ النَّاسِ مُخْتَلِفٌ بِالْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ ذُو الْفَضْلِ وَالْمُرُوءَةِ وَالشَّرَفِ كَالدَّنِيءِ وَالْوَضِيعِ وَالصَّبِيِّ وَلَا الْقَوِيُّ كَالضَّعِيفِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّخَعِيِّ يُقَادُ مِنْ الضَّرْبَةِ بِالسَّوْطِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ} [المائدة: 45] يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى مَا أُحْتُجَّ بِهِ مِنْ اخْتِلَافِ حَالِ الضَّارِبِ وَالْمَضْرُوبِ فِي الْقُوَّةِ، وَقَدْ عَرَضَتْ دُونَ أَثَرٍ فَتَعَذَّرَ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ نَتَفَ لِحْيَةَ رَجُلٍ أَوْ رَأْسَهُ أَوْ شَارِبَهُ فَقَدْ قَالَ الْمُغِيرَةُ فِي الْمَجْمُوعَةِ لَا قَوَدَ فِيهِ وَفِيهِ الْعُقُوبَةُ وَالسَّجْنُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيهِ الْأَدَبُ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِيهِ الْقِصَاصُ وَفِي الشَّارِبِ وَأَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ لَيْسَ لَهَا أَثَرُ جُرْحٍ فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا الْقِصَاصُ كَاللَّطْمَةِ وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ أَتْلَفَتْ شَيْئًا مِنْ الْجَسَدِ فِيهِ جَمَالٌ، فَكَانَ فِيهَا الْقِصَاصُ كَقَطْعِ الْأَنْفِ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا فِيهَا الْقِصَاصُ كَقَطْعِ الْأَنْفِ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ أَعْرِفُ لِأَصْبَغَ فِيهَا أَحْسِبُ أَنَّ الْقِصَاصَ فِيهَا الْوَزْنُ، وَعَابَ ذَلِكَ غَيْرُهُ وَقَالَ ابْنُ الْمُغِيرَةِ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِاخْتِلَافِ اللِّحَى بِالْعِظَمِ، وَلَوْ أَقَادَ جَمِيعَ اللِّحْيَةِ بِجَمِيعِ اللِّحْيَةِ لَكَانَ ذَلِكَ صَوَابًا فَأَمَّا إذَا نَتَفَ الْبَعْضَ فَلَيْسَ فِيهِ إلَّا مَا يَرَى الْإِمَامُ مِنْ الْعُقُوبَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي مِمَّا لَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْهُ التَّلَفُ كَالْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ

(128/7)

. . . .

[المنتقى]

وَكَسْرِ الْفَخْذِ وَالصُّلْبِ وَالْحُلْقُومِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا لَا قِصَاصَ فِيهِ فَفِيهِ الدِّيَةُ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ فَإِذَا تَعَذَّرَ أَحَدُهُمَا رَجَعْنَا إلَى الْآخَرِ وَعَلَى مَنْ تَجِبُ الدِّيَةُ عَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ رِوَايَاتٍ إحْدَاهَا أَنَّهَا عَلَى الْجَانِي إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ فَتَكُونَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ قَالَ أَشْهَبُ وَإِلَيْهَا رَجَعَ مَالِكٌ، وَالثَّالِثَةُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ أَنَّ الدِّيَةَ لَوْ لَزِمَتْهُ لَمْ تُنْقَلْ عَنْهُ وَمَا كَانَ مِنْ الْعَمْدِ الَّذِي لَا قِصَاصَ فِيهِ مَعَ وُجُودِ مَحِلِّهِ فَإِنَّ الْعَاقِلَةَ تَحْمِلُهُ كَعَمْدِ الصَّبِيِّ.

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الْقِصَاصُ فَكُلُّ جُرْحٍ لَا يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ غَالِبًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَمَنْ الَّذِي يُبَاشِرُ الْقَوَدَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ مَنْ جَرَحَ أَنْفَ رَجُلٍ أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ أَوْ كَسَرَ يَدَيْهِ فَلَا يَسْتَقِيدُ لِنَفْسِهِ وَلْيَدْعُ لَهُ مَنْ لَهُ بَصَرٌ بِالْقِصَاصِ فَيَقْتَصُّ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَيُدْعَى لَهُ أَرْفَقُ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصَرِ فَيَقْتَصُّ لَهُ بِأَرْفَقَ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الْقِصَاصَ، وَقَدْ يَتَعَدَّى، وَهُوَ بِخِلَافِ الْقَتْلِ فَإِنَّ الْقَاتِلَ يُدْفَعُ إلَى الْأَوْلِيَاءِ، وَالْفَرْقُ

بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقَاتِلَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْأَوْلِيَاءُ عَلَيْهِ إتْلَافَ جُمْلَتِهِ، وَأَمَّا الْجَارِحُ فَإِنَّهُ إنَّمَا يُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ غَالِبًا أَنْ يُتْلَفَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ هُوَ مِنْ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ أَتْلَفَ مَا لَا يُسْتَحَقُّ إتْلَافُهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْكِتَابَيْنِ لَا يُمَكَّنُ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ أَنْ يَقْتُلَ بِيَدِهِ مَخَافَةَ أَنْ يَتَعَدَّى فَيَقْطَعَ أَعْضَاءَهُ، وَإِنَّمَا مَعْنَى يُدْفَعُ إلَيْهِمْ الْقَاتِلُ أَنَّ لَهُمْ قَتْلَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ كَانَ الْجُرْحُ مُوضِحَةً فَفِي الْكِتَابَيْنِ عَنْ أَشْهَبَ يُشْتَرَطُ فِي رَأْسِ الْجَانِي مِثْلُهَا وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ غَيْرَ أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مَعْنَى الْمُمَاثَلَةِ، فَقَالَ أَشْهَبُ إنْ أَخَذْت الْمُوضِحَةُ مِنْ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ وَهِيَ لَا تَبْلُغُ مِنْ الْجَارِحِ إلَّا نِصْفَ رَأْسِهِ فَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى قَدْرِ مَا أَخَذَتْ مِنْ رَأْسِهِ فَإِنْ أَخَذْت مَا بَيْنَ قَرْنَيْ الْمَجْنِيِّ شُقَّ مَا بَيْنَ قَرْنَيْ الْجَانِي لَا يُنْظَرُ إلَى عِظَمِ الرَّأْسِ وَلَا صِغَرِهِ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَاخْتَلَفَ فِي هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فَقَالَ قَدِيمًا يُشَقُّ فِي رَأْسِ الْجَانِي بِطُولِ مَا شَقَّ فِي رَأْسِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَإِنْ اسْتَوْعَبَ رَأْسَ الْمَجْنِيِّ وَلَمْ يَسْتَوْعِبْ طُولَ الشَّقِّ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ وَكَذَلِكَ الْجَبْهَةُ وَالذِّرَاعُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِطُولِ ذَلِكَ مَا لَمْ يَضِقْ عَنْهُ الْعُضْوُ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ هَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَا أَعْلَمُ إلَّا أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ رَجَعَ عَنْهُ وَبِقَوْلِ أَشْهَبَ يَقُولُ وَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْقِصَاصَ فِي الْجِرَاحِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْمُمَاثَلَةَ إنَّمَا تَقَعُ بِالْأَسْمَاءِ، وَلِذَلِكَ تُقْطَعُ يَدٌ كَبِيرَةٌ بِصَغِيرَةٍ وَصَغِيرَةٌ بِكَبِيرَةٍ وَلَا يُنْظَرُ إلَى عِظَمِ الْجُرْحِ وَلَا إلَى صِغَرِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي الْجِرَاحِ بِالصِّفَاتِ وَلِذَلِكَ يُقَادُ مِنْ الْمُوضِحَةِ بِمُوضِحَةٍ وَمِنْ الصِّفَاتِ الْمُعْتَبَرَةِ الطُّولُ وَالصِّغَرُ كَمَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْوُصُولُ إلَى الْعَظْمِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي اعْتِبَارِ طُولِ الشَّقِّ فَقَصُرَ رَأْسُ الْجَانِي عَنْ مِقْدَارِ مَا يَلْزَمُهُ مِنْ الشَّقِّ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ لَا يَتَعَدَّى الرَّأْسَ إلَى الْجَبْهَةِ وَالذِّرَاعَ إلَى الْعُضْوِ وَلَا قَوَدَ فِي الْبَاقِي وَلَا دِيَةَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يُؤْخَذُ مِنْ الْبَاقِي فِيمَا جَاوَزَهُ فِي الذِّرَاعِ مِنْ أَيِّ ذِرَاعَيْهِ شَاءَ مِنْ نَحْوِ الْعَضُدِ أَوْ نَحْوِ الْكَتِفِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ وُضِعَ فِيهِ الْحَدِيدُ لَا مِنْ الْآخَرِ -.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَطَعَ بَعْضَ أُصْبُعِ غَيْرِهِ عَمْدًا قُطِعَ مِنْ أُصْبُعِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَلَا يُنْظَرُ إلَى طُولِهَا وَلَا قِصَرِهَا فَمَنْ قَطَعَ مِنْ أُنْمُلَةِ الْمَجْرُوحِ ثُلُثَهَا قُطِعَ مِنْ أُنْمُلَتِهِ ثُلُثُهَا رَوَاهُ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا، وَالْخِلَافُ مَعَ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْمُوضِحَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ أَخْطَأَ الطَّبِيبُ فَزَادَ أَوْ نَقَصَ فَأَمَّا الزِّيَادَةُ فَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ بَلَغَ الثُّلُثَ فَعَلَى

الْعَاقِلَةِ وَإِنْ قَصرَ عَنْ ذَلِكَ فَفِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ جِنَايَةُ خَطَأٍ، وَأَمَّا مَا نَقَصَ فَفِي الْمَجْمُوعَةِ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَرْجِعُ

(129/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَلَا يُقَادُ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى تَبْرَأَ جِرَاحُ صَاحِبِهِ فَيُقَادَ مِنْهُ فَإِنْ جَاءَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ مِثْلَ جُرْحِ الْأَوَّلِ حِينَ يَصِحُّ فَهُوَ الْقَوَدُ، وَإِنْ زَادَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ أَوْ مَاتَ فَلَيْسَ عَلَى الْمَجْرُوحِ الْأَوَّلِ الْمُسْتَقِيدِ شَيْءٌ، وَإِنْ بَرِئَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ وَشَلَّ الْمَجْرُوحُ الْأَوَّلُ أَوْ بَرِئَتْ جِرَاحُهُ وَبِهَا عَيْبٌ أَوْ نَقْصٌ أَوْ عَثَلٌ فَإِنَّ الْمُسْتَقَادَ مِنْهُ لَا يُكْسَرُ الثَّانِيَةَ وَلَا يُقَادُ لِجُرْحِهِ، قَالَ وَلَكِنَّهُ يَعْقِلُ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ يَدِ الْأَوَّلِ أَوْ فَسَدَ مِنْهَا وَالْجِرَاحُ فِي الْجَسَدِ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ) .

[المنتقى]
فَيُقْتَصُّ لَهُ مِنْ بَقِيَّةِ حَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَهَدَ لَهُ، وَكَذَلِكَ الْأُصْبُعُ يُخْطِئُ فِيهِ بِأُنْمُلَةٍ وَلَا يُقَادُ مَرَّتَيْنِ، وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْعُتْبِيَّةِ إنْ عَلِمَ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَدْمَلَ وَنَبَتَ اللَّحْمُ أَتَمَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنْ فَاتَ ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي تَمَامِ ذَلِكَ وَلَا دِيَةَ قَالَ أَصْبَغُ فِي الْكِتَابَيْنِ لَيْسَ هَكَذَا، وَلَكِنْ إذَا قَصَرَ يَسِيرًا فَلَا يُعَادُ وَإِنْ كَانَ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَبْلَ الْبُرْءِ وَبَعْدَهُ قَالَ فِي الْكِتَابَيْنِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا فَإِنْ كَانَ بِفَوْرِهِ أُقْتُصَّ لَهُ تَمَامُ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ بَرُدَ وَأَخَذَهُ الدَّوَاءُ فَلَا يَرْجِعُ إلَيْهِ بَرِئَ أَوْ لَمْ يَبْرَأْ أَوْ يَكُونُ فِي الْبَاقِي عَقْلٌ كَانَ هُوَ وَلِيَّ الْقِصَاصِ أَوْ مَنْ جَعَلَهُ إلَيْهِ السُّلْطَانُ.
1 –
(فَصْلٌ) :
وَأُجْرَةُ الْقِصَاصِ عَلَى الَّذِي يُقْتَصُّ لَهُ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمَجْمُوعَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ يُوَكِّلُ مَنْ يَطْلُبُ دِيَتَهُ وَيَقْتَضِيهِ فَيَكُونَ جَعْلُهُ عَلَى الطَّالِبِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّهُ لَا يُسْتَقَادُ مِنْهُ مِنْ جُرْحٍ حَتَّى يَبْرَأَ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُسْتَقَادُ مِنْهُ قَبْلَ الْبُرْءِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ قَدْ يَئُولُ جُرْحُ الْجِنَايَةِ إلَى النَّفْسِ فَيُعَادُ الْقَوَدُ ثَانِيَةً، وَذَلِكَ خُرُوجٌ عَنْ الْمُمَاثَلَةِ قَالَ أَشْهَبُ وَلَا يُؤْخَذُ بِقِصَاصِ جُرْحٍ وَنَفْسٍ.
(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ حَتَّى يَبْرَأَ جُرْحُ صَاحِبِهِ يُرِيدُ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ فَيُقَادُ مِنْهُ هَذَا لَفْظُ الْمُوَطَّأِ أَنَّهُ يَنْتَظِرُ بِهِ الْبُرْءَ عَلَى كُلِّ حَالٍ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ قُلْت أَيَنْتَظِرُ بِالْجُرْحِ قَبْلَ أَنْ يُحْكَمَ فِيهِ بِدِيَةٍ أَوْ قِصَاصٍ إلَى السَّنَةِ أَوْ إلَى الْبُرْءِ فَإِنْ جَاوَزَ السَّنَةَ فَقَالَ قَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَيْنِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ فِي السِّنِّ تَصْفَرُّ وَالْعَيْنُ تَدْمَعُ وَالشَّجَّةُ وَالْكَسْرُ كُلُّهُ وَالظُّفْرُ وَنَحْوُهُ يُؤَخَّرُ ذَلِكَ سَنَةً.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ مَضَتْ السَّنَةُ وَالْجُرْحُ بِحَالِهِ عَقَلَ مَكَانَهُ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ لَمْ أَسْمَعْ فِي ذَلِكَ تَوْقِيتًا إلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ أَنَّهُ قَدْ بَرِئَ فَيُقْتَصُّ فِي الْعَمْدِ وَيُعْقَلُ فِي الْخَطَأِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ أَمَّا مِثْلُ الْعَيْنِ تَدْمَعُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ الْجِرَاحِ قَدْ سُدَّتْ عَلَى ذَلِكَ وَبَرِئَتْ فَتِلْكَ تُعْقَلُ عِنْدَ السَّنَةِ، وَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الْجِرَاحِ فَلَا عَقْلَ وَلَا قِصَاصَ إلَّا بَعْدَ الْبُرْءِ، وَإِنَّمَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ يُسْتَأْنَى بِهِ سَنَةً أَنَّهُ عِنْدَهُ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ سَنَةٌ إلَّا وَقَدْ انْتَهَى؛ لِأَنَّهُ قَالَ مَعَ ذِكْرِ السَّنَةِ فَإِنْ انْتَهَى إلَى مَا يُعْرَفُ عَقَلَ وَجْهُ اعْتِبَارِ السَّنَةِ أَنَّهَا حَدٌّ فِي مَعْنَاهُ مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِمُعَانَاتِهِ كَمُعَانَاةِ الْمُعْتَرِضِ عَنْ زَوْجَتِهِ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ تَسْتَوْعِبُ أَنْوَاعَ فُصُولِ الْمُعَانَاةِ، وَوَجْهُ اعْتِبَارِ الْبُرْءِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ خَوْفِ اجْتِمَاعِ الْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ وَالنَّفْسِ، وَوَجْهُ تَفْرِيقِ ابْنِ الْمَوَّازِ بَيْنَ الْعَيْنِ تَدْمَعُ وَبَيْنَ مَا خَالَفَهَا مِنْ الْجِرَاحِ أَنَّ تِلْكَ حَالُ الْبُرْءِ لِلْعَيْنِ إلَّا أَنَّهُ بَرَأَ عَلَى فَسَادٍ وَلَا يُرْجَى لَهَا غَيْرُ ذَلِكَ كَمَا لَوْ بَرِئَ الْجُرْحُ عَلَى غَلَظٍ وَفَسَادٍ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِانْتِظَارِ الْبُرْءِ وَانْقِضَاءِ السَّنَةِ فَمَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فَفِيهِ الْقِصَاصُ بِالْقَسَامَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ مِثْلَ جُرْحِ الْأَوَّلِ حِينَ يَصِحُّ فَهُوَ الْقَوَدُ فَإِنْ زَادَ أَوْ مَاتَ فَلَيْسَ عَلَى الْمُسْتَقَادِ شَيْءٌ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ السِّرَايَةُ مِنْ الْقِصَاصِ مَضْمُونَةٌ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ كُلَّ قَطْعٍ كَانَ مَضْمُونًا فِي الِابْتِدَاءِ كَانَ مَا يَسْرِي إلَيْهِ مَضْمُونًا كَقَطْعِ الْيَدِ الْأُولَى وَكُلُّ قَطْعٍ كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي الِابْتِدَاءِ فَلَا يُضْمَنُ مَا يُسْرِي إلَيْهِ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَلِذَلِكَ قَالَ

(130/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَإِذَا عَمَدَ الرَّجُلُ إلَى امْرَأَتِهِ فَفَقَأَ عَيْنَهَا أَوْ كَسَرَ يَدَهَا أَوْ قَطَعَ أُصْبُعَهَا أَوْ شِبْهَ ذَلِكَ مُتَعَمِّدًا لِذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقَادُ مِنْهُ، وَأَمَّا الرَّجُلُ يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ بِالْحَبْلِ أَوْ بِالسَّوْطِ فَيُصِيبُهَا مِنْ ضَرْبِهِ مَا لَمْ يُرِدْ، وَلَمْ يَتَعَمَّدْ فَإِنَّهُ يَعْقِلُ مَا أَصَابَ مِنْهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَلَا يُقَادُ مِنْهُ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا بَكْرِ بْنَ مُحَمَّدِ

بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَقَادَ مِنْ كَسْرِ الْفَخِذِ) .

مَا جَاءَ فِي دِيَةِ السَّائِبِ وَجِنَايَتِهِ (ص) : (مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ سَائِبَةً أَعْتَقَهُ بَعْضُ الْحُجَّاجِ فَقَتَلَ ابْنَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي عَائِذٍ فَجَاءَ الْعَائِذِيُّ أَبُو الْمَقْتُولِ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يَطْلُبُ دِيَةَ ابْنِهِ فَقَالَ عُمَرُ لَا دِيَةَ لَهُ، فَقَالَ الْعَائِذِيُّ: أَرَأَيْت لَوْ قَتَلَهُ ابْنِي فَقَالَ عُمَرُ إذًا تُخْرِجُونَ دِيَتَهُ فَقَالَ هُوَ إذًا كَالْأَرْقَمِ إنْ يُتْرَكْ يَلْقَمْ وَإِنْ يَقْتُلْ يَنْقَمْ) .

[المنتقى]
مَالِكٌ إنْ بَرِئَ الْمُسْتَقَادُ مِنْهُ، وَقُتِلَ بِالْمَجْرُوحِ أَوْ بَرِئَتْ جِرَاحَاتُهُ وَبِهَا عَيْبٌ أَوْ نَقْصٌ أَوْ عَثَلٌ فَإِنَّ الْمُسْتَقَادَ مِنْهُ لَا يُكْسَرُ ثَانِيَةً، وَلَكِنْ يُعْقَلُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ أَصَابَ أُنْمُلَةً عَمْدًا فَأَذْهَبَتْ أُصْبُعًا أَوْ أُصْبُعَيْنِ أَوْ شُلَّتْ يَدُهُ، ثُمَّ بَرِئَ أَنَّهُ يُسْتَقَادُ بِالْأُنْمُلَةِ وَيُتَرَبَّصُ بِهَا فَإِنْ بَلَغَ ذَلِكَ مِنْ الْجَانِي مَا بَلَغَ مِنْ الْأَوَّلِ بُرِّئَ الْجَانِي، وَإِنْ نَقَصَ عَنْ ذَلِكَ عَقَلَ لَهُ مَا بَقِيَ، وَإِنَّهُ لَأَمْرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَهَذَا أَحَبُّ مَا فِيهِ إلَيَّ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ سِرَايَةِ الْجُرْحِ إلَى النَّفْسِ فَيُقْتَلُ بِهِ، وَلَا يُقْتَصُّ وَمَا سَرَى إلَى غَيْرِ النَّفْسِ فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْ الْأَوَّلِ وَلَهُ عَقْلُ السِّرَايَةِ أَنَّهُ إذَا بَلَغَ إلَى النَّفْسِ أُقْتُصَّ مِنْ النَّفْسِ، وَسَقَطَ حُكْمُ الْجُرْحِ، وَإِذَا سَرَى إلَى عُضْوٍ آخَرَ لَمْ يُقَدْ نَفْسًا.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً عَمْدًا فَأَذْهَبَتْ سَمْعَهُ وَعَقْلَهُ فَاقْتُصَّ لَهُ مِنْ الْمُوضِحَةِ فَإِنْ أَذْهَبَ مِنْ الْجَانِي مِثْلَ ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِلَّا فَدِيَةُ السَّمْعِ وَالْعَقْلِ فِي مَالِ الْجَانِي قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ دِيَةُ السَّمْعِ وَالْعَقْلِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَرَتْ إلَى إذْهَابِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهَا جِنَايَةٌ جَرَّهَا الْعَمْدُ فَلَمْ تَلْزَمْ الْعَاقِلَةَ؛ لِأَنَّهَا إنَّمَا بَقِيَ بِهَا عُضْوٌ مِثْلُهُ مِنْ جَسَدِهِ لَا يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ غَالِبًا، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهَا جِنَايَةٌ لَا يَثْبُتُ فِيهَا الْقِصَاصُ مَعَ وُجُودِ مَحَلِّهِ كَالْمُتْلَفِ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ أَبَا بَكْرِ بْنَ مُحَمَّدٍ أَقَادَ مِنْ كَسْرِ الْفَخِذِ هُوَ أَمْرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَا يُقَادُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ وَالْغَالِبُ مِنْهُ الْهَلَاكُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي دِيَةِ السَّائِبِ وَجِنَايَتِهِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ سَائِبَةً أَعْتَقَهُ بَعْضُ الْحُجَّاجِ عِتْقُ السَّائِبَةِ هُوَ أَنْ يَقُولَ لِلْمُعْتَقِ اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ سَائِبَةً قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ أَوْ يَقُولَ أَنْتَ سَائِبَةٌ فَيُرِيدُ الْعِتْقَ قَالَ أَصْبَغُ: لَا يُعْجِبُنِي قَوْلُهُ يُرِيدُ الْعِتْقَ وَلَفْظُ التَّسْيِيبِ لَفْظُ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْلِهِ سَبَبٌ غَيْرُ الْحُرِّيَّةِ وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَكْرَهُ عِتْقَ السَّائِبَةِ؛ لِأَنَّهُ كَهَيْئَةِ الْوَلَاءِ قَالَ أَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ لَا يُعْجِبُنَا كَرَاهِيَتُهُ لِذَلِكَ وَهُوَ جَائِزٌ كَمَا يُعْتَقُ عَنْ غَيْرِهِ وَلَا كَرَاهِيَةَ فِيهِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ تَتْرُكُ النَّاسُ عِتْقَ السَّوَائِبِ فَإِنْ فَعَلَهُ أَحَدٌ فَالْوَلَاءُ لِلْمُسْلِمِينَ وَرَأَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنَّ وَلَاءَهُ لِمُعْتِقِهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ، وَقَالَهُ ابْنُ نَافِعٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ بِأَوْعَبَ مِنْ هَذَا، وَيُرْوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ السَّائِبَةُ لِيَوْمِهَا يُرِيدُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ فِي التَّفْسِيرِ وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّجُلِ يُعْتِقُ عَبْدَهُ سَائِبَةً، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُعْتَقُ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَلَيْسَ لِلْمُعْتِقِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْئًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَتَلَ ابْنَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي عَائِذٍ فَطَلَبَ أَبُو الْمَقْتُولِ دِيَةَ ابْنِهِ يَقْتَضِي أَنَّ قَتْلَهُ كَانَ خَطَأً، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجِبْ فِيهِ غَيْرُ الدِّيَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَمْدًا وَاخْتَارَ الدِّيَةَ عَلَى رِوَايَةِ التَّخْيِيرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ لَا دِيَةَ لَهُ مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَا عَاقِلَةَ لَهُ تَلْزَمُهَا الدِّيَةُ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ الدِّيَةِ يَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ، وَهَذَا

(131/7)

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْحُدُودِ) مَا جَاءَ فِي الرَّجْمِ (ص) : (حَدَّثَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ «جَاءَتْ الْيَهُودُ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ فِي شَأْنِ الرَّجْمِ فَقَالُوا نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ كَذَبْتُمْ إنَّ فِيهَا آيَةَ الرَّجْمِ فَأَتَوْا بِالتَّوْرَاةِ فَنَشَرُوهَا فَوَضَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ، ثُمَّ قَرَأَ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ ارْفَعْ يَدَك فَرَفَعَ يَدَهُ فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالُوا صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرُجِمَا فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَحْنِي عَلَى الْمَرْأَةِ يَقِيهَا الْحِجَارَةَ» مَالِكٌ يَعْنِي يَحْنِي يَكُبُّ عَلَيْهَا حَتَّى تَقَعَ الْحِجَارَةُ عَلَيْهِ)

[المنتقى]
لَا عَاقِلَةَ لَهُ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنَّ مَنْ لَا قَوْمَ لَهُ يَعْقِلُ عَنْهُ الْمُسْلِمُونَ وَيَرِثُونَ عَقْلَهُ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَغَيْرُهُ عَنْهُ، وَهَذَا إذَا قُلْنَا أَنَّ وَلَاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ وَلَاؤُهُ لِمُعْتِقِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ عَقْلُ مَنْ أُعْتِقَ مِنْ الْبَرْبَرِ عَلَى مَوَالِيهِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْمُعْتَقُ سَائِبَةً غَيْرَ مُسْلِمٍ، وَقَدْ الْتَزَمَ الْمَقَامَ بِأَرْضِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ، وَلَمْ يُوجَدْ مَنْ يَعْقِلُ مَعَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَقَدْ قَالَ الْمُغِيرَةُ إنَّ أَهْلَ الْجِزْيَةِ إنْ وُجِدَتْ لَهُمْ مَعَاقِلُ يَتَعَاقَلُونَ عَلَيْهَا حُمِلُوا عَلَيْهَا، وَإِلَّا فَذَلِكَ فِي مَالِ الْجَانِي وَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِ عُمَرَ لَا دِيَةَ لَهُ يُرِيدُ لَيْسَ لَهُ الْآنَ دِيَةٌ لِعَدَمِ عَاقِلَةِ الْجَانِي وَفَقْرِهِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ وَسَحْنُونٌ يَعْقِلُ مَعَهُ أَهْلُ جِزْيَتِهِ فَلَا يَصِحُّ عَلَى هَذَا مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّأْوِيلِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتَقُ سَائِبَةً إنْ كَانَ غَيْرَ مُسْلِمٍ أَنْ يَدْخُلَ بِأَرْضِ الْحَرْبِ ثُمَّ يَدْخُلَ مُسْتَأْمَنًا فَيَقْتُلَ مُسْلِمًا خَطَأً فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ يُحْبَسُ وَيُرْسَلُ إلَى أَهْلِ مَوْضِعِهِ وَكُورَتِهِ الَّتِي هُوَ مِنْهَا فَيُجِيزُونَ مَا صَنَعَ، وَمَا يَلْزَمُهُمْ فِي حُكْمِنَا فَإِنْ أَدَّوْا عَنْهُ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ إلَّا مَا كَانَ يُؤَدَّى مَعَهُمْ وَرَوَى عَنْهُ سَحْنُونٌ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِ الْجَانِي دُونَ غَيْرِهِ فَعَلَى هَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَقُولَ عُمَرُ لَا دِيَةَ لَهُ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْجَانِي مَالٌ، وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ دِينِهِ وَالْحَرْبِيِّينَ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُ الْعَائِذِيِّ أَرَأَيْتَ لَوْ قَتَلَهُ ابْنِي عَلَى مَعْنَى اسْتِعْلَامِ حُكْمِهِ وَلَعَلَّهُ جُوِّزَ؛ لِأَنَّهُ لَا دِيَةَ لَهُ كَمَا لَا دِيَةَ عَلَيْهِ فَأَعْلَمَهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ عَاقِلَتَهُ خَطَأً الدِّيَةُ إذَا كَانَ مِمَّنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَقَالَ الْعَائِذِيُّ: إنَّ هَذَا كَالْأَرْقَمِ يُرِيدُ كَالْحَيَّةِ إنْ يُتْرَكْ يَلْقَمْ يُرِيدُ يَعَضُّ وَيَنْهَشُ، وَإِنْ يَقْتُلْ يَنْقَمْ يُرِيدُ يَنْتَقِمُ مِنْ قَاتِلِهِ ضَرَبَهُ مَثَلًا لِقَاتِلِ ابْنِهِ أَنَّهُ يَنْتَصِفُ مِمَّنْ جَنَى عَلَيْهِ وَلَا يَنْتَصِفُ مِنْ جِنَايَةٍ يَجْنِيهَا.

[كِتَابُ الْحُدُودِ]

[مَا جَاءَ فِي الرَّجْمِ]

(ش) : قَوْلُهُ «جَاءَتْ الْيَهُودُ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَحْبَارَ الْيَهُودِ وَرُهْبَانَهُمْ، وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ أَنَّهُ إذَا أَتَى أَسَاقِفَةُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى إلَى حَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ بِمَنْ زَنَى مِنْ أَهْلِ مِلَّتِهِمْ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَرْضَى الزَّانِيَانِ بِذَلِكَ، فَإِنْ رَضِيَا بِذَلِكَ فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ حَكَمَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَحْكُمْ بَيْنَهُمَا، وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا يَنْظُرَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا فَعَلَى هَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الزَّانِيَانِ قَدْ رَضِيَا بِذَلِكَ مَعَ رِضَا

الْأَسَاقِفَةِ، وَإِنَّمَا أَخْتَارُ لِلْحَاكِمِ أَنْ لَا يَنْظُرَ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ نَظَرَ بَيْنَهُمَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا أَنْفَذَ عَلَيْهِمَا حُكْمَ دِينِهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ نَزَلَ بَعْدُ حَدُّ الزَّانِي عَلَيْهِ وَفِي النَّوَادِرِ وَنَحْوِهِ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ إنَّمَا حَكَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْنَ الْيَهُودِ فِيمَا أُظْهِرَ عَلَيْهِمْ

(132/7)

. . . .

[المنتقى]

فِي التَّوْرَاةِ، وَهَذَا قَبْلَ نُزُولِ الْحُدُودِ وَالْحَاكِمُ مِنَّا الْيَوْمَ لَا يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ التَّوْرَاةِ، وَإِنَّمَا يَحْكُمُ عَلَى مَنْ يَحْكُمُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَإِذَا طَلَبَ أَهْلُ الذِّمَّةِ إقَامَةَ الرَّجْمِ بَيْنَهُمْ عَلَى مَنْ زَنَى مِنْهُمْ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَذَلِكَ لَهُمْ وَكَانُوا أَهْلَ صُلْحٍ أَوْ عَنْوَةٍ إلَّا مَنْ كَانَ مِنْهُمْ رَقِيقًا لِمُسْلِمٍ مِنْ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ رَجْمٌ وَلَا جَلْدٌ وَلَا قَتْلٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ الْمُسْلِمِ يَتَعَلَّقُ بِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ فِي شَأْنِ الرَّجْمِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ عَلِمَ بِالْوَحْيِ أَنَّ حُكْمَ الرَّجْمِ فِيهَا ثَابِتٌ عَلَى مَا شُرِعَ لَمْ يَلْحَقْهُ تَغْيِيرٌ وَلَا تَبْدِيلٌ، وَإِنْ كَانَ قَدْ لَحِقَ كَثِيرًا مِنْ أَحْكَامِهَا تَغْيِيرُ أَحْبَارِهِمْ وَتَبْدِيلُهُمْ لَهَا وَتَحْرِيفُهُمْ إيَّاهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلِمَ بِذَلِكَ بِخَبَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ عُلَمَاءِ الْيَهُودِ عَلَى وَجْهٍ حَصَلَ لَهُ بِهِ الْعِلْمُ بِصِحَّةِ مَا نَقَلُوهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَسْأَلَهُمْ عَنْ ذَلِكَ لِيَعْلَمَ مَا عِنْدَهُمْ فِيهِ، ثُمَّ يَسْتَعْلِمَ صِحَّةَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ قَصَدَ الْحُكْمَ بَيْنَهُمَا فِي التَّوْرَاةِ لِأَحَدِ وَجْهَيْنِ: إمَّا لِأَنَّهُمْ حَكَّمُوهُ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِالتَّوْرَاةِ، وَأَظْهَرُوا إلَيْهِ أَنَّهُمْ قَصَدُوا بِذَلِكَ إنْفَاذَهُ الْحُكْمَ بَيْنَهُمْ إذَا كَانَ الْحُكْمُ مَصْرُوفًا إلَيْهِ وَمَقْصُورًا عَلَيْهِ، وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَمْ يَكُونُوا أَهْلَ ذِمَّةٍ وَلَكِنَّهُمْ حَكَّمُوا النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَحَكَمَ بَيْنَهُمْ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ أَنَّهُ إنَّمَا حَكَمَ بَيْنَهُمْ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَا أُظْهِرَ عَلَيْهِمْ فِي التَّوْرَاةِ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ شَرِيعَةَ مَنْ قَبْلَنَا يَلْزَمُنَا إنْفَاذُ مَا ثَبَتَ عِنْدَنَا مِنْهَا بِقُرْآنٍ أَوْ حَدِيثٍ عَنْ نَبِيِّنَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – صَحِيحٌ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَنَا نَسْخُهَا إمَّا شَرِيعَتُنَا فَقَطْ وَإِمَّا شَرِيعَتُنَا وَشَرِيعَةُ مَنْ قَبْلَنَا مِمَّنْ

بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ مِنْ الرُّسُلِ، وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُنْسَخْ هَذَا الْحُكْمُ مِنْ التَّوْرَاةِ بِشَرْعِ مُوسَى وَلَا شَرْعٍ لِغَيْرِهِ مِنْ الرُّسُلِ بَعْدَهُ – عَلَيْهِمْ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمْ أَنَّهُمْ يَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ «نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلَدُونَ» ظَاهِرُهُ أَنَّهُمْ قَصَدُوا التَّبْدِيلَ وَالتَّحْرِيفَ وَالْكَذِبَ عَلَى التَّوْرَاةِ إمَّا رَجَاءَ أَنْ يَحْكُمَ بِغَيْرِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ، وَإِمَّا لِأَنَّهُمْ قَصَدُوا بِتَحْكِيمِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – التَّخْفِيفَ عَلَى الزَّانِيَيْنِ، وَرَأَوْا أَنَّ ذَلِكَ يُخْرِجُهُمْ عَمَّا أُوجِبَ عَلَيْهِمْ مِنْ إقَامَةِ الرَّجْمِ عَلَيْهِمَا، وَلَعَلَّهُمْ قَصَدُوا بِذَلِكَ اخْتِيَارَ أَمْرِهِ إذَا اعْتَقَدُوا أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يُقِرُّ عَلَى الْحُكْمِ بِبَاطِلٍ فَعَصَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَأَظْهَرَ أَمْرَهُمَا وَأَبْطَلَ كَيْدَهُمْ وَهَدَاهُ إلَى الْحَقِّ وَالْحُكْمِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ، وَجَعَلَ سَبَبَ ذَلِكَ بِأَنْ أَكْذَبَهُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ وَقَالَ لَهُمْ «إنَّ فِي التَّوْرَاةِ الرَّجْمَ» وَأَتَوْا بِالتَّوْرَاةِ وَتَنَاهَوْا فِي الْمَكْرِ بَلْ جَعَلَ قَارِئُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ، وَقَرَأَ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا وَلَمْ يَقْرَأْهَا لِيُرِيَ أَنَّ التَّوْرَاةَ لَا تَتَضَمَّنُ الرَّجْمَ حَتَّى أُمِرَ بِرَفْعِ يَدِهِ عَنْهَا فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ فُصُولَ التَّوْرَاةِ تُسَمَّى آيَاتٍ لِمَا تَضَمَّنَتْهُ مِنْ الْهُدَى وَالْحَقِّ الَّذِي نَزَلَ عَلَى سَبِيلِ الْهُدَى وَالْحَقِّ مَا لَمْ يُنْسَخْ فَإِذَا نُسِخَ حُكْمُهَا وَتِلَاوَتُهَا امْتَنَعَ ذَلِكَ فِيهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرُجِمَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الرَّجْمِ قَدْ لَزِمَهُمَا وَلَزِمَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنْفَاذُ ذَلِكَ فِيهِمَا بِتَحْكِيمِهِمْ لَهُ وَقَبُولِهِ ذَلِكَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ الرُّجُوعُ عَنْ تَحْكِيمِهِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَذْهَبُوا إلَيْهِ مَعَ تَعَلُّقِهِمْ فِي إسْقَاطِ الرَّجْمِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ ادِّعَاءِ عَدَمِهِ، وَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِرَجْمِهِمَا وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْإِمَامَ لَا يُبَاشِرُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ فَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُزَنِيَّةِ وَقَدْ أَقَامَتْ الْأَئِمَّةُ الْحُدُودَ فَلَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا مِنْهُمْ تَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ، وَإِلَّا لَزِمَ ذَلِكَ الْبَيِّنَةُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إنْ ثَبَتَ الزِّنَا بِالِاعْتِرَافِ كَانَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَبْدَأَ بِالرَّجْمِ، ثُمَّ يَتْبَعَهُ سَائِرُ النَّاسِ، وَإِنْ كَانَ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ بَدَأَ الشُّهُودُ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ سَائِرُ النَّاسِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا حَدٌّ مِنْ الْحُدُودِ فَلَمْ يَلْزَمْ الْإِمَامَ مُبَاشَرَتُهُ كَالْجَلْدِ وَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

– 1

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ جَاءَ إلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَقَالَ لَهُ إنَّ الْآخَرَ زَنَى فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ هَلْ ذَكَرْتَ هَذَا لِأَحَدٍ غَيْرِي فَقَالَ لَا فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ فَتُبْ إلَى اللَّهِ وَاسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى أَتَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهُ مِثْلَ مَا قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ مِثْلَ مَا قَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى جَاءَ إلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ لَهُ إنَّ الْآخَرَ زَنَى فَقَالَ سَعِيدٌ فَأَعْرَضَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ثَلَاثَ مَرَّاتٍ كُلُّ ذَلِكَ يُعْرِضُ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَتَّى إذَا أَكْثَرَ عَلَيْهِ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلَى أَهْلِهِ فَقَالَ أَيَشْتَكِي أَمْ بِهِ جِنَّةٌ، فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَاَللَّهِ إنَّهُ لَصَحِيحٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَبِكْرٌ أَمْ ثَيِّبٌ فَقَالُوا بَلْ ثَيِّبٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَرُجِمَ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهُ هَزَّالٌ يَا هَزَّالُ لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِك لَكَانَ خَيْرًا لَك» قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ فَحَدَّثْتُ بِهَذَا الْحَدِيثِ فِي مَجْلِسٍ فِيهِ يَزِيدُ بْنُ نُعَيْمِ بْنِ هَزَّالٍ الْأَسْلَمِيُّ فَقَالَ يَزِيدُ هَزَّالٌ جَدِّي وَهَذَا الْحَدِيثُ حَقٌّ)

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ابْنِ عُمَرَ فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَحْنِي عَلَى الْمَرْأَةِ قَالَ مَالِكٌ مَعْنَاهُ يَكُبُّ عَلَيْهَا قَالَ مَالِكٌ وَلَا يُحْفَرُ لِلْمَرْجُومِ وَلَا سَمِعْت أَحَدًا مِمَّنْ مَضَى يُحِبُّ ذَلِكَ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُحْفَرُ لِلْمَرْأَةِ قَالَ مَالِكٌ وَدَلَّ قَوْلُهُ فَرَأَيْت الرَّجُلَ يَحْنِي عَلَى الْمَرْأَةِ أَنَّهُ لَا يُحْفَرُ لَهُ، وَلَوْ حُفِرَ لَهُ مَا اسْتَطَاعَ أَنْ يَحْنِيَ عَلَيْهَا قَالَ أَشْهَبُ وَإِنْ حُفِرَ لَهُ فَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُخَلَّى لَهُ يَدَاهُ وَيَحْسُنُ عِنْدِي أَنْ لَا يُحْفَرَ لَهُ وَلَا يُرْبَطَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُحْفَرُ لِلْمَرْأَةِ أَنَّ هَذَا شَخْصٌ مَرْجُومٌ فِي الزِّنَا كَالرَّجُلِ قَالَ وَلِأَنَّهُ إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ أَتَتْ الْحِجَارَةُ عَلَى جَمِيعِ أَعْضَائِهِ فَكَانَ أَسْرَعُ لِأَمْرِهِ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الْإِمَامُ يَفْعَلُ مِنْ ذَلِكَ مَا أَحَبَّ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ أَصْبَغَ يُحْفَرُ لِلْمَرْجُومِ وَيُرْسَلُ لَهُ يَدَاهُ يَسْتَتِرُ بِهَا وَيَدْرَأُ بِهَا عَنْ وَجْهِهِ إنْ أَحَبَّ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَقِيهَا الْحِجَارَةَ يَقْتَضِي أَنَّهُ يُرْمَى بِالْحِجَارَةِ الْمُعْتَادِ رَمْيُهَا قَالَ مَالِكٌ يُرْمَى بِالْحِجَارَةِ الَّتِي يُرْمَى بِمِثْلِهَا فَأَمَّا الصُّخُورُ الْعِظَامُ فَلَا يُسْتَطَاعُ الرَّمْيُ بِهَا، وَلَا يُرْفَعُ عَنْهُ حَتَّى يَمُوتَ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ كَانَ اسْمُهُ مَاعِزًا وَكَانَ يَتِيمًا عِنْدَ هَزَّالٍ وَهَذَا هُوَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ الْأَسْلَمِيُّ فَأَتَى أَبَا بَكْرٍ فَأَخْبَرَ أَنَّ الْآخَرَ زَنَى قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ تَفْسِيرُ الْآخَرِ الْيَتِيمَ، وَالْمَشْهُورُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ أَنَّ الْآخَرَ كِنَايَةٌ يُكَنِّي بِهَا الْإِنْسَانُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ عَنْ الْمُخَاطَبِ إذَا أَخْبَرَ عَنْ مُخَاطَبٍ أَوْ مُخَاطِبٍ بِمَا يُسْتَقْبَحُ، وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ هَلْ ذَكَرْت هَذَا لِأَحَدٍ غَيْرِي احْتِرَازٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَخْبَرَ بِذَلِكَ مَنْ يُقِيمُ عَلَيْهِ الشَّهَادَةَ مِمَّنْ لَا يَجْرِي إلَى التَّسَتُّرِ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُ يَفْعَلُ ذَلِكَ مَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّ إظْهَارَ هَذَا عَلَيْهِ قُرْبَةٌ، وَكَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ اعْتَقَدَ أَنَّ تَسَتُّرَهُ أَفْضَلُ مَا لَمْ يَبْلُغْ إلَى الْإِمَامِ وَيَجِبُ الْحَدُّ وَرَأْيُ عُمَرَ فِي ذَلِكَ رَأْيُ أَبِي بَكْرٍ وَقَالَ كَقَوْلِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَمْ تُقْرِرْهُ نَفْسُهُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَقْنَعْ بِقَوْلِهِمَا مَخَافَةَ أَنْ لَا يُنْجِيَهُ مِمَّا اقْتَرَفَهُ إلَّا إقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهِ وَالتَّطْهِيرُ لَهُ فَأَتَى النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ عَنْهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثَلَاثَ مَرَّاتٍ حَتَّى أَكْثَرَ عَلَيْهِ، يُحْتَمَلُ أَنَّهُ إنَّمَا كَانَ يُعْرِضُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا فِي عَقْلِهِ وَضَعْفًا فِي مَيْزِهِ، وَأَنَّهُ مِمَّنْ لَا يَلْزَمُهُ إقْرَارُهُ بَيَّنَ هَذَا أَنَّهُ بَعَثَ إلَى أَهْلِهِ فَقَالَ أَيَشْتَكِي أَبِهِ جِنَّةٌ، وَبَيَّنَ ذَلِكَ إعْرَاضُهُ

(134/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ «أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَشَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرُجِمَ» قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِاعْتِرَافِهِ عَلَى نَفْسِهِ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ عَنْ أَبِيهِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ «أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا زَنَتْ وَهِيَ حَامِلٌ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اذْهَبِي حَتَّى تَضَعِي فَلَمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْهُ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اذْهَبِي حَتَّى تُرْضِعِيهِ فَلَمَّا أَرْضَعَتْهُ جَاءَتْهُ، فَقَالَ اذْهَبِي فَاسْتَوْدِعِيهِ فَاسْتَوْدَعَتْهُ ثُمَّ جَاءَتْ فَأَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ») .

عَنْهُ وَمَنْ يَقُولُ لَا يَلْزَمُهُ الْحَدُّ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَلَا يُعْتَبَرُ الْإِعْرَاضُ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْمَجَالِسُ، وَهَذَا مَجْلِسٌ وَاحِدٌ وَالَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ أَنَّ الْحَدَّ يَلْزَمُهُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ حَتَّى يُقِرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «مَنْ يُبْدِي لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ عَلَيْهِ كِتَابَ اللَّهِ» وَالْمُقِرُّ مَرَّةً قَدْ أَبْدَى صَفْحَتَهُ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ كُلَّ حَدٍّ يَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ لَمْ يَفْتَقِرْ إلَى التَّكْرَارِ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالْقَذْفِ، وَلِأَنَّ كُلَّ مَا أُكِّدَ إنْكَارُهُ أُكِّدَ إقْرَارُهُ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ مَا أَعْرِفُ هَذَا أَنَّ الْإِمَامَ يُعْرِضُ عَنْ الْمُعْتَرِفِ حَتَّى يَعْتَرِفَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَعَثَ إلَى أَهْلِهِ فَقَالَ أَيَشْتَكِي أَبِهِ جِنَّةٌ» يُرِيدُ بِذَلِكَ إنْ كَانَ تَلْزَمُهُ الْحُدُودُ أَوْ لَا تَلْزَمُهُ فَلَمَّا أَعْلَمُوهُ أَنَّهُ صَحِيحُ الْعَقْلِ مِمَّنْ تَلْزَمُهُ الْحُدُودُ قَالَ أَبِكْرٌ أَمْ ثَيِّبٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَالَ ذَلِكَ لِمَاعِزٍ لَمَّا أُخْبِرَ بِصِحَّةِ عَقْلِهِ وَلُزُومِ إقْرَارِهِ لَهُ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يَسْأَلُ الْإِمَامُ الزَّانِيَ هَلْ هُوَ بِكْرٌ أَمْ ثَيِّبٌ وَيَقْبَلُ قَوْلَهُ أَنَّهُ بِكْرٌ إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ ثَيِّبٌ، وَقِيلَ لَا يَسْأَلُهُ حَتَّى يَكْشِفَ عَنْهُ فَإِنْ وَجَدَ مِنْ ذَلِكَ عِلْمًا وَإِلَّا سَأَلَهُ وَقَبِلَ قَوْلَهُ دُونَ يَمِينٍ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَهَذَا أَحَبُّ إلَيْنَا فَعَلَى هَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَ غَيْرَهُ عَنْ كَوْنِهِ بِكْرًا أَوْ ثَيِّبًا لِيَعْلَمَ أَيَّ الْحَدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَدُّ الثَّيِّبِ يُرِيدُ الْمُحْصَنَ أَوْ حَدُّ الْبِكْرِ يُرِيدَ الَّذِي لَمْ يُحْصِنْ فَلَمَّا أُعْلِمَ بِحَالِهِ أَوْجَبَ عَلَيْهِ الرَّجْمَ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُ الْمُحْصَنِ الزَّانِي.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِهَزَّالٍ «يَا هَزَّالُ لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِك لَكَانَ خَيْرًا لَك» هَزَّالٌ هَذَا هُوَ هَزَّالُ بْنُ رِئَابِ بْنِ زَيْدِ بْنِ كُلَيْبٍ الْأَسْلَمِيُّ وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ لَوْ سَتَرْته بِرِدَائِك لَكَانَ خَيْرًا لَك يُرِيدُ مِمَّا أَظْهَرْته مِنْ إظْهَارِ أَمْرِهِ وَإِخْبَارِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ بِهِ فَكَانَ سَتْرُهُ بِأَنْ يَأْمُرَهُ بِالتَّوْبَةِ وَكِتْمَانِ خَطِيئَتِهِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فِيهِ الرِّدَاءَ عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَغَةِ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ تَجِدْ السَّبِيلَ إلَى سَتْرِهِ إلَّا بِأَنْ تَسْتُرَهُ بِرِدَائِك مِمَّنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ لَكَانَ أَفْضَلَ مِمَّا أَتَاهُ وَتَسَبَّبَ إلَى إقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ «أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَشَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَرُجِمَ» قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِاعْتِرَافِهِ عَلَى نَفْسِهِ) .

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا وَشَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ عَلَى سَبِيلِ الْإِخْبَارِ بِمَا

جَرَى لَهُ مِنْ الْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ لَا عَلَى أَنَّ عَدَدَ إِقْرَارِهِ شَرْطٌ فِي لُزُومِ الْحَدِّ لَهُ، وَقَدْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الْعَدَدَ الْمَذْكُورَ، ثُمَّ اسْتَوْعَبَهُ بَعْدَ أَمْرِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْعَبَ الْعَدَدَ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ وَعِنْدَ غَيْرِ رَجُلٍ وَاحِدٍ بَلْ شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ قَوْمٍ، ثُمَّ شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ آخَرِينَ حَتَّى أَكْمَلَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي مَجْلِسٍ وَفِي مَجَالِسَ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي لُزُومِ الْحَدِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِاعْتِرَافِهِ عَلَى نَفْسِهِ فَعَلَّقَ مَا يُؤْخَذُ بِهِ بِالِاعْتِرَافِ الْمُطْلَقِ دُونَ الْعَدَدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ «أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا زَنَتْ وَهِيَ حَامِلٌ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْ عَنْ نَفْسِهَا بِأَنَّهَا زَنَتْ حِينَ حَمْلِهَا مِنْ غَيْرِهِ

(135/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ أَحَدُهُمَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ. وَقَالَ الْآخَرُ: وَهُوَ أَفْقَهُهُمَا أَجَلْ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَاقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَائْذَنْ لِي فِي أَنْ أَتَكَلَّمَ فَقَالَ تَكَلَّمْ قَالَ: إنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَافْتَدَيْت مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَبِجَارِيَةٍ لِي، ثُمَّ إنِّي سَأَلْت أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ مَا عَلَى ابْنِي جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَأَخْبَرُونِي إنَّمَا الرَّجْمُ عَلَى امْرَأَتِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَا وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ أَمَّا غَنَمُك وَجَارِيَتُك فَرَدٌّ عَلَيْك، وَجَلَدَ ابْنَهُ مِائَةً وَغَرَّبَهُ عَامًا، وَأَمَرَ أُنَيْسًا الْأَسْلَمِيَّ أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الْآخَرِ فَإِنْ اعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا فَاعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا» قَالَ مَالِكٌ وَالْعَسِيفُ الْأَجِيرُ)

[المنتقى]

وَلَعَلَّهَا بَيَّنَتْ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَسْأَلْ عَنْ إحْصَانٍ وَلَا غَيْرِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا زَنَتْ وَأَنَّهَا الْآنَ حَامِلٌ مِنْ ذَلِكَ أَوْ غَيْرِهِ فَأَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ تَذْهَبَ حَتَّى تَضَعَ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَ الْإِقْرَارِ قَدْ لَزِمَهَا وَلَوْ لَمْ يَلْزَمْهَا لَمْ يَمْنَعْ الْحَمْلُ مِنْ إقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا كَانَ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ عَدَمُ تَكْرَارِ إقْرَارِهَا فَكَانَ يَقُولُ اذْهَبِي حَتَّى يَتَكَرَّرَ إقْرَارُك لَكِنَّهُ مَنَعَ مِنْ إقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا الْحَمْلُ؛

لِأَنَّ مَا فِي بَطْنِهَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَتْلٌ سَوَاءٌ كَانَ مِنْ زِنًا أَوْ غَيْرِهِ وَقِبِلَ قَوْلَهَا فِيمَا ادَّعَتْهُ مِنْ الْحَمْلِ إنْ كَانَ ظَاهِرًا لِظُهُورِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ فَلْيَتَبَيَّنْ أَمْرَهَا وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِزِنًا أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ أَوْ قَذْفٍ أَوْ قِصَاصٍ يَقُولُ إنَّهَا حَامِلٌ لَا يَعْجَلْ عَلَيْهَا الْإِمَامُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرَهَا، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا تُرِكَتْ حَتَّى تَضَعَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَلَمَّا وَضَعَتْهُ جَاءَتْهُ قَالَ لَهَا اذْهَبِي حَتَّى تُرْضِعِيهِ» يُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يَسْتَرْضِعُ مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَلَمْ يَقْبَلْ رِضَاعَ غَيْرِهَا فَعَلَى هَذَا لَا تُرْجَمُ حَتَّى تُتِمَّ رِضَاعَهُ.

وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ لِأَنَّ هَذَا قَتْلٌ لِلْوَلَدِ وَأَمَّا لَوْ قَبِلَ رِضَاعَ غَيْرِهَا، وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَسْتَرْضِعُ لَهُ مِنْهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ عِيسَى هَذَا الْعَمَلُ عَلَى حَدِيثِ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَقَرَّتْ بِالزِّنَا وَهِيَ حَامِلٌ فَأَمَرَهَا أَنْ تَذْهَبَ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا أَرَى أَنْ يَصْنَعَ فِي ذَلِكَ كَمَا صَنَعَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَكِنَّهُ سُنَّةٌ قَدْ سَنَّهَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ وُجِدَ لِابْنِهَا مَا تَسْتَرْضِعُ لَهُ بِهِ أَوْ كَانَ لَهُ مَنْ يُرْضِعُهُ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَلَا تُؤَخَّرُ حَتَّى تَسْتَقِلَّ مِنْ نِفَاسِهَا قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا فِي الْقَتْلِ وَالرَّجْمِ وَحَكَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَكَذَلِكَ كُلُّ حَدٍّ يَكُونُ فِيهِ الْقَتْلُ فَإِنَّهُ يُسْتَعْجَلُ بِالْمَرِيضِ وَلَا يُنْتَظَرُ بِهِ إفَاقَتُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهَا تُرْجَمُ وَلَا تَنْتَظِرُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ، وَدَلِيلُنَا الْحَدِيثُ الْمَنْصُوصُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَلَمَّا أَرْضَعَتْهُ جَاءَتْهُ فَقَالَ اذْهَبِي فَاسْتَوْدِعِيهِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَضْعَهَا إيَّاهُ عِنْدَ مَنْ يَحْضُنُهُ وَيَكْفُلُهُ؛ لِأَنَّ طَرْحَهُ سَبَبٌ إلَى هَلَاكِهِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ لَهُ مِنْ أَهْلِهِ مِنْ قِبَلِ أَبَوَيْهِ إنْ كَانَ لِرِشْدَةٍ أَوْ مِنْ قِبَلِ أُمِّهِ إنْ كَانَ لِغِيَّةٍ مَنْ يَقُومُ بِذَلِكَ فَلَمَّا أَتَتْ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ أَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرُجِمَتْ.

(ش) : قَوْلُ أَحَدِ الرَّجُلَيْنِ الْمُتَخَاصِمَيْنِ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ قِيلَ مَعْنَاهُ اقْضِ بَيْنَنَا بِمَا كَتَبَ اللَّهُ أَيْ فَرَضَ، وَلَمْ يُرِدْ الْقُرْآنَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا بِالْحَقِّ الَّذِي أَوْجَبَهُ كِتَابُ اللَّهِ الْمُنَزَّلُ عَلَيْك، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِمَا تَضَمَّنَهُ كِتَابُ اللَّهِ مِنْ الْحُكْمِ دُونَ غَيْرِهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ إنَّ الْآخَرَ كَانَ أَفْقَهَهُمَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَصَفَهُ بِأَنَّهُ أَفْقَهُهُمَا لَمَّا حَكَمَ بِمَا أَوْرَدَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وُصِفَ بِذَلِكَ لِمَا كَانَ عَلَيْهِ فَوَصَفَ ذَلِكَ مَنْ عَرَفَ حَالَهُمَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وُصِفَ بِذَلِكَ لَمَّا وَصَفَ الْقَضِيَّةَ عَلَى مَا جَرَتْ وَأَوْرَدَ مِنْهَا مَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلَمْ يُرِدْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ

. . . .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «إنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا» عَلَى هَذَا قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الْعَسِيفُ الْأَجِيرُ وَقَوْلُهُ فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ إخْبَارٌ عَنْ ابْنِهِ وَعَنْ زَوْجَةِ خَصْمِهِ بِالزِّنَا، وَحُكْمُ هَذَا أَنَّهُمَا إنْ صَدَّقَاهُ حُدَّا وَلَمْ يَكُنْ قَاذِفًا، وَإِنْ كَذَّبَاهُ فَإِنْ قَامَا يَطْلُبَانِهِ بِحَدِّ الْقَذْفِ فَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى قَاذِفِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ، ثُمَّ أَكْذَب بَيِّنَتَهُ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، وَيُحَدُّ الْقَاذِفُ؛ لِأَنَّهُ كَالْعَفْوِ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ وَإِذَا هَمَّ الْإِمَامُ بِضَرْبِ الْقَاذِفِ فَأَقَرَّ الْمَقْذُوفُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا وَصَدَّقَهُ فَإِنْ ثَبَتَ إقْرَارُهُ حُدَّ الْمَقْذُوفُ بِالزِّنَا، وَلَمْ يُحَدَّ الْقَاذِفُ. وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إذَا رَجَعَ عَنْ إقْرَارِهِ بِتَوْرِيكٍ دُرِئَ عَنْ الْقَاذِفِ الْحَدُّ بِإِقْرَارِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ هَذَا أَحَبُّ إلَيَّ مَا لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهُ أَرَادَ بِإِقْرَارِهِ إسْقَاطَ الْحَدِّ عَنْ الْقَاذِفِ فَيَبْطُلُ إقْرَارُهُ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يُبْطِلْ ذَلِكَ الْمَقْذُوفُ وَلَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَهُوَ قَاذِفٌ لَهُمَا، وَلَعَلَّ هَذَا قَدْ عُلِمَ مِنْ حَالِهِمَا أَنَّهُمَا قَدْ أَقَرَّا بِذَلِكَ بِحَضْرَةِ بَيِّنَةٍ تَشْهَدُ لَهُ بِذَلِكَ، أَوْ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً بِزِنَاهُمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ بِهِ عَلَيْهِمَا إنْ احْتَاجَ إلَى ذَلِكَ بِتَكْذِيبِهِمَا أَوْ تَكْذِيبِ أَحَدِهِمَا لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَافْتَدَيْت مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَجَارِيَةٍ لِي نَصٌّ فِي أَنَّهُ أَعْطَاهُ الْغَنَمَ وَالْجَارِيَةَ لِيُسْقِطَ عَنْ ابْنِهِ الْمُطَالَبَةَ بِذَلِكَ، فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ ذَلِكَ لَمَّا اعْتَقَدَ أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ يَصِحُّ إسْقَاطُهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إعْطَاؤُهُ إيَّاهُ لِيَسْتُرَ عَلَيْهِ، وَيَتْرُكَ قِيَامَهُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضًا عَلَى ذَلِكَ بِوَجْهٍ؛ لِأَنَّ الرَّجْمَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَيْسَ لِأَحَدٍ تَرْكُهُ بِعِوَضٍ وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ فِي ذَلِكَ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ أَنَّ مَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَلْزَمُ ابْنَهُ مِنْ الرَّجْمِ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُ، وَكَذَلِكَ أَخْبَرَ أَهْلُ الْعِلْمِ وَالِدَ الزَّانِي الْبِكْرِ أَنْ لَيْسَ عَلَى ابْنِهِ إلَّا جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَإِنَّمَا الرَّجْمُ عَلَى امْرَأَتِهِ فَأَخَذَ عِوَضًا عَلَى إسْقَاطِ مَا لَمْ يَجِبْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ يَقْضِي بَيْنَهُمَا بِالْحَقِّ الَّذِي وَرَدَ كِتَابُ اللَّهِ بِالْحُكْمِ بِهِ، وَيُحْتَمَلُ بِأَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا بِمَا تَضَمَّنَهُ

كِتَابُ اللَّهِ مِنْ حُكْمِ مَسْأَلَتِهِ فَيَذْهَبُ فِي رَدِّ الْجَارِيَةِ وَالْغَنَمِ إلَى قَوْله تَعَالَى {وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} [البقرة: 188] وَفِي الْجَلْدِ إلَى قَوْله تَعَالَى {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ} [النور: 2] وَفِي الرَّجْمِ إلَى مَا يُرْوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ نَزَلَ مِنْ الْقُرْآنِ مِنْ حُكْمِ الرَّجْمِ عَلَى الثَّيِّبِ مِنْ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَلَدَ ابْنَهُ مِائَةً وَغَرَّبَهُ عَامًا نَصٌّ فِي تَغْرِيبِ الزَّانِي وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا تَغْرِيبَ عَلَى الزَّانِي وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ مَعْصِيَةٍ يَتَعَلَّقُ بِهَا قَتْلٌ أَوْ مَا هُوَ دُونَهُ مِنْ جَلْدٍ أَوْ قَطْعٍ فَإِنَّ مَعَ الْأَدْوَنِ الْحَبْسَ كَالْقَتْلِ وَالْحِرَابَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ التَّغْرِيبَ عَلَى الْحُرِّ الذَّكَرِ دُونَ الْمَرْأَةِ وَدُونَ الْعَبْدِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إذَا زَنَتْ الْأَمَةُ فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ بِيعُوهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ» ، وَهَذَا مَوْضِعُ تَعْلِيمٍ فَاقْتَضَى أَنَّهُ اسْتَوْعَبَ مَا عَلَيْهَا وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْمَرْأَةَ عَوْرَةٌ وَفِي تَغْرِيبِهَا تَعْرِيضٌ لَهَا لِزَوَالِ السَّتْرِ عَنْهَا، وَالْأَمَةُ حَقُّ السَّيِّدِ مُتَعَلِّقٌ بِمَنَافِعِهَا، وَإِنَّمَا يُغَرَّبُ الرَّجُلُ عُقُوبَةً لِيَنْقَطِعَ عَنْ مَنَافِعِهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الْعُقُوبَةَ إذَا لَمْ تَتَبَعَّضْ لَمْ تَلْزَمْ الْعَبْدَ بِالزِّنَا كَالرَّجْمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ التَّغْرِيبَ يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ الذَّكَرِ فَإِنَّهُ يُبْعَدُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُنْفَى مِنْ مِصْرَ إلَى الْحِجَازِ وَإِلَى مِثْلِ شُعَبَ وَمَا وَالَاهَا وَمِنْ الْمَدِينَةِ إلَى مِثْلِ فَدَكَ وَخَيْبَرَ ذَكَرَ مَالِكٌ أَنَّهُ يُنْفَى عِنْدَهُمْ، كَذَلِكَ نَفَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ مِنْ مِصْرَ إلَى شُعَبَ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَيُنْفَى مِنْ مِصْرَ إلَى أُسْوَانَ وَإِلَى أَدْوَنَ مِنْهَا، وَذَلِكَ بِحَيْثُ يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الِاغْتِرَابِ وَلَا يُبْعَدُ كُلَّ الْبُعْدِ بِمَا ضَاعَ وَبَعُدَ عَنْ أَنْ يُدْرِكَهُ مَنْفَعَةُ مَالِهِ وَأَهْلِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَكِرَاؤُهُ فِي سَيْرِهِ فَإِنْ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ فِي الزِّنَا وَالْمُحَارِبِ قَالَهُ أَصْبَغُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَفِي الْمُسْلِمِينَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :
وَيُكْتَبُ إلَى وَالِي الْبَلَدِ الَّذِي يُغَرَّبُ إلَيْهِ أَنْ يَقْبِضَهُ

(137/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَرَأَيْت لَوْ أَنِّي وَجَدْت مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أَأُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَعَمْ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنْ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إذَا أَحْصَنَ إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ الْحَبَلُ أَوْ الِاعْتِرَافُ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَتَاهُ رَجُلٌ وَهُوَ بِالشَّامِ فَذَكَرَ لَهُ أَنَّهُ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَبَعَثَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَبَا وَاقِدٍ اللَّيْثِيَّ إلَى امْرَأَتِهِ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ فَأَتَاهَا وَعِنْدَهَا نِسْوَةٌ حَوْلَهَا فَذَكَرَ لَهَا الَّذِي قَالَ زَوْجُهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَأَخْبَرَهَا أَنَّهَا لَا تُؤَاخَذُ بِقَوْلِهِ وَجَعَلَ يُلَقِّنُهَا أَشْبَاهَ ذَلِكَ لِتَنْزِعَ فَأَبَتْ أَنْ تَنْزِعَ وَتَمَّتْ عَلَى الِاعْتِرَافِ فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ فَرُجِمَتْ)
.

[المنتقى]
وَيَسْجُنُهُ سَنَةً عِنْدَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ يُؤَرِّخُ يَوْمَ سِجْنِهِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُتَوَصَّلَ بِهِ إلَى مَعْرِفَةِ اسْتِيعَابِهِ الْعَامَ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ وَأَمَرَ أُنَيْسًا الْأَسْلَمِيَّ قِيلَ أَنَّهُ أُنَيْسُ بْنُ الضَّحَّاكِ الْأَسْلَمِيُّ أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الْآخَرِ فَإِنْ اعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ جَلْدًا وَلَا جَلْدَ عَلَى الثَّيِّبِ وَهُوَ مَذْهَبُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ.
وَرُوِيَ عَنْ دَاوُد يُجْلَدُ الثَّيِّبُ وَيُرْجَمُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا» وَهُوَ وَقْتُ تَعْلِيمٍ وَاسْتِيفَاءِ الْحُكْمِ، وَلَمْ يَذْكُرْ جَلْدًا فَثَبَتَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ حُكْمِ الثَّيِّبِ الزَّانِي وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مَعْنًى يُوجِبُ الْقَتْلَ بِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَمْ يَجِبْ فِيهِ الْجَلْدُ

مَعَ الْقَتْلِ كَالرِّدَّةِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مَنْ جُلِدَ فِي الزِّنَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ مُحْصَنٌ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ وَلَا يُجْزِئُهُ الْجَلْدُ.

وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَعَلَ ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّهُ إنْ صَحَّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي ذَلِكَ شَيْءٌ فَإِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُ سَعْدٍ فِيمَنْ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيُمْهِلُهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ إعْظَامًا لِهَذَا وَإِظْهَارًا لِمَا فِي نَفْسِهِ مِنْ الْغَيْرَةِ وَمَا جُبِلَ عَلَيْهِ مِنْ الْإِسْرَاعِ إلَى قَتْلِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَقْتَضِي أَنْ يُقَابَلَ بِهِ قِبَلَ هَذَا عِنْدَهُ فَأَعْلَمَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنَّهُ لَيْسَ التَّسَرُّعُ إلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ ثَبَتَتْ وَحُكْمِ إمَامٍ يَسْتَوْفِي الْحُقُوقَ وَيُقِيمُ الْحُدُودَ، وَأَمَّا أَنْ يُسْرِعَ إلَيْهِ فَلَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى إذَا أُحْصِنَ يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «إنَّهُ مِمَّا أُنْزِلَ فِي الْقُرْآنِ مِنْ آيَةِ الرَّجْمِ» وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَقَوْلُهُ إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ يُرِيدُ بِالزِّنَا أَوْ كَانَ الْحَمْلُ وَالِاعْتِرَافُ يُرِيدُ أَنْ يَظْهَرَ بِالْمَرْأَةِ حَمْلٌ لَا يَلْحَقُ بِأَحَدٍ وَلَا يُنْفَى بِلِعَانٍ، وَأَمَّا مَا لَحِقَ بِزَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ أَوْ نُفِيَ بِلِعَانٍ فَلَا يُوجِبُ حَدًّا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مَنْ وَطِئَ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ وَدَخَلَ مِنْ مَائِهِ فِي قُبُلِهَا أَنَّهُ لَا يَكُونُ مِنْهُ وَلَدٌ وَلَوْ كَانَ مِنْهُ وَلَدٌ لَمْ يَجِبْ عَلَى مَنْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ حَدٌّ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُبَاشِرُ لَهَا وَطِئَ فِي غَيْرِ الْفَرْجِ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ، وَأَمَّا الِاعْتِرَافُ فَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَتَاهُ رَجُلٌ وَهُوَ بِالشَّامِ يَقْتَضِي أَنَّ الْإِمَامَ حَيْثُ حَلَّ مِنْ عَمَلِهِ يَنْظُرُ فِي الْأَحْكَامِ وَلَمَّا ذَكَرَ لَهُ الرَّجُلُ أَنَّهُ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَرْسَلَ أَبَا وَاقِدٍ اللَّيْثِيَّ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ لِمَا يَتَعَلَّقُ مِنْ الْأَحْكَامِ الْمُخْتَلِفَةِ بِإِقْرَارِهَا وَإِنْكَارِهَا، وَأَرْسَلَ أَبَا وَاقِدٍ اللَّيْثِيَّ نَائِبًا عَنْهُ فِي تَوْقِيفِهَا عَلَى مَا ذَكَرَ عَنْهَا زَوْجُهَا، وَثَبَتَ عِنْدَهُ إقْرَارُهَا وَإِنْكَارُهَا وَحُكْمُهَا فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْحَاكِمِ، وَلِذَلِكَ يَجْرِي فِيهِ الْحَدُّ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ لَمَّا صَدَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ مِنًى أَنَاخَ بِالْأَبْطَحِ ثُمَّ كَوَّمَ كَوْمَةً بَطْحَاءَ ثُمَّ طَرَحَ عَلَيْهَا رِدَاءَهُ وَاسْتَلْقَى، ثُمَّ مَدَّ يَدَيْهِ إلَى السَّمَاءِ فَقَالَ:

اللَّهُمَّ كَبِرَتْ سِنِّي وَضَعُفَتْ قُوَّتِي وَانْتَشَرَتْ رَعِيَّتِي فَاقْبِضْنِي إلَيْك غَيْرَ مُضَيِّعٍ وَلَا مُفَرِّطٍ، ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَخَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ سُنَّتْ لَكُمْ السُّنَنُ وَفُرِضَتْ لَكُمْ الْفَرَائِضُ وَتُرِكْتُمْ عَلَى الْوَاضِحَةِ إلَّا أَنْ تَضِلُّوا بِالنَّاسِ يَمِينًا وَشِمَالًا، وَضَرَبَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ عَلَى الْأُخْرَى، ثُمَّ قَالَ إيَّاكُمْ أَنْ تَهْلِكُوا عَنْ آيَةِ الرَّجْمِ يَقُولُ قَائِلٌ لَا نَجِدُ حَدَّيْنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَقَدْ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجَمْنَا وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى لَكَتَبْتهَا الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتَّةَ فَإِنَّا قَدْ قَرَأْنَاهَا قَالَ مَالِكٌ قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ فَمَا انْسَلَخَ ذُو الْحِجَّةِ حَتَّى قُتِلَ عُمَرُ – رَحِمَهُ اللَّهُ – قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ قَوْلَهُ الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ يَعْنِي الثَّيِّبَ وَالثَّيِّبَةَ فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتَّةَ) .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَخْبَرَهَا أَبُو وَاقِدٍ اللَّيْثِيُّ بِمَا قَالَ زَوْجُهَا وَأَخْبَرَهَا أَنَّهَا لَا تُؤْخَذُ بِقَوْلِهِ وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ لِتَنْزِعَ عَلَى مَعْنَى التَّلْقِينِ لَهَا لِئَلَّا يُدْرِكَهَا مِنْ الْأَمْرِ مَا يَبْهَتُهَا وَيَمْنَعُهَا مِنْ النَّظَرِ لِنَفْسِهَا وَالْقِيَامِ بِحُجَّتِهَا وَالْمُدَافَعَةِ عَنْهَا فَلَمَّا تَمَادَتْ عَلَى الِاعْتِرَافِ أَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا رَجَعَ ذَلِكَ إلَيْهِ أَبُو وَاقِدٍ أَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ النَّائِبَ عَنْ الْحَاكِمِ بِأَمْرِهِ يَثْبُتُ عِنْدَهُ مَا يَثْبُتُ عِنْدَ النَّائِبِ بِقَوْلِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ رَفَعَ ذَلِكَ إلَيْهِ شَاهِدَانِ أَشْهَدَهُمَا أَبُو وَاقِدٍ عَلَى ثُبُوتٍ عِنْدَهُ، أَوْ رَفَعَ ذَلِكَ إلَى عُمَرَ غَيْرُ الشُّهُودِ عَلَيْهَا بِالتَّمَادِي عَلَى الِاعْتِرَافِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَمَّا صَدَرَ مِنْ مِنًى يُرِيدُ فِي آخِرِ حَجَّتِهِ الَّذِي قُتِلَ بَعْدَ انْصِرَافِهِ مِنْهَا فَلَمَّا رَجَعَ مِنْ مِنًى إلَى مَكَّةَ يَوْمَ الصَّدْرِ أَنَاخَ بِالْأَبْطَحِ وَهُوَ بِأَعْلَى مَكَّةَ إمَّا؛ لِأَنَّهُ رَأَى التَّحْصِيبَ مَشْرُوعًا؛ أَوْ لِأَنَّهُ نَزَلَ بِهِ حَتَّى يَقْضِيَ مَا عَلَيْهِ وَيَطُوفَ لِلْوَدَاعِ ثُمَّ يُقْفِلَ مِنْهُ إلَى الْمَدِينَةِ فَكَوَّمَ كَوْمَةً بَطْحَاءَ يُرِيدُ جَمَعَ كَوْمًا وَهُوَ الْكُدْيَةُ مِنْ التُّرَابِ، ثُمَّ طَرَحَ عَلَى الْكَوْمِ رِدَاءَهُ لَيَقِيَهُ التُّرَابَ، ثُمَّ اسْتَلْقَى لَعَلَّهُ يُرِيدُ عَلَى ظَهْرِهِ ثُمَّ مَدَّ يَدَهُ إلَى السَّمَاءِ يُرِيدُ رَفَعَهُمَا رَاغِبًا إلَى اللَّهِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ كَبِرَتْ سِنِّي وَضَعُفَتْ قُوَّتِي يُرِيدُ أَنَّهُ ضَعُفَ عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الِاجْتِهَادِ فِي الْعِبَادَةِ وَالنَّظَرِ لِلْمُسْلِمِينَ مَعَ انْتِشَارِ رَعِيَّتِهِ بِبُعْدِ الْأَقْطَارِ فَاقْبِضْنِي إلَيْك غَيْرَ مُضَيِّعٍ وَلَا مُفَرِّطٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنْ يَهَبَهُ مِنْ الْعَوْنِ عَلَى مَا كَلَّفَهُ مَا يَعْصِمُهُ مِنْ التَّضْيِيعِ وَالتَّفْرِيطِ إلَى أَنْ يَمُوتَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَدْعُوَ بِتَعْجِيلِ مِيتَةٍ لَمَّا خَشِيَ أَنْ يَقَعَ مِنْهُ تَضْيِيعٌ أَوْ تَفْرِيطٌ لِضَعْفِ قُوَّتِهِ وَانْتِشَارِ رَعِيَّتِهِ وَلَيْسَ هَذَا مِمَّا نَهَى عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ

أَنْ يَدْعُوَ أَحَدٌ بِالْمَوْتِ لِضُرٍّ نَزَلَ بِهِ، وَإِنَّمَا دُعَاءُ عُمَرَ بِالْمَوْتِ خَوْفَ التَّفْرِيطِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْمُوَطَّأِ مِنْ «دُعَاءِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَإِذَا أَرَدْت بِقَوْمٍ فِتْنَةً فَاقْبِضْنِي إلَيْك غَيْرَ مَفْتُونٍ» وَهَذَا أَشْبَهُ بِمَا رُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قَالَ فَمَا انْسَلَخَ ذُو الْحِجَّةِ حَتَّى قُتِلَ عُمَرُ – رَحِمَهُ اللَّهُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَخَطَبَ النَّاسَ لَعَلَّهُ قَدْ اسْتَشْعَرَ إجَابَةَ دَعْوَتِهِ فَخَطَبَ النَّاسَ مُعَلِّمًا لَهُمْ بِمَا خَافَ إشْكَالَهُ مِنْ الْأَحْكَامِ وَمُذَكِّرًا لَهُمْ وَوَاعِظًا وَمُوَدِّعًا قَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ سُنَّتْ لَكُمْ السُّنَنُ وَفُرِضَتْ لَكُمْ الْفَرَائِضُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالسُّنَنِ طُرُقَ الشَّرِيعَةِ وَأَحْكَامَهَا وَبِالْفَرَائِضِ الْمُقَدَّرَاتِ قَالَ وَتُرِكْتُمْ عَلَى الْوَاضِحَةِ يُرِيدُ عَلَى الطَّرِيقَةِ الْوَاضِحَةِ الْبَيِّنَةِ الَّتِي لَا يُخَافُ عَلَى مَالِكِهَا ضَلَالًا إلَّا أَنْ تَضِلُّوا بِالنَّاسِ ظَاهِرُهُ أَنَّهُ خَاطَبَ بِذَلِكَ الصَّحَابَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – وَأَهْلَ الْعِلْمِ مُحَذِّرًا لَهُمْ عَنْ أَنْ يَضِلُّوا بِالنَّاسِ فَيَحْمِلُهُمْ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقَةِ الْوَاضِحَةِ عَلَى حَسْبِ مَا يَفْعَلُ الضَّالُّ عَنْ الطَّرِيقِ يَأْخُذُ عَنْ يَمِينِهَا أَوْ عَنْ شِمَالِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ضَرَبَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ عَلَى الْأُخْرَى يُحْتَمَلُ أَنَّهُ ضَرَبَ بِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى عَلَى مَعْنَى

(139/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ وَلَدَتْ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهَا إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ

[المنتقى]

الْقَطْعِ لِكَلَامِهِ وَالْإِشَارَةِ إلَى أَنَّ مَا قَالَهُ أَمْرٌ قَدْ فَرَغَ مِنْهُ لَا اعْتِرَاضَ فِيهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَضْرِبَ بِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى أَوْ يُزِيلَهَا عَنْهَا إلَى جَانِبٍ عَلَى سَبِيلِ أَنْ يَضِلَّ الْعُلَمَاءُ بِالنَّاسِ يَمِينًا وَشِمَالًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تَهْلِكُوا عَنْ آيَةِ الرَّجْمِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ تَهْلِكُوا بِالْإِنْكَارِ لَهَا وَالِاعْتِرَاضِ عَنْهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْإِنْكَارِ لِنُزُولِهَا فِيمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ الْقُرْآنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الْإِنْكَارَ لِبَقَاءِ حُكْمِهَا وَذَلِكَ بِأَنْ يَقُولَ قَائِلٌ لَا نَجِدُ حَدَّيْنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَيَحْتَمِلُ ذَلِكَ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَعِيبَ قَوْلَ مَنْ قَالَ لَمْ تَنْزِلْ آيَةُ الرَّجْمِ بِقُرْآنٍ، وَإِنَّمَا ثَبَتَتْ بِسُنَّةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ – وَفِعْلِهِ، وَالثَّانِي أَنْ يَعِيبَ قَوْلَ مَنْ يُنْكِرُ الرَّجْمَ جُمْلَةً إنْ كَانَ أَنْكَرَهُ أَحَدٌ، وَزَعَمَ أَنَّ حَدَّ الزِّنَا الْجَلْدُ لَلْمُحصَنِ وَغَيْرِ الْمُحْصَنِ، وَأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجُودُ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ دُونَ الرَّجْمِ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَقَدْ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجَمْنَا فَظَاهِرُ هَذَا يَقْتَضِي إثْبَاتَ الرَّجْمِ خَاصَّةً وَالرَّدَّ عَلَى مُنْكِرِهِ مِنْ التَّمْثِيلِ لِمَا عَابَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ فَقَدْ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – امْتِثَالًا لِآيَةِ الرَّجْمِ وَرَجَمْنَا عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ اللَّهِ لَكَتَبْتهَا بِيَدِي يُرِيدُ آيَةَ الرَّجْمِ وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ ابْنُ الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ اللَّهِ أَنَّ قَوْمًا خَالَفُوهُ فِي أَنَّ آيَةَ الرَّجْمِ نَزَلَتْ فِيمَا نَزَلَ مِنْ الْقُرْآنِ، وَلَا يَصِحُّ إثْبَاتُ قُرْآنٍ إلَّا بِإِجْمَاعٍ وَخَبَرٍ مُتَوَاتِرٍ فَيَقُولُ مَنْ يُخَالِفُهُ فِي أَنَّهَا مِنْ الْقُرْآنِ بِقَوْلِ زَادَ فِي الْقُرْآنِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، وَمَنْ يُوَافِقُهُ عَلَى أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي الْقُرْآنِ أَنْ يَقُولَ زَادَ فِي الْقُرْآنِ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتُ فِيهِ لِكَوْنِهِ مُخْتَلَفًا فِي إثْبَاتِهِ.

وَيَحْتَمِلُ وَجْهًا آخَرَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ النَّاسِ وَافَقُوهُ عَلَى أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي الْقُرْآنِ وَلَكِنْ نُسِخَتْ تِلَاوَتُهَا وَبَقِيَ حُكْمُهَا فَلَا يَجُوزُ إثْبَاتُهَا فِي الْمُصْحَفِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِيهِ إلَّا مَا ثَبَتَتْ تِلَاوَتُهُ دُونَ مَا نُسِخَتْ تِلَاوَتُهُ وَإِنْ بَقِيَ حُكْمُهُ فَيَكُونُ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّمَا تَوَقَّفَ عَنْ إثْبَاتِهَا بِيَدِهِ فِي الْمُصْحَفِ مَخَافَةَ أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِأَنْ كَتَبَ فِيهِ مَا لَا يُكْتَبُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نُسِخَ إثْبَاتُهُ فِي الْمُصْحَفِ كَمَا نُسِخَتْ تِلَاوَتُهُ، ثُمَّ ذَكَرَ الْآيَةَ الَّتِي أَشَارَ إلَيْهَا وَهِيَ الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتَّةَ، وَلَمْ يُخَالِفْهُ أَحَدٌ فِيمَا ذَكَرَهُ مِنْ أَحْكَامِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ وَيَقْتَضِي ذَلِكَ إقْبَالَ النَّاسِ مِنْ أَهْلِ عَصْرِهِ بِأَمْرِ الْقُرْآنِ، وَالْمَنْعَ مِنْ أَنْ يُزَادَ فِيهِ مَا لَمْ يَثْبُتْ فِي الْمُصْحَفِ أَوْ يَنْقُصْ شَيْءٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ إذَا مُنِعَتْ الزِّيَادَةُ فَبِأَنْ يُمْنَعَ النَّقْصُ أَوْلَى لِأَنَّ الزِّيَادَةَ إنَّمَا تُمْنَعُ لِئَلَّا يُضَافَ إلَى الْقُرْآنِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، وَنَقْصُ بَعْضِ الْقُرْآنِ وَإِطْرَاحُهُ أَشَدُّ، وَلَعَلَّ مَا أُضِيفَ إلَى أُبَيٍّ وَغَيْرِهِ مِنْ إثْبَاتِ الْقُنُوتِ أَوْ غَيْرِهِ فِي الْمُصْحَفِ إنَّمَا كَانَ فِي أَوَّلِ زَمَنِ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، ثُمَّ وَقَعَ الِاجْتِمَاعُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْعِ مِنْهُ، وَإِنَّمَا بَقِيَ إلَى زَمَنِ عُثْمَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – مَا أَثْبَتَ عَلَى أَنَّهُ قُرْآنٌ مِمَّا قَرَأَ بِهِ بَعْضُ الصَّحَابَةِ؛ إمَّا لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ الْقُرْآنِ ثُمَّ نُسِخَ؛ أَوْ لِأَنَّهُ وُهِمَ فِيهِ وَلَمْ يَقُمْ الْإِجْمَاعُ عَلَيْهِ فَنَظَرَ عُثْمَانُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِي ذَلِكَ وَإِنْ زَالَ عَنْهُ بَعْضُ تِلْكَ الْأَلْفَاظِ الَّتِي زَعَمَ بَعْضُ النَّاسِ أَنَّهَا تَثْبُتُ فِي مُصْحَفِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَجَمِيعُ النَّاسِ عَلَى الْمُتَوَاتِرِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ فَاسْتَوْعَبَ الْمُصْحَفُ الَّذِي أَثْبَتَهُ جَمِيعَ الْقُرْآنِ، وَنَفَى عَنْهُ مَا لَيْسَ مِنْ الْقُرْآنِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ابْنِ الْمُسَيِّبِ فَمَا انْسَلَخَ ذُو الْحِجَّةِ حَتَّى قُتِلَ عُمَرُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - بَيَّنَ أَنَّ خُطْبَتَهُ تِلْكَ كَانَتْ فِي آخِرِ عُمْرِهِ وَبَيْنَ يَدَيْ مَنِيَّتِهِ، وَقَوْلُ مَالِكٍ سَمِعْت أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ يَعْنِي الثَّيِّبَ وَالثَّيِّبَةَ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْمُحْصَنَ وَالْمُحْصَنَةَ؛ لِأَنَّ الثُّيُوبَةَ فِي الْغَالِبِ يَكُونُ بِهَا الْإِحْصَانُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُخَاطَبَ بِذَلِكَ الْأَحْرَارُ وَالْحَرَائِرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(140/7)

الْعَزِيزِ {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف: 15] . وَقَالَ {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233] فَالْحَمْلُ يَكُونُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَلَا رَجْمَ عَلَيْهَا، فَبَعَثَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ فِي أَثَرِهَا فَوَجَدَهَا قَدْ رُجِمَتْ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ الَّذِي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ عَلَيْهِ الرَّجْمُ أُحْصِنَ أَوْ لَمْ يُحْصَنْ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ وَلَدَتْ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ يُرِيدُ بَعْدَ أَنْ نُكِحَتْ فَأَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ حَمْلٌ إلَّا عَنْ وَطْءٍ يَلْتَقِي فِيهِ الْخِتَانَانِ، وَاعْتَقَدَ أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَكُونُ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ إمَّا لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ إلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ نَحْوِهَا فَلِذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهَا إذْ يَقْتَضِي اعْتِقَادُ الْأَمْرَيْنِ أَنَّهُ حَمْلٌ مِنْ جِمَاعٍ مُتَقَدِّمٍ عَلَى نِكَاحِهَا، وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّ فِرَاشٌ يُضَافُ إلَيْهِ مِنْ نِكَاحٍ مُتَقَدِّمٍ عَلَيْهِ لِمَوْتٍ يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ، وَإِنَّمَا أَتَتْ بِهِ بَعْدَ النِّكَاحِ الْأَوَّلِ لِمُدَّةٍ قَدْ لَا يَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ لِانْقِضَاءِ أَكْثَرِ أَمَدِ الْحَمْلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فَحَكَمَ بِأَنَّهُ مِنْ زِنًا وَكَانَتْ ثَيِّبًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ بِنَاءُ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ بِهَا وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ زَوْجٌ أَوَّلٌ لَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّهَا زَنَتْ فِي وَقْتِ بَكَارَةٍ فَلَمْ يَكُنْ حُكْمُهَا إلَّا الْجَلْدَ، وَإِنْ أُقِيمَ عَلَيْهَا الْحَدُّ بَعْدَ الْإِحْصَانِ؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِحَالِهَا حِينَ وُقُوعِ الْجِمَاعِ دُونَ وَقْتِ إقَامَةِ الْحَدِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهَا يُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَحْضُرْ الْمَجْلِسَ الَّذِي أَمَرَ فِيهِ بِرَجْمِهَا، وَأَنَّهُ أُعْلِمَ بِالْأَمْرِ فَبَادَرَ إنْكَارَهُ وَإِظْهَارَ مَا عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ كَمَا يَلْزَمُ الرُّجُوعُ إلَيْهِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى

ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا} [الأحقاف: 15] وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَمَدَيْ الْحَمْلِ وَالرَّضَاعِ ثُمَّ قَالَ تَعَالَى {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} [البقرة: 233] فَبَيَّنَ أَنَّ مُدَّةَ الرَّضَاعَةِ عَامَانِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ أَكْثَرَ أَمَدِ الْحَمْلِ، فَإِنَّنَا نُعَايِنُ مُشَاهَدَةً أَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ قَدْ تَكُونُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فَلَمْ يَبْقَ إلَّا أَنْ تَكُونَ السِّتَّةُ أَشْهُرٍ أَقَلَّ أَمَدِ الْحَمْلِ وَعَلَى هَذَا جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَبَعَثَ عُثْمَانُ فِي أَثَرِهَا فَوَجَدَهَا قَدْ رُجِمَتْ يَعْنِي أَنَّهُ قَدْ أَرَادَ الرُّجُوعَ عَمَّا أَمَرَ بِهِ مِنْ رَجْمِهَا لَمَّا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ الْحَقِّ فَوَجَدَهَا قَدْ نُفِّذَ فِيهَا مَا كَانَ أَمَرَ بِهِ مِنْ رَجْمِهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ حُكْمٍ حَكَمَ بِهِ إلَى مَا هُوَ عِنْدَهُ أَصْوَبُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا إنْ كَانَ رَأَى أَنَّ لِلْحُكْمِ الْأَوَّلِ وَجْهًا سَائِغًا مِنْ الِاجْتِهَادِ، وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ عُثْمَانُ رَأَى أَنَّهُ كَانَ خَطَأً فَعَادَ إلَى الصَّوَابِ وَلَعَلَّهُ قَدْ أَدَّى دِيَتَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُ ابْنِ شِهَابٍ فِي الَّذِي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ يُرْجَمُ أُحْصِنَ أَوْ لَمْ يُحْصَنْ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَكَتَبَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ أَنْ يُحَرِّقُوهُ بِالنَّارِ فَفَعَلَ وَفَعَلَ ذَلِكَ ابْنُ الزُّبَيْرِ فِي زَمَانِهِ وَهِشَامُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ فِي زَمَانِهِ وَالسُّدِّيُّ بِالْعِرَاقِ وَمَنْ أَخَذَ بِهَذَا لَمْ يُخْطِئْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ حُكْمُهُ حُكْمُ الزَّانِي يُرْجَمُ الْمُحْصَنُ وَيُجْلَدُ غَيْرُ الْمُحْصَنِ مِائَةً، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَيْسَ فِيهِ حَدٌّ وَإِنَّمَا فِيهِ التَّعْزِيرُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ مَالِكٌ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «اُقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ» قَالَ مَالِكٌ وَلَمْ نَزَلْ نَسْمَعُ مِنْ الْعُلَمَاءِ أَنَّهُمَا يُرْجَمَانِ أَحْصَنَا أَوْ لَمْ يُحْصِنَا قَالَ مَالِكٌ وَرَبِيعَةُ الرَّجْمُ هِيَ الْعُقُوبَةُ الَّتِي أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى بِقَوْمِ لُوطٍ وَلِأَنَّ هَذَا فَرْجٌ لِآدَمِيٍّ فَتَعَلَّقَ الرَّجْمُ بِالْإِيلَاجِ فِيهِ كَالْقُبُلِ، وَلِأَنَّ هَذَا لَا يُسْتَبَاحُ بِوَجْهٍ فَلِذَلِكَ تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ التَّغْلِيظِ أُشَقُّ مَا تَعَلَّقَ بِالْقُبُلِ، وَلِأَنَّهُ إيلَاجٌ لَا يُسَمَّى زِنًا فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ الْإِحْصَانُ كَالْإِيلَاجِ فِي الْبَهِيمَةِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ كَانَا عَبْدَيْنِ فَقَدْ قِيلَ يُرْجَمَانِ، وَقَالَ أَشْهَبُ يُحَدُّ الْعَبْدَانِ خَمْسِينَ وَيُؤَدَّبُ الْكَافِرَانِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُتَسَاحِقَانِ مِنْ النِّسَاءِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ

مَا جَاءَ فِيمَنْ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ «أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَدَعَا لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِسَوْطٍ فَأُتِيَ بِسَوْطٍ مَكْسُورٍ فَقَالَ فَوْقَ هَذَا فَأُتِيَ بِسَوْطٍ جَدِيدٍ لَمْ تُقْطَعْ ثَمَرَتُهُ فَقَالَ دُونَ هَذَا فَأُتِيَ بِسَوْطٍ قَدْ رُكِّبَ بِهِ وَلَانَ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَجُلِدَ، ثُمَّ قَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ آنَ لَكُمْ أَنْ تَنْتَهُوا عَنْ حُدُودِ اللَّهِ مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ عَلَيْهِ كِتَابَ اللَّهِ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ بِكْرٍ فَأَحْبَلَهَا ثُمَّ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا وَلَمْ يَكُنْ أَحْصَنَ فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ فَجُلِدَ الْحَدَّ

[المنتقى]
لَيْسَ فِي عُقُوبَتِهِمَا حَدٌّ، وَذَلِكَ إلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ وَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ سَمِعْت رِجَالًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ يُجْلَدَانِ مِائَةً، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بِمَعْنَى الْمُبَاشَرَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْحَدُّ إلَّا بِالْتِقَاءِ الْخِتَانَيْنِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فِي الْمَرْأَتَيْنِ فَلَزِمَ بِهِ التَّعْزِيرُ قَالَ أَصْبَغُ يُجْلَدَانِ خَمْسِينَ خَمْسِينَ وَنَحْوَهَا، وَهَذَا التَّعْزِيرُ عِنْدِي عَلَى مَا رَوَاهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَالصَّوَابُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ عَلَى مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً فِي دُبُرٍ فَحُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ الزَّانِي يُرْجَمُ الْمُحْصَنُ مِنْهُمَا وَيُجْلَدُ، وَمَنْ لَمْ يُحْصِنْ جُلِدَ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ أَحَدُ فَرْجَيْ الْمَرْأَةِ كَالْقُبُلِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ حُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ اللِّوَاطِ يُرْجَمَانِ أَحْصَنَا أَوْ لَمْ يُحْصِنَا؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ فِي دُبُرٍ كَالرَّجُلَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالشَّهَادَةُ عَلَى اللِّوَاطِ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ مَعْنًى يَجِبُ بِهِ الرَّجْمُ مِنْ غَيْرِ قِصَاصٍ فَلَمْ يَثْبُتْ إلَّا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ

كَالزِّنَا.

[مَا جَاءَ فِيمَنْ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمْ يُذْكَرْ فِيهِ أَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهُ وَلَا تَكَرَّرَ إقْرَارُهُ، وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَمَّا ظَهَرَ مِنْ صِحَّةِ إقْرَارِهِ وَحَكَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِجَلْدِهِ لَمَّا عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فَدَعَا بِسَوْطٍ لِيَجْلِدَهُ بِهِ فَأُتِيَ بِسَوْطٍ مَكْسُورٍ فَقَالَ فَوْقَ هَذَا يُرِيدُ أَجَدَّ مِنْهُ وَأَصْلَبَ فَأُتِيَ بِسَوْطٍ جَدِيدٍ لَمْ تُقْطَعْ ثَمَرَتُهُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ الثَّمَرَةُ الطَّرَفَ يُرِيدُ أَنَّ طَرَفَهُ مُحَدَّدٌ لَمْ تَنْكَسِرْ حِدَّتُهُ وَلَمْ يَخْلَقْ بَعْدُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «دُونَ هَذَا فَأُتِيَ بِسَوْطٍ قَدْ رُكِبَ بِهِ وَلَانَ» يُرِيدُ قَدْ انْكَسَرَتْ حِدَّتُهُ، وَلَمْ يَخْلَقْ وَلَا بَلَغَ مِنْ اللِّينِ مَبْلَغًا لَا يَأْلَمُ مَنْ ضُرِبَ بِهِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا يُجْلَدُ بِسَوْطَيْنِ وَالضَّرْبُ فِي الْحُدُودِ كُلِّهَا سَوَاءٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ الضَّرْبُ فِي الزِّنَا أَشَدُّ مِنْهُ فِي الْقَذْفِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَأَشَدُّهَا فِي التَّعْزِيرِ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ إنْ جُلِدَ فِي الْقَذْفِ جُلِدَ فِي حَدٍّ فَأَشْبَهَ جَلْدَ الزِّنَا كَشُرْبِ الْخَمْرِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُضْرَبُ الرَّجُلُ قَاعِدًا وَلَا يُقَامُ خِلَافًا لِمَنْ قَالَ أَنَّهُ يُقَامُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ شَخْصٌ وَجَبَ حَدُّهُ فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ الْقِيَامُ كَالْمَرْأَةِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُجَرَّدُ الرَّجُلُ فِي الْحُدُودِ كُلِّهَا وَيُتْرَكُ عَلَى الْمَرْأَةِ مَا يَسْتُرُهَا وَلَا يَقِيهَا الضَّرْبَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا يُجَرَّدُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور: 4] وَهَذَا يَقْتَضِي مُبَاشَرَتَهُمْ بِالضَّرْبِ قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ حَدٌّ فَوَجَبَ إعْرَاءُ الرَّجُلِ فِيهِ كَحَدِّ الزِّنَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْجَلْدُ إنَّمَا يَكُونُ فِي الظَّهْرِ وَمَا قَالَ بِهِ خِلَافًا فَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا يَضْرِبُ سَائِرَ الْأَعْضَاءِ وَيَتَّقِي الْوَجْهَ وَالْفَرْجَ، وَزَادَ أَبُو حَنِيفَةَ الرَّأْسَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ لَيْسَ الْغَرَضُ إتْلَافَ الْأَعْضَاءِ،

وَمِنْهَا مَا يُخَافُ إفْسَادُهُ بِالضَّرْبِ فِيهِ وَالظَّهْرُ أَصْلٌ لِذَلِكَ فَكَانَ مَحَلًّا لَهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ بِكْرٍ فَأَحْبَلَهَا ثُمَّ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا وَلَمْ يَكُنْ أَحْصَنَ فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ فَجُلِدَ الْحَدَّ

(142/7)

ثُمَّ نُفِيَ إلَى فَدَكَ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَعْتَرِفُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا ثُمَّ يَرْجِعُ عَنْ ذَلِكَ وَيَقُولُ لَمْ أَفْعَلْ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ مِنِّي عَلَى وَجْهِ كَذَا وَكَذَا لِشَيْءٍ يَذْكُرُهُ أَنَّ ذَلِكَ يُقْبَلُ مِنْهُ وَلَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحَدَّ الَّذِي هُوَ لِلَّهِ لَا يُؤْخَذُ إلَّا بِأَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ تَثْبُتُ عَلَى صَاحِبِهَا، وَإِمَّا بِاعْتِرَافٍ يُقِيمُ عَلَيْهِ حَتَّى يُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَإِنْ أَقَامَ عَلَى اعْتِرَافِهِ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ مَالِكٌ: الَّذِي أَدْرَكْت عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ أَنَّهُ لَا نَفْيَ عَلَى الْعَبِيدِ إذَا زَنَوْا) .

[المنتقى]

ثُمَّ نُفِيَ إلَى فَدَكَ) (ش) : أَمَرَ أَبُو بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بِمَنْ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا وَلَمْ يُحْصِنْ أَنْ يُجْلَدَ ثُمَّ نَفَاهُ إلَى أَنْفَذَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ يَجْرِي أَنْ يُنْفَى الزَّانِي إلَى فَدَكَ وَنَحْوِهَا.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الَّذِي يَعْتَرِفُ بِالزِّنَا ثُمَّ يَرْجِعُ وَيَقُولُ إنَّمَا قُلْته لِوَجْهِ كَذَا الْمَعْنَى يَذْكُرُهُ أَنَّ ذَلِكَ يُقْبَلُ مِنْهُ، وَيُقَالُ وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَعْتَرِفُ بِالزِّنَا لَا يُنْتَظَرُ بِهِ شَيْءٌ وَلَكِنْ يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَإِنْ تَمَادَى عَلَى الِاعْتِرَافِ أُنْفِذَ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَإِنْ رَجَعَ عَنْ الْإِقْرَارِ وَالِاعْتِرَافِ إلَى الْإِنْكَارِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَنْزِعَ إلَى وَجْهٍ أَوْ إلَى غَيْرِ وَجْهٍ فَإِنْ رَجَعَ إلَى وَجْهٍ قَالَ مُحَمَّدٌ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أَصَبْت امْرَأَتِي حَائِضًا أَوْ جَارِيَتِي وَهِيَ الَّتِي مِنْ الرَّضَاعَةِ فَظَنَنْت أَنَّ ذَلِكَ زِنًا فَإِنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْحَدُّ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ فِي هَذَا أَصْحَابُ مَالِكٍ، وَأَمَّا إذَا رَجَعَ إلَى غَيْرِ شُبْهَةٍ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهِ رِوَايَتَانِ وَالَّذِي رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ وَمُطَرِّفٍ أَنَّهُ يُقَالُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ إلَّا بِأَمْرٍ يُعْذَرُ بِهِ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ، وَجْهُ

الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَلَا مُخَالِفَ لَهُمْ، وَلِأَنَّهُ قَتْلٌ هُوَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لَزِمَهُ بِقَوْلٍ فَوَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ إذَا رَجَعَ عَنْهُ كَالْقَتْلِ بِالرِّدَّةِ، وَوَجْهُ قَوْلِهِ لَا يُقْبَلُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَةَ وَجْهِهِ نُقِمْ عَلَيْهِ كِتَابَ اللَّهِ تَعَالَى» وَمَا رُوِيَ «عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ لِأُنَيْسٍ فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْإِقْرَارَ مَعْنًى يَجِبُ عَلَيْهِ بِثُبُوتِهِ حَدُّ الزِّنَا فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِكْذَابِهِ كَالشَّهَادَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا رَجَعَ قَبْلَ ابْتِدَاءِ إقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ فَإِنْ شُرِعَ فِي إقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ نَزَعَ بَعْدَ أَنْ جُلِدَ أَكْثَرَ الْحَدِّ أُقِيلَ، وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ يُعَزَّرْ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ لَا يُقَالُ إلَّا أَنْ يُوَرِّكَ فَيُقَالُ مَا لَمْ يُضْرَبْ أَكْثَرَ الْحَدِّ فَيُتِمُّ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَرِكَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ «مَاعِزٍ أَنَّهُ لَمَّا أَزْلَقَتْهُ الْحِجَارَةُ حَمِرَ فَرَمَاهُ بِصُلْبِ جَمَلٍ فَقَتَلَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَلَّا تَرَكْته لَعَلَّهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ» وَبِهَذَا احْتَجَّ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرُّجُوعَ عَنْ الْإِقْرَارِ مَعَ التَّوْبَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا إذَا كَانَ الْحَدُّ إنَّمَا يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ وَأَمَّا إذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ لَمْ يُقْبَلْ إنْكَارُهُ لِذَلِكَ أَوَّلًا وَلَا آخِرًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَذَلِكَ أَنَّ الْحَدَّ الَّذِي هُوَ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَثْبُتُ إلَّا بِأَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ تَثْبُتُ عَلَى صَاحِبِهَا وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يَجِبُ حَدُّ الزِّنَا إلَّا بِأَحَدِ هَذِهِ الْوُجُوهِ إمَّا بِإِقْرَارٍ لَا رُجُوعَ فِيهِ حَتَّى يُحَدَّ أَوْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ عُدُولٍ عَلَى الرُّؤْيَةِ أَوْ حَمْلٍ يَظْهَرُ بِامْرَأَةٍ غَيْرِ طَارِئَةٍ لَا يُعْرَفُ لَهَا نِكَاحٌ وَلَا مِلْكٌ، هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ قَالَ مَالِكٌ حَتَّى يَقُولُوا كَالْمِرْوَدِ فِي الْمُكْحُلَةِ فِي الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي شَهَادَتِهِمْ أَنَّهُ زَنَى، وَإِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى مَا وَصَفُوا.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) إذَا كَمُلَ عَدَدُ الشُّهُودِ فِي الزِّنَا أُقِيمَ الْحَدُّ عَلَى مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ عَدَدُهُمْ حُدَّ الشُّهُودُ حَدَّ الْقَذْفِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ لَا حَدَّ عَلَيْهِمْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ ذَلِكَ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ جَلَدَ أَبَا بَكْرَةَ وَصَاحِبَهُ لَمَّا تَوَقَّفَ زِيَادٌ. وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُمْ أَدْخَلُوا الْمَضَرَّةَ عَلَيْهِ بِإِضَافَةِ الزِّنَا إلَيْهِ بِسَبَبٍ لَمْ يُوجِبْ الْحَدَّ عَلَيْهِ فَكَانُوا قَذَفَةً كَمَنْ

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي حَدِّ الزِّنَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سُئِلَ عَنْ الْأَمَةِ إنْ زَنَتْ وَلَمْ تُحْصِنْ فَقَالَ: إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ بِيعُوهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ» قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: لَا أَدْرِي أَبَعْدَ الثَّالِثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ وَالضَّفِيرُ الْحَبْلُ) .

[المنتقى]

قَذَفَهُ ابْتِدَاءً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ حُكْمِهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ، ثُمَّ جَاءَ الْبَاقُونَ فَشَهِدُوا بَعْدَ ذَلِكَ الْمَجْلِسِ فَهُمْ قَذَفَةٌ حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا تَتِمُّ الشَّهَادَةُ حَتَّى يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ وَالشَّافِعِيِّ يُحْكَمُ بِشَهَادَتِهِمْ مُجْتَمِعِينَ وَمُفْتَرِقِينَ، وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْتَظِرَ الْقَاذِفَ، وَمَنْ شَهِدَ مَعَهُ إذَا لَمْ يَتِمَّ شَهَادَتُهُمْ بِأَنْ جَهِلَ فَجَاءَ الْقَاذِفُ الْيَوْمَ بِشَاهِدٍ أَوْ بِشَاهِدَيْنِ وَأَتَى بِبَاقِيهِمْ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ زَنَى حَتَّى تَتِمَّ أَرْبَعَةً مُفْتَرِقِينَ فَإِنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، وَيُحَدُّ الزَّانِي قَالَ مُحَمَّدٌ إنْ أَتَى رَجُلٌ الْإِمَامَ فَقَالَ أَشْهَدُ عَلَى فُلَانٍ أَنَّهُ زَنَى فَلْيُجْلَدْ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِأَرْبَعَةٍ سِوَاهُ فَإِنْ ذَكَرَ أَرْبَعَةً حُضُورًا أَوْ قَرِيبًا غِيبَتُهُمْ تَوَثَّقَ مِنْهُ وَكُلِّفَ أَنْ يَبْعَثَ فِيهِمْ، وَإِنْ ادَّعَى بِبَيِّنَةٍ بَعِيدَةٍ حُدَّ، ثُمَّ إنْ جَاءَ بِهِمْ حَبِطَتْ عَنْهُ جُرْحَةُ الْقَذْفِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قَالَهُ مَالِكٌ أَنَّ كَمَالَ الْعَدَدِ لَوْ لَمْ يُضَمَّ إلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ كَانَ قَذْفًا فَوَجَبَ أَنْ يَقْتَرِنَ بِهَا أَصْلُ ذَلِكَ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فَإِنَّ ابْنَ حَبِيبٍ رَوَى عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ إذَا شَهِدَ بِالزِّنَا أَرْبَعَةٌ جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ جَاءُوا مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُفْتَرِقِينَ إذَا كَانَ افْتِرَاقُهُمْ قَرِيبًا بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ، وَلَيْسَ بَيْنَ قَوْلِهِمَا وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ آخِرًا فَرْقٌ إلَّا أَنْ يُرِيدَ عَبْدُ الْمَلِكِ أَنَّ الْإِمَامَ يُبِيحُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَأْتِيَ بِمَنْ تَعُمُّ شَهَادَتُهُ غَيْرَ ذَلِكَ الْمَجْلِسِ، وَأَنَّ هَذَا أَمْرٌ يَلْزَمُهُ وَابْنُ الْقَاسِمِ يَقُولُ إنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ هُمْ الْقَائِمِينَ بِالشَّهَادَةِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا تَعَلَّقُوا بِهِ وَأَتَوْا بِهِ السُّلْطَانَ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمْ وَهُمْ قَذَفَةٌ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ خِلَافَ هَذَا يُرِيدُ مِثْلَ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا أَنَّهُ زَنَى فِي بَيْتٍ إلَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ذَكَرَ أَنَّهُ رَآهُ يَزْنِي فِي غَيْرِ الزَّاوِيَةِ الَّتِي ذَكَرَ غَيْرُهُ مِنْ الشُّهُودِ فَإِنَّهُ لَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُحَدُّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَكْمُلْ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الزِّنَا فِي الزَّاوِيَةِ الْوَاحِدَةِ غَيْرُ الزِّنَا فِي الزَّاوِيَةِ الْأُخْرَى فَلَمْ تَكْمُلْ بِذَلِكَ شَهَادَةٌ، وَلَا يَجِبُ بِهِ حَدٌّ كَمَا لَوْ اخْتَلَفُوا فِي الْوَقْتِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ إنْ اخْتَلَفَتْ الْبَيِّنَةُ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: زَنَى بِهَا فِي غَرْفَةٍ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: فِي سُفْلٍ أَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: مُنْكَبَّةً وَقَالَ سَائِرُهُمْ: مُسْتَلْقِيَةً أَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ لَيْلًا وَقَالَ سَائِرُهُمْ نَهَارًا، أَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ يَوْمَ كَذَا وَقَالَ سَائِرُهُمْ يَوْمًا آخَرَ وَاخْتَلَفُوا فِي السَّاعَاتِ بَطَلَتْ الشَّهَادَةُ وَحُدُّوا فِي الْقَذْفِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ اخْتَلَفُوا فِي الْأَيَّامِ وَالْمَوَاطِنِ لَمْ تَبْطُلْ الشَّهَادَةُ قَالَ: وَانْظُرْ إنْ اخْتَلَفُوا فِيمَا لَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَسْأَلَهُمْ عَنْهُ وَلَهُمْ الشَّهَادَةُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ لَمْ يَضُرَّهُمْ اخْتِلَافُهُمْ فِيهِ مَعَ ذِكْرِهِمْ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي حَدِّ الزِّنَا]

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْأَمَةِ إذَا زَنَتْ وَلَمْ تُحْصِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَلَمْ تُعْتَقْ؛ لِأَنَّ الْإِحْصَانَ يَكُونُ بِمَعْنَى الْحُرِّيَّةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنْ تُحْصِنَ الْإِحْصَانَ الَّذِي يُوجِبُ الرَّجْمَ، وَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الْحُرِّيَّةَ أَيْضًا مَعَ مَعَانٍ أُخَرَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

(144/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدًا كَانَ يَقُومُ عَلَى رَقِيقِ الْخُمُسِ، وَأَنَّهُ اسْتَكْرَهَ جَارِيَةً مِنْ ذَلِكَ الرَّقِيقِ فَوَقَعَ بِهَا فَجَلَدَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَنَفَاهُ، وَلَمْ يَجْلِدْ الْوَلِيدَةَ لِأَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَيَّاشِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ

الْمَخْزُومِيِّ قَالَ أَمَرَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي فِتْيَةٍ مِنْ قُرَيْشٍ فَ جلَدْنَا وَلَائِدَ

[المنتقى]
«إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا» وَسَوَاءٌ كَانَ الْعَبْدُ أَوْ الْأَمَةُ مُتَزَوِّجَيْنِ أَوْ غَيْرَ مُتَزَوِّجَيْنِ وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُمَا إنْ لَمْ يَكُونَا تَزَوَّجَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ «قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الْأَمَةِ إذَا زَنَتْ وَلَمْ تُحْصِنْ فَاجْلِدُوهَا» .

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُجْلَدُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ أَوْ بَقِيَّةٌ مِنْهُ نِصْفَ جَلْدِ الْحُرِّ فِي الزِّنَا خَمْسِينَ جَلْدَةً خِلَافًا لِمَنْ رَوَى عَنْهُ خِلَافَ ذَلِكَ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ {فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ} [النساء: 25] وَالْمُحْصَنَاتُ الْحَرَائِرُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خِطَابًا لِلْأَئِمَّةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خِطَابًا لِلسَّادَاتِ، وَذَلِكَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُقِيمَ حَدَّ الزِّنَا عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَلَى أَمَتِهِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ وَمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «إذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا» .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يُقِيمُ الْحَدَّ إلَّا الْإِمَامُ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ شَخْصٍ بِغَيْرِ قَرَابَةٍ وَلَا وِلَايَةٍ جَازَ لَهُ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ عَلَيْهِ كَالْإِمَامِ.
(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا ثَبَتَ زِنَا الْعَبْدِ بِبَيِّنَةٍ أَوْ إقْرَارٍ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إلَّا بِعِلْمِ السَّيِّدِ فَهَلْ يُقِيمُ عَلَيْهِ الْحَدَّ؟ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: فِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا جَوَازُ ذَلِكَ وَالْأُخْرَى مَنْعُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي الثَّالِثَةِ فَإِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ بِيعُوهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ الضَّفِيرُ الْحَبْلُ وَسُئِلَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ هَلْ تُبَاعُ بِبَلَدِهَا ذَلِكَ أَوْ تُغَرَّبُ فَقَالَ يَبِيعُهَا بِذَلِكَ الْبَلَدِ أَوْ حَيْثُ شَاءَ، قَالَ وَكَانَ يُسْتَحَبُّ بَيْعُهَا بَعْدَ ثَلَاثٍ وَلَا يُوجِبُهُ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ ذَلِكَ تَحْضِيضٌ مِنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا يَقْضِي بِهِ عَلَى أَحَدٍ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ زَنَى بِذِمِّيَّةٍ فَعَلَيْهِ حَدُّ الزِّنَا مِنْ رَجْمٍ وَجَلْدٍ وَتُرَدُّ هِيَ إلَى أَهْلِ ذِمَّتِهَا وَدِينِهَا، وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَزَنَى بِحَرْبِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَأَقَرَّ بِذَلِكَ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ عُدُولٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الْحَدُّ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُحَدُّ، وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ مِنْ شُيُوخِنَا الْعِرَاقِيِّينَ إذَا دَخَلَ مُسْلِمٌ دَارَ الْحَرْبِ فَزَنَى بِحَرْبِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا حَدَّ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى الْجَيْشِ أَمِيرُ مِصْرٍ مِنْ الْأَمْصَارِ وَدَلِيلُنَا قَوْله تَعَالَى {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ} [النور: 2] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مُسْلِمٌ زَنَى فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ أَصْلُهُ إذَا زَنَى فِي دَارِ الْإِسْلَامِ.

(ش) : وَقَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – جَلَدَ الْعَبْدَ الَّذِي اسْتَكْرَهَ جَارِيَةً مِنْ الرَّقِيقِ وَنَفَاهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ رَأَى فِي ذَلِكَ رَأْيَ مَنْ يَرَى النَّفْيَ عَلَى الْعَبِيدِ بِالزِّنَا، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نَفَاهُ لِمَا اقْتَرَفَ مِنْ الزِّنَا وَمِنْ الِاسْتِكْرَاهِ وَلَا تَغْرِيبَ عَلَى عَبْدٍ عِنْدَ مَالِكٍ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِنَفَاهُ أَنْ يُبَاعَ بِغَيْرِ أَرْضِهَا، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ رَبِيعَةَ فِي الْعَبْدِ يَسْتَكْرِهُ الْحُرَّةَ يُحَدُّ وَيُبَاعُ بِغَيْرِ أَرْضِهَا لِتَبْعُدَ عَنْهَا مَعَرَّتُهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ حَدٌّ مِنْ حُدُودِ الزِّنَا لَمْ يُسْتَقْصَ فِي حَقِّ الْعَبْدِ فَلَمْ يَلْزَمْهُ جَمِيعُهُ كَالرَّجْمِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَمْ يَجْلِدْ الْوَلِيدَةَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا يُحْتَمَلُ أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِالِاسْتِكْرَاهِ لَهَا أَوْ تَأْتِيَ مُتَعَلِّقَةً بِهِ تَدْمَى، وَأَمَّا لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ وَلَا زَوْجَ لَهَا وَلَا سَيِّدَ يُقِرُّ بِوَطْئِهَا فَقَالَتْ اُسْتُكْرِهْتُ فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا وَتُجْلَدُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا نَقْصُ الْأَمَةِ فَفِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ الَّذِي اسْتَكْرَهَهَا، وَيُقْبَلُ إقْرَارُ الْعَبْدِ فِيهِ إنْ كَانَ بِفَوْرِ مَا فَعَلَ وَجَاءَتْ مُتَعَلِّقَةً بِهِ تَدْمَى، وَأَمَّا فِيمَا بَعْدُ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَمَا كَانَ فِي جَسَدِهِ مِنْ حَدٍّ يُقَامُ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُ.

مِنْ وَلَائِدِ الْإِمَارَةِ خَمْسِينَ فِي الزِّنَا) .

مَا جَاءَ فِي الْمُغْتَصَبَةِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ تُوجَدُ حَامِلًا وَلَا زَوْجَ لَهَا فَتَقُولُ:

أُسْتُكْرِهْتُ أَوْ تَزَوَّجْتُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُقْبَلُ مِنهَا، وَإِنَّمَا يُقَامُ عَلَيْهَا الْحَدُّ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى مَا ادَّعَتْ مِنْ النِّكَاحِ بَيِّنَةٌ أَوْ عَلَى أَنَّهَا أُسْتُكْرِهَتْ أَوْ جَاءَتْ تَدْمَى إنْ كَانَتْ بِكْرًا أَوْ اسْتَغَاثَتْ حَتَّى أُتِيَتْ وَهِيَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا مِنْ الْأَمْرِ الَّذِي تَبْلُغُ بِهِ فَضِيحَةَ نَفْسِهَا قَالَ فَإِنْ لَمْ تَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا أُقِيمَ عَلَيْهَا الْحَدُّ، وَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهَا مَا ادَّعَتْ مِنْ ذَلِكَ) .

مَا جَاءَ فِي الْقَذْفِ وَالنَّفْيِ وَالتَّعْرِيضِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ قَالَ جَلَدَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ عَبْدًا فِي فِرْيَةٍ ثَمَانِينَ قَالَ أَبُو الزِّنَادِ فَسَأَلْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ أَدْرَكْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَالْخُلَفَاءَ هَلُمَّ جَرًّا فَمَا رَأَيْت أَحَدًا جَلَدَ عَبْدًا فِي فِرْيَةٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِينَ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَيَّاشِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَمَرَنِي فِي فِتْيَةٍ مِنْ قُرَيْشٍ يَجْلِدُونَ وَلَائِدَ الْإِمَارَةِ خَمْسِينَ خَمْسِينَ فِي الزِّنَا وَفِي الْمَزنِيَّةِ سَأَلْته عَنْ أَمْرِهِ لِلْجَمَاعَةِ أَلِيَكُونُوا طَائِفَةً أَمْ لِيَلُوا ضَرْبَهُمْ، فَقَالَ بَلْ هُمْ الَّذِينَ جَلَدُوهُمْ وَكَانُوا أَيْضًا مَعَ ذَلِكَ طَائِفَةً، وَقَدْ حَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ يُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إحْضَارُ طَائِفَةٍ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ {وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ} [النور: 2] وَالطَّائِفَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ فِي ذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَصَاعِدًا وَحُكِيَ عَنْ عَطَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ ثَلَاثَةٌ وَقِيلَ اثْنَانِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ لِلْأَرْبَعَةِ مِنْ الْجَمَاعَةِ اخْتِصَاصًا بِالزِّنَا فَكَانَ ذَلِكَ أَوْلَى مَا سُنَّ فِيهِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُحْضِرَ أَرْبَعَةً فَصَاعِدًا مِنْ الْأَحْرَارِ الْعُدُولِ وَكَذَلِكَ فِي عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَيَّاشٍ قَدْ شَاهَدَ إقْرَارَ الْوَلَائِدِ بِالزِّنَا أَوْ قِيَامَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِنَّ بِذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَمَرَهُمْ بِذَلِكَ دُونَ أَنْ يَعْرِفُوا وَجْهَ الْحَدِّ عَلَيْهِنَّ وَفِي الْمَزنِيَّةِ سَأَلْته فِيمَنْ أَمَرَهُ إمَامٌ بِقَتْلِ رَجُلٍ فِي حَدٍّ أَوْ بِجَلْدِهِ فَقَالَ: إنْ كَانَ الْإِمَامُ عَدْلًا مَأْمُونًا لَا يُخَافُ عَلَيْهِ جَوْرٌ وَلَا جَهْلٌ فَلْيَفْعَلْ مَا أَمَرَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ جَهْلًا أَوْ جَوْرًا فَلَا يَمْتَثِلْ أَمْرَهُ إلَّا أَنْ يَعْرِفَ أَنَّ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ الْإِمَامُ قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ فَلْيَمْتَثِلْ أَمْرَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَجَلَدْنَاهُمْ خَمْسِينَ خَمْسِينَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي أَوْقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فِي وَقْتٍ اتَّفَقَ فِيهِ اجْتِمَاعُ إقْرَارِهِنَّ أَوْ سَبَبٌ بِإِقْرَارِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إقْرَارُ سَائِرِهِنَّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْمُغْتَصَبَةِ]

(ش) : قَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي هَذَا كُلِّهِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْمُغْتَصَبَةُ لَا تُنْكَحُ حَتَّى تَسْتَبْرِئَ نَفْسَهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ قَالَ فَإِنْ ارْتَابَتْ مِنْ حَيْضَتِهَا فَلَا تُنْكَحُ حَتَّى تَسْتَبْرِئَ نَفْسَهَا مِنْ تِلْكَ الرِّيبَةِ) .

(ش) : قَوْلُهُ وَالْمُغْتَصَبَةُ لَا تُنْكَحُ حَتَّى تَسْتَبْرِئَ نَفْسَهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ يُرِيدُ الْحُرَّةَ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ يَأْسِرُهَا الْعَدُوُّ، فَأَمَّا الْأَمَةُ فَإِنَّ حَيْضَةً وَاحِدَةً تُبْرِئُهَا إلَّا أَنْ تَرْتَابَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا فِي رِزْمَةِ النِّكَاحِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[مَا جَاءَ فِي الْقَذْفِ وَالنَّفْيِ وَالتَّعْرِيضِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ جَلَدَ عَبْدًا فِي فِرْيَةٍ ثَمَانِينَ الْفِرْيَةُ هِيَ الرَّمْيُ وَحَدُّ الْحَدِّ فِيهِ ثَمَانُونَ جَلْدَةً قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} [النور: 4] فَرَأَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنَّ حَدَّ الْعَبْدِ فِي ذَلِكَ كَحَدِّ الْحُرِّ.

وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَالْخُلَفَاءُ إلَى زَمَنِهِ كَانُوا يَجْلِدُونَ الْعَبْدَ فِي الْقَذْفِ أَرْبَعِينَ نِصْفَ الْحُرِّ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ وَمَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ مِنْ مُدَبَّرٍ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ أَوْ غَيْرِهِمَا، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ حَدٌّ يَتَبَعَّضُ فَكَانَ حَدُّ الْعَبْدِ فِيهِ نِصْفَ حَدِّ الْحُرِّ

(146/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ مِصْبَاحٌ اسْتَعَانَ ابْنًا لَهُ فَكَأَنَّهُ اسْتَبْطَأَهُ فَلَمَّا جَاءَهُ قَالَ لَهُ يَا زَانٍ، قَالَ زُرَيْقٌ فَاسْتَعْدَانِي عَلَيْهِ فَلَمَّا أَرَدْت أَنْ أَجْلِدَهُ قَالَ ابْنُهُ: وَاَللَّهِ لَئِنْ جَلَدْته لَأُبَوِّأَنَّ عَلَى نَفْسِي بِالزِّنَا، فَلَمَّا قَالَ ذَلِكَ أَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُهُ فَكَتَبْت فِيهِ إلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ أَذْكُرُ لَهُ ذَلِكَ فَكَتَبَ إلَيَّ أَنْ أَجِزْ عَفْوَهُ قَالَ زُرَيْقٌ وَكَتَبْت إلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَيْضًا أَرَأَيْت رَجُلًا افْتُرِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَبَوَيْهِ وَقَدْ هَلَكَا أَوْ أَحَدُهُمَا قَالَ فَكَتَبَ إلَيَّ عُمَرُ إنْ عَفَا فَأَجِزْ عَفْوَهُ فِي نَفْسِهِ، وَإِنْ افْتُرِيَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَقَدْ هَلَكَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَخُذْ لَهُ بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إلَّا أَنْ يُرِيدَ سَتْرًا قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ الْمُفْتَرَى عَلَيْهِ يَخَافُ إنْ كَشَفَ ذَلِكَ مِنْهُ أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَإِذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْت فَعَفَا جَازَ عَفْوُهُ) .

كَحَدِّ الزِّنَا.

(ش) : قَوْلُ مِصْبَاحٍ لِابْنِهِ عَلَى وَجْهِ السَّبِّ يَا زَانٍ قَذْفٌ لَهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ يَا زَانٍ فَإِنَّهُ قَاذِفٌ لَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ الْحَدِّ مَا يَجِبُ عَلَى الْقَاذِفِ فَإِنْ قَالَ أَرَدْت أَنَّهُ زَانٍ فِي الْجَبَلِ بِمَعْنَى أَنَّهُ صَاعِدٌ إلَيْهِ، يُقَال زَنَأْت فِي الْجَبَلِ إذَا صَعِدْت إلَيْهِ قَالَ أَصْبَغُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إلَّا أَنْ يَكُونَا كَانَا فِي تِلْكَ الْحَالِ، وَبَيَّنَ أَنَّهُ الَّذِي أَرَادَهُ وَلَمْ يَقُلْهُ مُشَاتَمَةً قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ يُرِيدُ أَصْبَغُ وَيَحْلِفُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَاسْتَعْدَانِي عَلَيْهِ فَلَمَّا أَرَدْت أَنْ أَجْلِدَهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ يَرَى أَنَّ الْأَبَ يُجْلَدُ لِقَذْفِ ابْنِهِ بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ الْقَذْفِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ إلَّا مَا رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّهُ لَا يُحَدُّ الْأَبُ لَهُ أَصْلًا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ مَنْ يُقْتَلُ بِهِ إذَا أَقَرَّ بِأَنَّهُ أَرَادَ قَتْلَهُ فَإِنَّهُ يُحَدُّ لِقَذْفِهِ إذَا كَانَ مُحْصَنًا أَصْلُ ذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ لَا يُقْتَلُ الْأَبُ بِابْنِهِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يُحَدُّ الْأَبُ لِابْنِهِ فَإِنَّ ذَلِكَ يُسْقِطُ عَدَالَةَ الِابْنِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ {فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا} [الإسراء: 23] وَهَذَا يَضُرُّ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ الْأَبُ لِابْنِهِ فِي مُنَازَعَةٍ أُشْهِدُكُمْ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَلَدِي وَطَلَبَتْ الْأُمُّ أَوْ وَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ الْحَدَّ، وَقَدْ كَانَ فَارَقَهَا فَعَفَا وَلَدُهُ فَقَالَ مَالِكٌ يَحْلِفُ مَا أَرَادَ قَذْفًا وَمَا قَالَهُ إلَّا بِمَعْنَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَلَدِي لَمْ يَصْنَعْ مَا صَنَعَ، ثُمَّ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْحَدَّ عَلَيْهِ ثَابِتٌ إنْ لَمْ يَحْلِفْ، وَأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِعَفْوِ بَعْضِ الْوَلَدِ إذَا قَامَ بِهِ بَعْضُهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَأَمَّا الْجَدُّ وَالْعَمُّ وَالْخَالُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يُحَدُّونَ لَهُ فِي الْفِرْيَةِ إنْ طَلَبَ ذَلِكَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَبَ أَعْظَمُ حَقًّا مِنْهُمْ، وَهُوَ يُحَدُّ لِلِابْنِ فَبِأَنْ يُحَدَّ هَؤُلَاءِ أَوْلَى عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُقْتَلُ بِهِ فَكَذَلِكَ يُحَدُّونَ لَهُ، وَأَمَّا أَنْ يَشْتُمُوهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ إذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْأَدَبِ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَ الْأَخَ مِثْلَهُمْ إذَا شَتَمَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لَهُمْ عَلَيْهِ رُتْبَةً بِالْإِدْلَاءِ بِالْأَبَوَيْنِ فَكَانَ لَهُمْ تَأْدِيبُهُ بِالْقَوْلِ وَتَعْلِيمُهُ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الِابْنِ لَئِنْ جَلَدْته لَأُبَوّأَنَّ عَلَى نَفْسِي يُرِيدُ الْعَفْوَ عَنْ أَبِيهِ وَإِسْقَاطَ حَدِّ الْقَذْفِ عَنْهُ، وَأَنَّهُ إنْ لَمْ يَقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ مُتَوَلِّي الْحُكْمِ أَقَرَّ بِالزِّنَا فَأَسْقَطَ عَنْ أَبِيهِ بِذَلِكَ حَدَّ الْقَذْفِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ زُرَيْقَ بْنَ حَكِيمٍ كَانَ يَرَى أَنَّ عَفْوَ الْمَقْذُوفِ عَنْ الْقَاذِفِ عِنْدَ الْإِمَامِ غَيْرُ جَائِزٍ، وَهِيَ إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ إلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ فِي الْوَلَدِ لَهُ الْعَفْوُ عَنْ أَبِيهِ وَلَمْ يُرِدْ سَتْرًا بِهِ، كَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ إلَى زُرَيْقٍ إذْ سَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَأَمَّا عَفْوُهُ عَنْ جَدِّهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ يَجُوزُ عَفْوُهُ عَنْ جَدِّهِ لِأَبِيهِ وَإِنْ بَلَغَ الْإِمَامَ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي جَدِّهِ لِأُمِّهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْجَدَّ لِلْأَبِ مُدْلٍ بِالْأَبِ وَيُوصَفُ بِالْأُبُوَّةِ، وَأَمَّا الْجَدُّ لِلْأُمِّ فَلَا يُوصَفُ بِذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ حُكْمُ الْأَبِ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ عَفْوُ الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْ سَتْرًا، وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْإِشْفَاقَ قَدْ يَحْمِلُهُ عِنْدَ رُؤْيَةِ إيقَاعِ الْحَدِّ بِهِ عَلَى أَنْ يُقِرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا قَذَفَهُ بِهِ فَيَقَعُ فِيمَا هُوَ أَشَدُّ مِنْ الْقَذْفِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَدْ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِيمَنْ اُفْتُرِيَ عَلَيْهِ إنْ عَفَا فَأَجْزِ عَفْوَهُ فِي نَفْسِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْعَفْوَ بَعْدَ

(147/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَذَفَ قَوْمًا جَمَاعَةً أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ قَالَ مَالِكٌ وَإِنْ تَفَرَّقُوا فَلَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ) .

[المنتقى]

بُلُوغِ الْإِمَامِ جَائِزٌ، وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي غَيْرِ الْأَبِ فَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ كَانَ مَالِكٌ يُجِيزُ الْعَفْوَ بَعْدَ أَنْ يَبْلُغَ الْإِمَامَ كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ.

وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ وَإِنْ لَمْ يُرِدْ سَتْرًا قَالَ ثُمَّ رَجَعَ مَالِكٌ فَلَمْ يُجِزْهُ عِنْدَ الْإِمَامِ إلَّا أَنْ يُرِيدَ سَتْرًا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ الْمَقْذُوفِ يَجُوزُ لَهُ الْعَفْوُ عَنْهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْإِمَامِ فَكَانَ لَهُ الْعَفْوُ عَنْهُ بَعْدَ بُلُوغِ الْإِمَامِ كَالدُّيُونِ وَالْقِصَاصِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ لِلَّهِ فِيهِ حَقًّا وَمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لَمْ يَجُزْ الْعَفْوُ عَنْهُ بَعْدَ بُلُوغِ الْإِمَامِ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْعَفْوُ قَبْلَ بُلُوغِ الْإِمَامِ فَجَائِزٌ عِنْدَ مَالِكٍ رَوَاهُ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِلَازِمٍ وَلَهُ الْقِيَامُ بِهِ مَتَى شَاءَ إلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ سَتْرًا، وَقَالَهُ ابْنُ شِهَابٍ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ حَقٌّ لِمَخْلُوقٍ لَمْ يَبْلُغْ الْإِمَامَ فَلَزِمَ الْعَفْوُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ بِالْقِيَامِ عِنْدَ الْإِمَامِ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ يَجُوزُ الْقِيَامُ بِهِ وَلَا يَلْزَمُ الْعَفْوُ فِيهِ بَعْدَ بُلُوغِ الْإِمَامِ فَلَمْ يَكُنْ قَبْلَ بُلُوغِهِ كَحَدِّ الزِّنَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ افْتَرَى عَلَى أَبَوَيْهِ وَقَدْ هَلَكَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَخُذْ لَهُ بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يُرِيدُ لَا يَجُوزُ عَفْوُهُ إذَا وَصَلَ إلَى الْإِمَامِ؛ لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ غَيْرُهُ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا يَجُوزُ الْعَفْوُ يُرِيدُ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ إذَا قَذَفَهُ فِي نَفْسِهِ فَإِذَا قَذَفَ أَبَوَيْهِ أَوْ أَحَدَهُمَا وَقَدْ مَاتَ الْمَقْذُوفُ لَمْ يَجُزْ الْعَفْوُ عَنْهُ بَعْدَ بُلُوغِ الْإِمَامِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ لَزِمَ الْإِمَامَ الْقِيَامُ بِالْحَدِّ، وَإِلَّا حُدَّ لِلْمَقْذُوفِ بِهِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَفْوُ بَعْضِ الْقَائِمِينَ بِهِ بِخِلَافِ وُلَاةِ الدَّمِ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بَدَلًا مِنْ الْمَالِ وَالدَّمُ بَدَلٌ مِنْ الْمَالِ فَيَنْتَقِلُ بَعْضُ مَنْ قَامَ بِالدَّمِ إلَيْهِ إذَا عَفَا بَعْضُهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إلَّا أَنْ يُرِيدَ سَتْرًا قَالَ مَالِكٌ قَدْ ضُرِبَ الْحَدَّ فَخَافَ أَنْ يَظْهَرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ الْآنَ فَأَمَّا إنْ عَمِلَ شَيْئًا لَمْ يَفْعَلْهُ أَحَدٌ غَيْرُهُ فَلَا يَجُوزُ عَفْوُهُ عِنْدَ الْإِمَامِ فِي قَذْفٍ وَلَا غَيْرِهِ إلَّا فِي الدَّمِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي عَفْوِ الْمَقْذُوفِ فِي نَفْسِهِ أَوْ أَبَوَيْهِ عِنْدَ الْإِمَامِ إنْ قَالَ أَرَدْت سَتْرًا لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، وَيَكْشِفُ عَنْ ذَلِكَ الْإِمَامُ فَإِنْ خَافَ أَنْ يَثْبُتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَجَازَ عَفْوَهُ، وَإِلَّا لَمْ يُجِزْهُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ. وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ مَعْنَى قَوْلِهِ إلَّا أَنْ يُرِيدَ سَتْرًا إنْ كَانَ مِثْلُهُ يَفْعَلُ ذَلِكَ جَازَ عَفْوُهُ وَلَا يُكَلَّفُ إلَّا أَنْ يَقُولَ أَرَدْت سَتْرًا، وَأَمَّا الْعَفِيفُ الْفَاضِلُ فَلَا يَجُوزُ عَفْوُهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْقَاذِفُ يُعْطِي الْمَقْذُوفَ دِينَارًا عَلَى أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَيُجْلَدُ الْحَدَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَسْقُطُ بِمَالٍ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلِلْمَقْذُوفِ أَنْ يَكْتُبَ بِهِ كِتَابًا أَنَّهُ مَتَى شَاءَ قَامَ بِهِ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ وَإِنِّي لَأَكْرَهُهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْإِمَامَ، وَأَمَّا إذَا بَلَغَ الْإِمَامَ فَإِنَّ الْإِمَامَ يُقِيمُ الْحَدَّ وَلَا يُؤَخِّرُهُ، وَقَدْ رَأَيْت لِمَالِكٍ نَحْوَ هَذَا، وَقَالَ هَذَا يُشْبِهُ الْعَفْوَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى قَاذِفِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ، ثُمَّ أَكْذَبَهُمْ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَيُحَدُّ الْقَاذِفُ لِأَنَّهُ إسْقَاطٌ لِلْحَدِّ كَالْعَفْوِ، وَإِذَا صَدَقَ الْقَاذِفُ فَأَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ إنْ ثَبَتَ عَلَى إقْرَارِهِ حُدَّ، وَلَمْ يُحَدَّ الْقَاذِفُ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ رَجَعَ عَنْ إقْرَارِهِ فَقَدْ دَرَأَ عَنْهُ الْحَدَّ وَدُرِئَ عَنْ الْقَاذِفِ الْحَدُّ بِإِقْرَارِهِ، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَهَذَا أَحَبُّ إلَيَّ مَا لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ أَرَادَ بِإِقْرَارِهِ إسْقَاطَ الْحَدِّ عَنْ الْقَاذِفِ فَيَبْطُلُ إقْرَارُهُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي قَاذِفِ الْجَمَاعَةِ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ قَالَهُ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ فِي غَيْرِ مَا كِتَابٍ سَوَاءٌ قَذَفَهُمْ مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُفْتَرِقِينَ فَحُدَّ لَهُمْ أَوْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ فَذَلِكَ لِكُلِّ قَذْفٍ

(148/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ بْنِ النُّعْمَانِ الْأَنْصَارِيِّ ثُمَّ مِنْ بَنِي النَّجَّارِ عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلَيْنِ اسْتَبَّا فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ وَاَللَّهِ مَا أَبِي بِزَانٍ وَلَا أُمِّي بِزَانِيَةٍ فَاسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ قَائِلٌ مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ. وَقَالَ الْآخَرُونَ قَدْ كَانَ لِأَبِيهِ

[المنتقى]

قَامَ طَالِبُوهُ أَوْ لَمْ يَقُومُوا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَدٌّ مِنْ الْحُدُودِ فَتَدَاخَلَ كَحَدِّ الزِّنَا وَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ، وَبِهَذَا فَارَقَ حُقُوقَ الْآدَمِيِّينَ فَإِنَّهَا لَا تَتَدَاخَلُ، وَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ قَذَفَ قَوْمًا وَشَرِبَ خَمْرًا فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ لِذَلِكَ حَدٌّ وَاحِدٌ قَالَ عِيسَى يُرِيدُ أَنَّهُ مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ مُسْتَخْرَجٌ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْحَدَّيْنِ إذَا تَسَاوَيَا فِي الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ تَدَاخَلَا كَالْحَدَّيْنِ سَبَبُهُمَا وَاحِدٌ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَذَفَ فَحُدَّ فِي الْقَذْفِ فَلَمْ يَكْمُلْ جَلْدُهُ حَتَّى قَذَفَ رَجُلًا آخَرَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ إنْ كَانَ مَضَى مِثْلُ السَّوْطِ وَالْأَسْوَاطِ الْيَسِيرَةِ قَالَ أَشْهَبُ وَالْعَشَرَةُ الْأَسْوَاطِ يَسِيرَةٌ قَالَ ابْنُ

الْمَاجِشُونِ فَإِنَّهُ يَتَمَادَى وَيُجْزِيهِ لَهُمَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا جُلِدَ مِنْ الْحَدِّ الْأَوَّلِ شَيْئًا، ثُمَّ قَذَفَ ثَانِيًا فَإِنَّهُ يَأْتَنِفُ مِنْ حِينِ الثَّانِيَةِ وَبِهِ قَالَ رَبِيعَةُ وَإِنْ بَقِيَ مِثْلُ سَوْطٍ أَوْ أَسْوَاطٍ أَتَمَّ، ثُمَّ ابْتَدَأَ حَدًّا ثَانِيًا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ إذَا لَمْ يَبْقَ إلَّا أَيْسَرُ الْحَدِّ مِثْلُ الْعَشَرَةِ وَالْخَمْسَةَ عَشَرَ فَلْيُتِمَّ الْحَدَّ ثُمَّ يُؤْتَنَفُ قَالَ أَشْهَبُ: وَإِنْ ضُرِبَ نِصْفَ الْحَدِّ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ قَلِيلًا فَلْيُؤْتَنَفْ حِينَئِذٍ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ مَضَى مِثْلُ الثَّلَاثِينَ وَالْأَرْبَعِينَ وَنَحْوِهِمَا ابْتَدَأَ لَهُمَا فَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: قِسْمٌ إذَا ذَهَبَ الْيَسِيرُ تَمَادَى وَأَجْزَأَ الْحَدُّ لَهُمَا، وَقِسْمٌ ثَانٍ إذَا مَضَى نِصْفُ الْحَدِّ أَوْ مَا يَقْرُبُ مِنْهُ اُسْتُؤْنِفَ لَهُمَا فَكَانَ مِنْ حَدِّ الْأَوَّلِ، ثُمَّ يُتِمُّ لِلْمَقْذُوفِ الثَّانِي بَقِيَّةَ حَدِّهِ مِنْ حِينِ قُذِفَ، وَقِسْمٌ ثَالِثٌ أَنْ لَا يَبْقَى إلَّا الْيَسِيرُ مِنْ الْحَدِّ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ يُتِمُّ الْحَدَّ الْأَوَّلَ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ لِلثَّانِي وَعَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَتَى مَضَى شَيْءٌ مِنْ الْحَدِّ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينِ الْقَذْفِ الثَّانِي لَهُمَا وَلَا يَحْسِبُ بِمَا مَضَى مِنْ الْحَدِّ الْأَوَّلِ، وَالْقِسْمُ الثَّانِي أَنْ يَبْقَى الْيَسِيرُ فَيُتِمُّ حَدَّ الْأَوَّلِ ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْحَدَّ لِلثَّانِي فَلَا يَتَدَاخَلُ الْحَدَّانِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَذَفَ مَجْهُولًا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَرُوِيَ فِي رَجُلٍ قَالَ لِجَمَاعَةٍ أَحَدُكُمْ زَانٍ وَابْنُ زَانِيَةٍ فَلَا يُحَدُّ إذْ لَا يُعْرَفُ مَنْ أَرَادَ، وَإِنْ أَقَامَ بِهِ جَمِيعُهُمْ فَقَدْ قِيلَ لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَامَ بِهِ أَحَدُهُمْ فَادَّعَى أَنَّهُ أَرَادَهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إلَّا بِالْبَيَانِ أَنَّهُ أَرَادَهُ، وَلَوْ عُرِفَ مَنْ أَرَادَهُ لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحُدَّهُ إلَّا بَعْدَ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ حَدَّ الْمَقْذُوفِ مِنْ شَرْطِ وُجُوبِهِ أَنْ يَقُومَ بِهِ وَلِيُّهُ فَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ الْمَقْذُوفُ لَمْ يَصِحَّ قِيَامُ أَحَدٍ بِهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى إلَّا بَعْدَ أَنْ يَقُومَ بِهِ عِنْدَهُ مَنْ هُوَ وَلِيٌّ فِيهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَمِعَ الْإِمَامُ رَجُلًا يَقْذِفُ رَجُلًا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَهُ فَإِذَا قَامَ بِهِ، وَثَبَتَ عِنْدَهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَمْ يَكُنْ لِوَلِيِّهِ الْقَائِمِ بِهِ الْعَفْوُ عَنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا زَوْجَ الزَّانِيَةِ وَتَحْتَهُ امْرَأَتَانِ فَعَفَتْ إحْدَاهُمَا وَقَامَتْ الْأُخْرَى تَطْلُبُهُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يَحْلِفُ مَا أَرَادَ إلَّا الَّتِي عَفَتْ، وَيَبْرَأُ فَإِنْ نَكَلَ حُدَّ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ عَفْوَ الْمَقْذُوفِ قَبْلَ الْقِيَامِ لَازِمٌ لَهُ وَجَائِزٌ عَلَيْهِ فَلَمَّا عَفَتْ إحْدَاهُمَا عَنْهُ سَقَطَ حَقُّهَا مِنْ ذَلِكَ، وَلَوْ قَامَتْ الثَّانِيَةُ، وَكَانَ اللَّفْظُ مُحْتَمِلًا أَنَّهُ أَرَادَهَا حَلَفَ أَنَّهُ مَا أَرَادَهَا فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حُدَّ لِلَّتِي قَامَتْ، وَإِنْ حَلَفَ ثَبَتَ قَذْفُهُ لِلَّتِي عَفَتْ فَسَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ.

(فَرْعٌ) وَقَوْلُهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ إحْدَاهُمَا إنْ قَامَتْ وَقَدْ عَفَتْ الْأُخْرَى حَلَفَ لَهَا وَإِلَّا حُدَّ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ فِي الْقَائِلِ لِجَمَاعَةٍ أَحَدُكُمْ زَانٍ إنْ قَامَ بِهِ أَحَدُهُمْ فَادَّعَى أَنَّهُ أَرَادَهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إلَّا بِالْبَيَانِ يُرِيدُ أَنَّهُ أَرَادَهُ، وَإِنْ قَامَ جَمِيعُهُمْ فَقَدْ قِيلَ لَا يُحَدُّ لَهُمْ يُحْتَمَلُ أَنَّ الْجَمَاعَةَ فِي مَسْأَلَةِ ابْنِ الْمَوَّازِ خَرَجُوا بِكَثْرَتِهِمْ عَنْ حَدِّ التَّعْيِينِ، وَأَنَّ الِاثْنَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ الْعُتْبِيَّةِ وَمَا قَرُبَ مِنْ ذَلِكَ فِي حَيِّزِ الْمُعَيَّنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اخْتِلَافًا مِنْ الْقَوْلَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(149/7)

وَأُمِّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هَذَا نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ الْحَدَّ فَجَلَدَهُ عُمَرُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ، وَقَالَ مَالِكٌ لَا حَدَّ عِنْدَنَا إلَّا فِي نَفْيٍ أَوْ قَذْفٍ أَوْ تَعْرِيضٍ يَرَى أَنَّ قَائِلَهُ إنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ نَفْيًا أَوْ قَذْفًا فَعَلَى مَنْ قَالَ ذَلِكَ الْحَدُّ تَامًّا) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ أَحَدَ الرَّجُلَيْنِ اللَّذَيْنِ اسْتَبَّا فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ لِلْآخَرِ وَاَللَّهِ مَا أُمِّي بِزَانِيَةٍ يَقْتَضِي أَنَّهُ قَالَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْمُشَاتَمَةِ، وَالْمَفْهُومُ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ مِنْ هَذَا إضَافَةُ مِثْلِ هَذَا إلَى أُمِّ الْمَسْبُوبِ وَفَخْرُهُ عَلَيْهِ بِسَلَامَةِ أُمِّهِ بِذَلِكَ مَعَ شَاهِدِ الْحَالِ مِنْ الْمُشَاتَمَةِ يَقْتَضِي أَنَّ أُمَّ الْمَسْبُوبِ مَعِيبَةٌ بِذَلِكَ، وَلَوْ اسْتَوَيَا فِي السَّلَامَةِ لَمْ يَكُنْ هَذَا وَقْتَ ذِكْرِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ مَزِيَّةً لِلسَّابِّ عَلَى الْمَسْبُوبِ، وَلَمَّا كَانَ اللَّفْظُ فِيهِ بَعْضُ احْتِمَالٍ، وَيَحْتَاجُ فِي كَوْنِهِ قَذْفًا إلَى نَوْعٍ مِنْ الِاسْتِدْلَالِ أَوْ التَّأْوِيلِ أَوْ الْعُدُولِ عَنْ ظَاهِرِ هَذَا اللَّفْظِ اسْتَشَارَ فِيهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عُلَمَاءَ الصَّحَابَةِ فَتَعَلَّقَ بَعْضُهُمْ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ، وَقَالَ مَدَحَ أَبَاهُ، وَتَعَلَّقَ بَعْضُهُمْ بِالْمَفْهُومِ مِنْهُ مَعَ شَاهِدِ الْحَالِ، وَقَدْ كَانَ لِأُمِّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هَذَا يُرِيدُ لَيْسَ هَذَا مِمَّا يَقْصِدُ بِهِ الْإِنْسَانُ مَدْحَ أُمِّهِ، وَإِنَّمَا يَمْدَحُهُ بِالصِّفَاتِ الْمَحْمُودَةِ فِي الْغَالِبِ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ إلَى وَصْفِهَا بِهَذَا الْبِرِّ فِي فَضْلِهَا عَلَى مَنْ يُوجَدُ فِيهَا هَذِهِ الْمَعَايِبُ لَا سِيَّمَا مَعَ مَا يَشْهَدُ لِذَلِكَ مِنْ حَالِ الْمُشَاتَمَةِ وَقَصْدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَى ذَمِّ الْآخَرِ وَذَمِّ أَبَوَيْهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي ذِكْرَ أَبِيهِ مِنْ الْفَضَائِلِ بِمَا يُوجَدُ فِي أَبِ مَنْ شَاتَمَهُ ضِدُّ ذَلِكَ مِنْ الْمَثَالِبِ، وَلِذَلِكَ أَخَذَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِقَوْلِ مَنْ أَوْجَبَ فِيهِ حَدَّ الْقَذْفِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ قَالَ مِنْ السُّنَّةِ أَنْ لَا يُجْلَدَ أَحَدٌ حَدَّ قَذْفٍ إلَّا فِي قَذْفٍ مُصَرَّحٍ أَوْ تَعْرِيضٍ أَوْ حَمْلٍ يَظْهَرُ بِامْرَأَةٍ غَيْرِ طَارِئَةٍ، وَقَدْ جَلَدَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي التَّعْرِيضِ، وَقَالَ حَقُّ اللَّهِ لَا تُرْعَى جَوَانِبُهُ وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَيْسَ فِي التَّعْرِيضِ حَدٌّ وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا نَقُولُهُ مَا اسْتَدَلَّ بِهِ الْقَاضِي أَبُو

مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَفْظٌ يُفْهَمُ مِنْهُ الْقَذْفُ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ قَذْفًا أَصْلُهُ التَّصْرِيحُ قَالَ فَإِنْ مَنَعُوا أَنْ يَكُونَ قَذْفًا فَقَدْ أَحَالُوا الْمَسْأَلَةَ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ إنَّمَا هُوَ فِيمَا يُفْهَمُ بِالتَّصْرِيحِ فَإِذَا لَمْ يُفْهَمْ ذَلِكَ فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا حَدَّ فِيهِ، وَجَوَابٌ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ عُرْفَ التَّخَاطُبِ يَنْفِي مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ يُسَمُّونَ التَّعْرِيضَ بِمَا فُهِمَ مِنْهُ مَعْنَى التَّصْرِيحِ، وَلِذَلِكَ أَخْبَرَ اللَّهُ عَنْ قَوْمِ شُعَيْبٍ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – أَنَّهُمْ قَالُوا {أَصَلاتُكَ تَأْمُرُكَ أَنْ نَتْرُكَ مَا يَعْبُدُ آبَاؤُنَا أَوْ أَنْ نَفْعَلَ فِي أَمْوَالِنَا مَا نَشَاءُ إِنَّكَ لأَنْتَ الْحَلِيمُ الرَّشِيدُ} [هود: 87] ، وَإِنَّمَا أَرَادُوا ضِدَّ ذَلِكَ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَيْضًا أَنَّ الْعِلْمَ بِمَقَاصِدِ الْمُخَاطِبِ يُعْلَمُ بِالْمُشَاهَدَةِ ضَرُورَةً كَمَا يُعْلَمُ ضَرُورَةَ الْعِلْمُ بِمَا يَقَعُ مِنْهُ مِنْ خَجَلٍ أَوْ غَضَبٍ أَوْ جَزَعٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ اسْتِعْمَالٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ فِي مُشَاتَمَةٍ إنِّي لَعَفِيفُ الْفَرْجِ وَمَا أَنَا بِزَانٍ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَلَيْهِ الْحَدُّ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مَنْ قَالَ لِامْرَأَةٍ فِي مُشَاتَمَةٍ إنِّي لَعَفِيفٌ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَلَوْ قَالَهُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ الْحَدُّ إلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عَفِيفٌ فِي الْمَكْسَبِ وَالْمَطْعَمِ فَيَحْلِفُ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيَنْكُلُ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يُعَرَّضُ لَهَا بِذِكْرِ الْعَفَافِ فِي الْمَكْسَبِ، وَالرَّجُلَ يُعَرَّضُ لَهُ بِذَلِكَ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَمَنْ قَالَ فِي مُشَاتَمَتِهِ إنَّك لَعَفِيفُ الْفَرْجِ حُدَّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمَنْ قَالَ فَعَلْت بِفُلَانَةَ فِي أَعْكَانِهَا أَوْ بَيْنَ فَخِذَيْهَا حُدَّ.

وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُحَدُّ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ مَا قَالَ هُوَ مِنْ التَّعْرِيضِ بَلْ هُوَ أَشَدُّ مِنْ التَّعْرِيضِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَا يُفْهَمُ مِنْهُ الْجِمَاعُ فَلَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى مَنْ قَذَفَهَا بِمَا يُوجِبُ الْحَدَّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ الْعَفِيفَةِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ بَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ يَحْلِفُ مَا أَرَادَ الْقَذْفَ وَيُعَاقَبُ وَقَالَ أَصْبَغُ إنْ قَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْمُشَاتَمَةِ حُدَّ.

(فَصْلٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ مَا لَك أَصْلٌ وَلَا فَصْلٌ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَقَالَ أَصْبَغُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَقِيلَ أَلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ الْعَرَبِ فَفِيهِ الْحَدُّ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ إنَّهُ إنَّمَا نَفَى صِفَةَ أَصْلِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَنْفِيَ بِذَلِكَ الشَّرَفَ وَأَمَّا أَصْلُهُ فَمَحَالٌ نَفْيِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا مِنْ أَحَدٍ إلَّا لَهُ أَصْلٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إذَا نَفَى رَجُلٌ رَجُلًا مِنْ أَبِيهِ فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ الَّذِي نُفِيَ مَمْلُوكَةً فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ) .

[المنتقى]

نَفْيَ النَّسَبِ وَهُوَ الْأَصْلُ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْحَدَّ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ أَنَّ الْعَرَبَ هِيَ الَّتِي تَتَمَاسَكُ بِالْأَنْسَابِ وَتُحَافِظُ عَلَيْهَا دُونَ الْعَجَمِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ يَا ابْنَ مُنْزِلَةِ الرُّكْبَانِ فَفِي الْوَاضِحَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَالَ يَا ابْنَ ذَاتِ الرَّايَةِ وَذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ الْمَرْأَةُ الْبَغِيُّ تُنْزِلُ الرُّكْبَانَ، وَتَجْعَلُ عَلَى بَابِهَا رَايَةً وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ قَالَ لِرَجُلٍ أَنَا أَفْتَرِي عَلَيْك وَأَنَا أَقْذِفُك فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْفَاحِشَةَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي الْأَجَانِبِ، وَأَمَّا الْأَبُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا يُحَدُّ فِي التَّعْرِيضِ بِابْنِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَا عُلِمَ وَجُبِلَ عَلَيْهِ الْأَبُ مِنْ مَحَبَّةِ الْوَلَدِ وَالْإِشْفَاقِ عَلَيْهِ وَالْحِرْصِ عَلَى الثَّنَاءِ عَلَيْهِ وَدَفْعِ الذَّمِّ عَنْهُ، يَمْنَعُ مِنْ أَنْ يَتَنَاوَلَ فِي لَفْظٍ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْقَذْفَ وَإِضَافَةَ الْعَيْبِ إلَيْهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ، وَهَذَا كَمَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهِ عَلَى وَجْهٍ لَوْ قُتِلَ بِهِ الْأَجْنَبِيُّ لَقُتِلَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَدْرَأَ عَنْهُ عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ فَإِذَا قُلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلَا يَجِبُ أَنْ يُحَدَّ الِابْنُ بِالتَّعْرِيضِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّ حِرْصَ الْوَلَدِ عَلَى إطْرَاءِ الْوَالِدِ وَدَفْعِ الْمَعَايِبِ عَنْهُ أَمْرٌ جُبِلَ عَلَيْهِ الْأَبْنَاءُ كَالْأَبِ فِي حَقِّ الِابْنِ وَأَكْثَرُ وَإِذَا قُلْنَا بِقَوْلِ أَصْبَغَ فَيُحْتَمَلُ الْوَجْهَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الرَّجُلِ يَنْفِي الرَّجُلَ مِنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَذَلِكَ إذَا نَفَاهُ عَنْ أَبِيهِ فَقَدْ رَمَى أُمَّهُ بِالزِّنَا وَقَطَعَ نَسَبَهُ وَكِلَا الْأَمْرَيْنِ يُوجِبُ حَدَّ الْقَذْفِ، وَذَلِكَ يَكُونُ بِأَنْ يَنْفِيَهُ عَنْ أَبِيهِ أَوْ يَنْسِبَهُ إلَى غَيْرِ أَبِيهِ فَأَمَّا نَفْيُهُ عَنْ أَبِيهِ فَبِأَنْ يَقُولَ لَهُ لَسْت ابْنَ فُلَانٍ وَيُسَمِّي أَبَاهُ الْمَعْرُوفَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لَسْت لِأَبِيك.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْقَائِلِ لِلْمُسْلِمِ لَيْسَ أَبُوك فُلَانًا يَعْنِي جَدَّهُ، ثُمَّ قَالَ إنَّمَا أَرَدْت لَيْسَ ابْنَهُ

لِصُلْبِهِ وَلَمْ أُرِدْ نَفْيَهُ حُدَّ وَلَمْ يُصَدَّقْ قَالَ أَشْهَبُ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَجْهٌ مِثْلَ أَنْ يَسْمَعَهُ يَقُولُ أَنَا فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ، فَيَذْكُرُ جَدَّهُ فَيَقُولُ لَيْسَ بِأَبِيك.

(فَرْعٌ) وَهَذَا إذَا كَانَ غَيْرَ مَجْهُولٍ فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا لَمْ يُحَدَّ قَالَ مُحَمَّدٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَجْهُولِينَ لَا يَثْبُتُ بَيْنَهُمْ مَا ادَّعَوْهُ مِنْ الْأَنْسَابِ.

– 1

(فَرْعٌ) وَمَنْ نَفَى رَجُلًا مِنْ جَدِّهِ فَقَالَ لَسْت ابْنَ فُلَانٍ يُرِيدُ جَدَّهُ وَإِنْ كَانَ الْجَدُّ مُشْرِكًا حُدَّ مِثْلَ نَفْيِهِ عَنْ أَبِيهِ الْعَبْدِ أَوْ الْمُشْرِكِ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ أَصْبَغَ قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ نَفَى نَصْرَانِيًّا عَنْ أَبِيهِ وَلِلنَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ لَمْ يُحَدَّ حَتَّى يَقُولَ لِلْمُسْلِمِ لَيْسَ أَبُوك فُلَانًا يَعْنِي الْجَدَّ مَا لَمْ يَكُنْ أَبُوهُ وَجَدُّهُ مَجْهُولًا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا نَفَى النَّصْرَانِيَّ عَنْ أَبِيهِ فَإِنَّمَا تَنَاوَلَ نَفْيُهُ قَطْعَ النَّصْرَانِيِّ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ كَمَا لَا يُوجِبُهُ قَذْفُهُ وَإِنْ نَفَى الْمُسْلِمَ عَنْ نَسَبِهِ الْمَعْلُومَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلْمُسْلِمِ وَقَدْ قَطَعَ نَسَبَهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَا أَبَ لَك فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ النَّفْيَ، وَهَذَا مِمَّا يَقُولُهُ النَّاسُ عَلَى الرِّضَا، وَأَمَّا مَنْ قَالَ عَلَى الْمُشَاتَمَةِ وَالْغَضَبِ فَذَلِكَ شَدِيدٌ وَلْيَحْلِفْ مَا أَرَادَ نَفْيَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَفْظٌ جَرَتْ عَادَةُ الْعَرَبِ بِاسْتِعْمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ غَيْرِ النَّفْيِ فَإِذَا اقْتَرَنَ بِذَلِكَ مِنْ شَاهِدِ الْحَالِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ غَيْرُ النَّفْيِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُعْتَادِ، وَإِذَا اقْتَرَنَ بِهِ مِنْ الْمُشَاتَمَةِ وَالْمُضَاجَرَةِ مَا يُقَوِّي شُبْهَةَ الْقَذْفِ أُحْلِفَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْقَذْفَ لَمَّا احْتَمَلَ الْأَمْرَيْنِ فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ لَيْسَ لَك أَصْلٌ وَلَا فَصْلٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ فِيهِ الْحَدُّ وَقِيلَ إلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ الْعَرَبِ فَفِيهِ الْحَدُّ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إنْ قَالَهُ فِي مُشَاتَمَةٍ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ الْعَرَبِ فَفِيهِ الْأَدَبُ الْخَفِيفُ مَعَ السَّجْنِ وَإِنْ قَالَهُ لِعَرَبِيٍّ حُدَّ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ نَسَبَهُ إلَّا أَنْ يُعْذَرَ بِجَهْلٍ فَيَحْلِفَ مَا أَرَادَ قَطْعَ نَسَبِهِ، وَعَلَيْهِ مَا عَلَى مَنْ قَالَهُ لِغَيْرِ الْعَرَبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَحْلِفُ حُدَّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ قَدْ يُسْتَعْمَلُ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْقَذْفِ وَقَطْعِ النَّسَبِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ بِهِ أَنْ يُنْسَبَ إلَى الضَّعَةِ وَالْخُمُولِ وَنَفْيِ الشَّرَفِ فَلَا يَجِبُ ذَلِكَ الْحَدُّ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِهِ الْعُقُوبَةُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّ مُقْتَضَى اللَّفْظِ فِي مَوْضُوعِ اللُّغَةِ نَفْيُ النَّسَبِ وَلَا يَكَادُ يُسْتَعْمَلُ

مَا لَا حَدَّ فِيهِ (ص) : (قَالَ مَالِكٌ إنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الْأَمَةِ يَقَعُ بِهَا الرَّجُلُ وَلَهُ فِيهَا شِرْكٌ أَنَّهُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَأَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ فَيُعْطَى شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ مِنْ الثَّمَنِ وَتَكُونُ الْجَارِيَةُ لَهُ

[المنتقى]

إلَّا فِي مُشَاتَمَةٍ فَحُمِلَ عَلَى ذَلِكَ وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ أَنَّ الْعَرَبَ هِيَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْأَنْسَابِ، وَيُتَوَاصَلُ بِهَا وَتَتَفَاخَرُ بِاتِّصَالِهَا وَتَذُمُّ بِانْقِطَاعِهَا فَاخْتَصَّ هَذَا الْحُكْمُ بِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ نَسَبَ رَجُلًا إلَى غَيْرِ أَبِيهِ فَقَالَ أَنْتَ ابْنُ فُلَانٍ نَسَبَهُ إلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ غَيْرِ جَدِّهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْهُ عَلَى سِبَابٍ وَلَا غَضَبٍ إلَّا أَنْ يَقُولَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِخْبَارِ وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُحَدُّ إلَّا أَنْ يَقُولَهُ عَلَى وَجْهِ السِّبَابِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقُولُهُ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ كَذَلِكَ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ نَسَبَهُ إلَى جَدِّهِ فِي مُشَاتَمَةٍ لَمْ يُحَدَّ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَقَالَ أَشْهَبُ يُحَدُّ قَالَ مُحَمَّدٌ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَحَبُّ إلَيَّ إلَّا أَنْ يُعْرَفَ أَنَّهُ أَرَادَ الْقَذْفَ مِثْلَ أَنْ يَتَّهِمَ الْجَدَّ بِأُمِّهِ وَنَحْوِهِ، وَإِلَّا لَمْ يُحَدَّ فَقَدْ نُسِبَ إلَيْهِ لِشَبَهِهِ فِي خَلْقٍ أَوْ طَبْعٍ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ نَسَبَ رَجُلًا إلَى عَمٍّ أَوْ خَالٍ أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ أَشْهَبُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَقُولَهُ فِي مُشَاتَمَةٍ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ وَمُحَمَّدٌ قَالَ أَصْبَغُ وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي كِتَابِهِ الْعَمَّ أَبًا فَقَالَ {إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ} [البقرة: 133] .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ الْبَرْبَرِيِّ أَوْ يَا ابْنَ النَّبَطِيِّ فَإِنْ كَانَ قَالَ ذَلِكَ لِعَرَبِيٍّ حُدَّ، وَإِنْ كَانَ قَالَهُ لِمَوْلًى فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: إنْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الْبَرْبَرِيِّ وَأَبُوهُ فَارِسِيٌّ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ فِي الْبَيَاضِ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ أَبُوهُ أَسْوَدَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي السَّوَادِ كُلِّهِ إذَا نَسَبَهُ إلَى غَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ السَّوَادِ، إلَّا أَنْ يَكُونَ أَبْيَضَ فَيَكُونَ ذَلِكَ نَفْيًا وَيُحَدُّ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِأَسْوَدَ يَا ابْنَ الْفَارِسِيِّ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ قَالَ لِمَوْلًى يَا ابْنَ الْأَسْوَدِ حُدَّ، وَمَنْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الْحَبَشِيِّ لَمْ يُحَدَّ؛ لِأَنَّ مَنْ دَعَا مَوْلًى إلَى غَيْرِ جِنْسِهِ لَمْ يُحَدَّ، وَإِنْ دَعَاهُ إلَى غَيْرِ لَوْنِهِ

وَصِفَتِهِ حُدَّ، وَكَذَلِكَ مَنْ خَرَجَ بِهِ إلَى لَوْنٍ لَيْسَ فِي آبَائِهِ ذَلِكَ اللَّوْنُ حُدَّ مِثْلُ يَا ابْنَ الْأَزْرَقِ أَوْ الْأَصْهَبِ أَوْ الْأَبْيَضِ أَوْ الْأَحْمَرِ أَوْ الْأَعْوَرِ أَوْ الْأَقْطَعِ فَفِيهِ الْحَدُّ، وَإِنْ قَالَ لِمَوْلًى إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي آبَائِهِ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لَمْ يُحَدَّ يُرِيدُ فِي قَوْلِهِ يَا ابْنَ كَذَا قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ قَالَ لِنُوبِيٍّ يَا ابْنَ الْأَسْوَدِ فَهَذَا قَرِيبٌ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّهُ إنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الْأَبْيَضِ يَنْسِبُهُ إلَى غَيْرِ جِنْسِهِ أَوْ وَصْفِهِ بِصِفَةِ ذَلِكَ الْجِنْسِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَصَفَهُ بِصِفَةِ غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ السُّودَانِ فَيَصِفُهُ بِالْبَيَاضِ، أَوْ يَصِفُهُ بِصِفَةٍ لَا تَخْتَصُّ بِجِنْسٍ لَكِنَّهَا مَعْدُومَةٌ فِي آبَائِهِ فَهَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحَدُّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ مُسْلِمٍ يَا ابْنَ الْيَهُودِيِّ أَوْ يَا ابْنَ النَّصْرَانِيِّ أَوْ يَا ابْنَ عَابِدِ وَثَنٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي آبَائِهِ مَنْ هُوَ عَلَى ذَلِكَ فَيُنَكَّلُ قَالَ أَشْهَبُ لَا يُحَدُّ إذَا حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ نَفْيًا، وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الْخَيَّاطِ أَوْ الْحَدَّادِ أَوْ يَا ابْنَ الْحَائِكِ أَوْ يَا ابْنَ الْحَجَّامِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ إنْ كَانَ عَرَبِيًّا حُدَّ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي آبَائِهِ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ، وَقَالَ هُمَا سَوَاءٌ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَيَحْلِفُ مَا أَرَادَ نَفْيًا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَكَأَنَّهُ قَالَ لَهُ أَبُوك الَّذِي وَلَدَك حَجَّامٌ أَوْ حَائِكٌ فَلَا حَدَّ فِيهِ وَإِنْ كَانَ عَرَبِيًّا.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ الَّذِي نُفِيَ مَمْلُوكَةً فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ، يُرِيدُ أَنَّ الْحَدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَطْعِ نَسَبِهِ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا وَلَدَ الزِّنَا أَوْ أَنْتَ لِزِنًا أَوْ وَلَدَ زَنْيَةٍ أَوْ فَرْخَ زِنًا فَالْحَدُّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ مَمْلُوكَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَأَبُوهُ وَحْدَهُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ تَوَجَّهَ إلَى الْمُسْلِمِ الْمَقْذُوفِ، وَذَلِكَ بِخِلَافِ قَوْلِهِ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَمْلُوكَةٌ أَوْ ذِمِّيَّةٌ يُرِيدُ فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَذْفَ اخْتَصَّ بِالْأُمِّ، وَقَدْ تَكُونُ زَانِيَةً وَيَثْبُتُ ابْنُهَا مِنْ أَبِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(152/7)

قَالَ مَالِكٌ وَعَلَى هَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا) .

[المنتقى]

[مَا لَا حَدَّ فِيهِ]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ وَطِئَ أَمَةً لَهُ فِيهَا شِرْكٌ يُرِيدُ حِصَّةً مِنْ رَقَبَتِهَا سَوَاءٌ كَانَتْ تِلْكَ الْحِصَّةُ قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً أَوْ كَانَ الْبَاقِي مِنْهَا لِوَاحِدٍ أَوْ لِجَمَاعَةٍ فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّ حِصَّتَهُ الَّتِي يَمْلِكُ مِنْهَا شُبْهَةٌ تُسْقِطُ الْحَدَّ عَنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ بَعْضُهَا لَهُ وَبَعْضُهَا حُرٌّ فَوَطِئَهَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي رَجُلٍ وَطِئَ أَمَةً نِصْفُهَا لَهُ وَنِصْفُهَا حُرٌّ لَمْ يُحَدَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ لَهُ فِيهَا شِرْكًا يُوجِبُ لَهَا أَحْكَامَ الرِّقِّ كَالَّتِي نِصْفُهَا رَقِيقٌ لِغَيْرِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ تَزَوَّجَ بِأَمَةٍ فَوَطِئَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ بِزَوْجَتِهِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ قَالَ أَصْبَغُ وَكَذَلِكَ لَوْ أَصْدَقَهَا دَرَاهِمَ فَتَجَهَّزَتْ بِخَادِمٍ فَزَنَى بِالْخَادِمِ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَهُوَ سَوَاءٌ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ وَأَشْهَبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ إنَّمَا تَمْلِكُ بِالْعَقْدِ نِصْفَ الْأَمَةِ، وَإِنَّمَا تَمْلِكُ النِّصْفَ الْآخَرَ بِالْبِنَاءِ، وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ وَطِئَهَا بَعْدَ أَنْ بَنَى فَهُوَ زَانٍ يُرْجَمُ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ تَمْلِكُ جَمِيعَهَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَلِذَلِكَ قَالَ أَشْهَبُ لَوْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَتَهُ الَّتِي أَصْدَقَ قَبْلَ أَنْ يَبْنِيَ بِامْرَأَتِهِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْأَصْلِ، وَتَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي النِّكَاحِ وَأَمَّا قَوْلُ أَصْبَغَ فِي الْجَارِيَةِ الَّتِي تَجَهَّزَتْ بِهَا إلَيْهِ وَاشْتَرَتْهَا بِالصَّدَاقِ فَمَبْنِيٌّ أَيْضًا عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي اخْتَارَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَعَلَى أَصْلٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ مَا اشْتَرَتْهُ الزَّوْجَةُ فَمَا أَصدقَتْ مِنْ الدَّرَاهِمِ مِنْ أَمَةٍ أَوْ شُورَةٍ مِمَّا يَتجَهَّزُ بِهِ النِّسَاءُ لِلْأَزْوَاجِ لَازِمٌ لِلزَّوْجِ، وَكَذَلِكَ إنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ كَانَ لَهُ نِصْفُهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِالدَّرَاهِمِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ تَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَصْبَغُ إنَّ الزَّوْجَ لَهَا كَالشَّرِيكِ قَبْلَ أَنْ يَبْنِيَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ طَلَّقَ وَقَدْ مَاتَتْ الْأَمَةُ كَانَتْ بَيْنَهُمَا وَلَهُمَا نَمَاؤُهَا، وَالْحَدُّ يُدْرَأُ بِدُونِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ.

(فَرْعٌ) إذَا قُلْنَا أَنَّهُ لَا يُحَدُّ فِي وَطْءِ جَارِيَةٍ لَهُ فِيهَا شِرْكٌ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُعَاقَبُ إنْ لَمْ يُعْذَرْ بِجَهْلٍ، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ ابْنِ عُمَرَ يُعَاقَبُ وَلَا يُحَدُّ قَالَ أَبُو الزِّنَادِ يُعَاقَبُ بِمِائَةِ جَلْدَةٍ وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّهُ يُعَاقَبُ بِقَدْرِ مَا يَرَى الْإِمَامُ، وَإِنَّمَا يُعَاقَبُ لِمَا ارْتَكَبَ مِنْ الْمَحْظُورِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَيَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ يُرِيدُ أَنَّهَا إنْ حَمَلَتْ فَإِنَّ الْوَلَدَ لَاحِقٌ بِهِ يُرِيدُ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ فِي النَّسَبِ وَيُعْتَقُ عَلَيْهِ، أَمَّا عَلَى قَوْلِنَا يَلْزَمُهُ بِالْوَطْءِ فَلِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ فِي مِلْكِهِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا يَوْمَ الْحُكْمِ فَلِأَنَّ حِصَّتَهُ مِنْهُ تُعْتَقُ عَلَيْهِ فَيُعْتَقُ الْبَاقِي بِالسِّرَايَةِ وَالِاسْتِيلَادِ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَيُتْبَعُ الْوَاطِئُ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ عَلَى مَا قَالَ وَلَا تَخْلُو الْجَارِيَةُ إذَا وَطِئَهَا مِنْ أَنْ لَا تَحْمِلَ أَوْ تَحْمِلَ، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ الشَّرِيكَ مُخَيَّرٌ فِي قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، يُرِيدُ بَيْنَ تَقْوِيمِ حِصَّتِهِ عَلَى الْوَاطِئِ وَبَيْنَ اسْتِمْسَاكِهِ بِهَا وَبَقَائِهَا عَلَى حُكْمِ الشَّرِكَةِ، قَالَ مَالِكٌ: إنْ لَمْ تَحْمِلْ بَقِيَتْ بَيْنَهُمَا وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ تَصَرُّفَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْأَمَةِ الْمُشْتَرَكَةِ تَصَرُّفٌ لَا يُنْقِصُ قِيمَتَهَا فَلَا يُوجِبُ تَقْوِيمَهَا عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ اسْتَخْدَمَهَا.

(فَرْعٌ) فَإِنْ لَمْ يَشَأْ الشَّرِيكُ أَنْ يُقَوِّمَهَا فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي نَقْصِهَا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَإِنْ قَبَضَهَا لِأَنَّ لِلشَّرِيكِ أَنْ يَأْخُذَ قِيمَتَهَا فَإِذَا تَرَكَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَا نَقَصَهَا، هَذَا أَصْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ كَانَ الْوَاطِئُ مَلِيًّا أَوْ مُعْدَمًا؛ لِأَنَّهُ تُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِصَّتُهُ فِي عَدَمِهِ ثُمَّ تُبَاعُ عَلَيْهِ تِلْكَ الْحِصَّةُ فِي الْقِيمَةِ فَإِنْ وَفَتْ بِالْقِيمَةِ وَإِلَّا اتَّبَعَهُ بِمَا بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنْ الْغُرَمَاءِ إنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ حَمَلَتْ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَالَ: وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ التَّقْوِيمِ قَالَ مُحَمَّدٌ شَاءَ الشَّرِيكُ أَوْ أَبَى فِي مِلَائِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ تَعَلَّقَ الْعِتْقُ بِحِصَّتِهِ لِتَعَدِّيهِ فَلَزِمَ أَنْ تُقَوَّمَ عَلَيْهِ حِصَّةُ شَرِيكِهِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ مِنْ أَمَةٍ مُشْتَرَكَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ الْمُتَعَدِّي مُعْدَمًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ تَكُونُ حِصَّةُ الْوَاطِئِ مِنْهَا بِحُكْمِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْبَاقِي رَقِيقٌ لِشَرِيكِهِ

(153/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُحِلُّ لِلرَّجُلِ جَارِيَتَهُ أَنَّهُ إنْ أَصَابَهَا الَّذِي أُحِلَّتْ لَهُ قُوِّمَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ أَصَابَهَا حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ، وَدُرِئَ عَنْهُ الْحَدُّ بِذَلِكَ، فَإِنْ حَمَلَتْ أُلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ) .

[المنتقى]

وَقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ تُقَوَّمُ عَلَيْهِ فِي عَدَمِهِ وَيُتَّبَعُ بِالْقِيمَةِ وَإِلَيْهِ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَعْنًى يَقْتَضِي الْعِتْقَ فَوَجَبَ التَّقْوِيمُ مَعَ الْمَلَاءِ فَلَمْ يَلْزَمْ شَرِيكَهُ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ فِي الْإِعْسَارِ كَالْعِتْقِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الِاسْتِيلَادَ قَدْ سَرَى فِي جَمِيعِهَا فَكَانَ أَقْوَى مِنْ الْعِتْقِ الَّذِي اخْتَصَّ بِحِصَّتِهِ مِنْهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُلْحَقُ الْوَلَدُ بِأَبِيهِ وَعَلَى أَبِيهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ مِمَّا نَقَصَهَا الْوَطْءُ وَأَبَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ: لِأَنَّهُ لَوْ شَاءَ لَقَوَّمَهَا عَلَيْهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمْ يُقَوِّمْهَا عَلَيْهِ لِلْإِعْسَارِ، وَكَانَ لِحِصَّتِهِ حِصَّةٌ مِنْ الْوَلَدِ وَلَحِقَ بِأَبِيهِ لِشُبْهَةِ حِصَّتِهِ وَدُرِئَ الْحَدُّ عَنْهُ وَعَلَيْهِ كَانَ لَهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْجِنَايَةَ إنَّمَا هِيَ فِي فِعْلِهِ فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَتْ جِنَايَتُهُ مِنْ قِيمَةِ الْخَادِمِ، وَأَمَّا الْوَلَدُ فَلَيْسَ مِنْ جِنَايَتِهِ، وَإِنَّمَا الْجِنَايَةُ فِي الْوَطْءِ أَوْ الْحَمْلِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ أَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ إذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْقِيمَةَ فَاخْتَارَ التَّمَسُّكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيمَةُ الْجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا لَهُ قِيمَةُ الْجِنَايَةِ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ تَقْوِيمُ الْعَيْنِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهَا.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا تُقَوَّمَ عَلَيْهِ فِي الْمَلَاءِ وَذَكَرَ فِي الْمُوَطَّإِ الْقِيمَةَ حِينَ الْحَمْلِ، وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَقَدْ قِيلَ يَوْمَ الْحُكْمِ وَقِيلَ يَوْمَ الْوَطْءِ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَالصَّوَابُ عِنْدَنَا إنْ كَانَ وَطِئَ مِرَارًا فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ قِيمَتِهَا يَوْمَ وُطِئَتْ أَوْ يَوْمَ حَمَلَتْ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَمْلَ هُوَ يَوْمَ تَعَلَّقَ بِهَا مَا يَتَضَمَّنُ الْعِتْقَ وَيُوجِبُ التَّقْوِيمَ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ يَوْمَ الْحُكْمِ هُوَ يَوْمَ تَتَعَلَّقُ الْقِيمَةُ بِذِمَّتِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَقْتَ اعْتِبَارِ الْقِيمَةِ، وَهَذَانِ الْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ التَّقْوِيمَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْوَطْءِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّالِثِ أَنَّهُ مَعْنًى وَجَبَ بِهِ التَّقْوِيمُ فَوَجَبَ أَنْ تُعْتَبَرَ الْقِيمَةُ بِوَقْتِهِ كَعِتْقِ الْحِصَّةِ، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَطْءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّقْوِيمُ، وَلِذَلِكَ اخْتَارَ ابْنُ الْمَوَّازِ تَخْيِيرَ الشَّرِيكِ بَيْنَ الْقِيمَةِ يَوْمَ الْوَطْءِ وَالْقِيمَةِ يَوْمَ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَوِّمَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِذَلِكَ قَالَ فَإِنْ لَمْ يَبِنْ بِهَا حَمْلٌ فَرَضِيَ بِإِمْسَاكِهَا، ثُمَّ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ لَمْ تُقَوَّمْ إلَّا يَوْمَ الْحَمْلِ، وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّإِ يُرِيدُ قَوْلَهُ وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ، وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ رَضِيَ إمْسَاكَهَا قَبْلَ ظُهُورِ الْحَمْلِ فَتَأَوَّلَ مُحَمَّدٌ قَوْلَ مَالِكٍ حِينَ حَمَلَتْ عَلَى ذَلِكَ حِينَ اخْتَارَ هُوَ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الْقِيمَةِ يَوْمَ الْوَطْءِ وَالْقِيمَةِ يَوْمَ الْحَمْلِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَيُعْطَى شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ يُرِيدُ يُعْطَوْنَ مِنْ الْقِيمَةِ بِقَدْرِ حِصَصِهِمْ مِنْ الْجَارِيَةِ، وَتَكُونُ الْجَارِيَةُ لِلْوَطْءِ أُمَّ وَلَدٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الرَّجُلَ إذَا أَحَلَّ لِلرَّجُلِ وَطْءَ جَارِيَتِهِ يُرِيدُ أَطْلَقَ لَهُ ذَلِكَ وَأَذِنَ لَهُ فِيهِ مَعَ تَمَسُّكِهِ بِرَقَبَتِهَا فَإِنَّ هَذَا يَكُونُ بِعَقْدٍ يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ كَعَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ عَقْدٍ فَأَمَّا إذَا كَانَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ مِثْلَ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ عَلَى أَنَّهَا أَمَةٌ، وَيُسَلِّمُهَا إلَيْهِ عَلَى ذَلِكَ وَيَطَؤُهَا الزَّوْجُ وَتَحْمِلُ مِنْهُ الْأَمَةُ فَإِنَّهُ مُبَاحٌ، وَمَا وَلَدَتْ مِنْ هَذَا فَهُوَ رَقِيقٌ لِسَيِّدِ الْأَمَةِ، وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ رَجُلٍ وَقَالَ لَهُ هِيَ ابْنَتِي فَوَلَدَتْ مِنْ الزَّوْجِ فَلَا حَدَّ عَلَى الزَّوْجِ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْحُكْمِ مِنْ الْمَوَّازِيَّةِ وَكِتَابِ

سَحْنُونٍ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَدَخَلَ عَلَى حُرِّيَّةِ وَلَدِهِ فَلَا يُسْتَرَقُّونَ، وَلَمَّا كَانَتْ أُمُّهُمْ أَمَةً كَانَتْ عَلَى الْأَبِ قِيمَتُهُمْ فِي النِّكَاحِ كَالَّتِي غَرَّتْ مِنْ نَفْسِهَا، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِنِكَاحِهَا وَعَلَيْهِ جَمِيعُ الْمَهْرِ وَمَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَهُوَ رَقِيقٌ وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مِنْ الْمَهْرِ إلَّا رُبْعُ دِينَارٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ زَوَّجَهُ ابْنَتَهُ فَأَدْخَلَ عَلَيْهِ أَمَتَهُ عَلَى أَنَّهَا ابْنَتُهُ فَإِنَّهَا تَكُونُ إنْ حَمَلَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَتَكُونُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ حَمَلَتْ أَمْ لَمْ تَحْمِلْ وَلَا قِيمَةَ عَلَيْهِ فِي الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَحَلَّ أَمَةً لِرَجُلٍ وَابْنَتُهُ زَوْجَةٌ لَهُ، وَلَوْ عَلِمَ الْوَاطِئُ أَنَّ الَّتِي وَطِئَ غَيْرُ زَوْجَتِهِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا أَبَاحَ لَهُ

(154/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ أَوْ ابْنَتِهِ أَنَّهُ يُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ، وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِي رَجُلٌ خَرَجَ بِجَارِيَةٍ لِامْرَأَتِهِ مَعَهُ فِي سَفَرٍ فَغَارَتْ امْرَأَتُهُ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: وَهَبَتْهَا لِي فَقَالَ عُمَرُ لَتَأْتِينِي بِالْبَيِّنَةِ أَوْ لَأَرْمِيَنَّكَ بِالْحِجَارَةِ قَالَ فَاعْتَرَفَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهَا وَهَبَتْهَا لَهُ) .

[المنتقى]

وَطْأَهَا بِغَيْرِ عَقْدٍ إلَّا مُجَرَّدَ الْإِبَاحَةِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أُعِيرُكَهَا تَطَؤُهَا وَرَقَبَتُهَا لِي فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ بِإِحْلَالٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ حَلَالٍ وَلَكِنَّهُ أَذِنَ فِي الْوَطْءِ وَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ أَنَّ الْوَاطِئَ يَلْزَمُهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْوَطْءِ، وَلَا تَرْجِعُ إلَى رَبِّهَا كَانَ لِلْوَاطِئِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَيَتْبَعُهُ فِي عَدَمِهِ فَإِنْ حَمَلَتْ بِهِ فَهِيَ لَهُ أُمُّ وَلَدٍ، زَادَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَلَوْ بِيعَتْ فِي الْقِيمَةِ إذَا لَمْ تَحْمِلْ لَمْ يَجُزْ لِلْمُبِيحِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ مِنْ إعَارَةِ الْفَرْجِ غَيْرُ مُبَاحٍ إلَّا أَنَّهُ إذَا فَاتَ صُحِّحَ بِتَمْلِيكِ الْوَاطِئِ الرَّقَبَةَ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ

غَيْرِ عَقْدِ نِكَاحٍ إِلَّا بِذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أُخْدِمَ جارِيَةً فَوَطِئَهَا فَقَدْ رَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ مَا دَرَأْت بِهِ الْحَدَّ عَنْ الْمُخْدَمِ فَإِنَّهُ تَكُونُ لَهُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا حَمَلَتْ وَكَانَ مُوسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهِيَ لِرَبِّهَا وَيَلْحَقُ الْوَلَدُ بِأَبِيهِ وَلَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهَا بَعْدَ أَنْ أَيْسَرَ وَذَلِكَ فِيمَا كَثُرَ مِنْ التَّعْمِيرِ كَالسِّنِينَ الْكَثِيرَةِ، وَأَمَّا فِي الْمُدَّةِ الْيَسِيرَةِ كَالشَّهْرِ وَنِصْفِ الشَّهْرِ فَيُحَدُّ وَلَا تَكُونُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ وَلَا يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ طُولَ الْمُدَّةِ شُبْهَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ مِنْهَا مَا مَنَعَ سَيِّدَهَا مِنْ بَيْعِهَا وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا، وَأَمَّا الْمُدَّةُ الْيَسِيرَةُ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ شُبْهَةً؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْنَعُ السَّيِّدَ مِنْ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَمَرَ بِشِرَاءِ جَارِيَةٍ فَاشْتَرَاهَا لِلْآمِرِ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، ثُمَّ وَطِئَهَا فَحَمَلَتْ فَهُوَ زَانٍ، وَيَأْخُذُ الْآمِرُ الْأَمَةَ وَوَلَدُهَا رَقِيقٌ لَهُ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْآمِرَ قَدْ مَلَكَهَا بِالشِّرَاءِ فَلَا تَزُولُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْأَبَ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ لَمْ يُحَدَّ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَهُ فِي مَالِ ابْنِهِ حَقٌّ فَكَانَ كَالشَّرِيكِ يَطَأُ جَارِيَةً لَهُ فِيهَا شِرْكٌ فَيُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ بِمَا لَهُ فِيهَا مِنْ الْحَقِّ، وَتُقَوَّمُ عَلَى الْأَبِ وَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ وَلَا يَلْزَمُ تَقْوِيمُهَا عَلَى الشَّرِيكِ إِلَّا أَنْ تَحْمِلَ، وَذَلِكَ أَنَّ وَطْءَ الْأَبِ يُحَرِّمُهَا عَلَى الِابْنِ، وَلَا يُحَرِّمُ وَطْءُ الشَّرِيكِ الْأَمَةَ عَلَى شَرِيكِهِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ الْخَارِجَ بِجَارِيَةِ امْرَأَتِهِ فِي السَّفَرِ أَصَابَهَا فَرَفَعَتْ ذَلِكَ امْرَأَتُهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يُحْتَمَلُ أَنَّهَا رَفَعَتْ ذَلِكَ إِلَيْهِ بَعْدَ أَنْ أَشْهَدَتْ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ أَهْلَ الْعَدْلِ، وَإِلَّا كَانَتْ قَاذِفَةً لَهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْوَطْءَ وَالشِّرَاءَ وَيُحْتَمَلُ إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِوَطْئِهِ إِيَّاهَا وَقَوْلُ الرَّجُلِ وَهَبَتْهَا لِي ادِّعَاءٌ لِإِبَاحَةِ وَطْئِهِ إِيَّاهَا مَعَ إِقْرَارِهِ بِذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ إِنَّمَا ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِيمَنْ قَالَ اشْتَرَيْت أَمَةَ فُلَانٍ فَوَطِئْتهَا لَا يُكَلَّفُ بَيِّنَةً بِالشِّرَاءِ، وَلَا يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مَعَ امْرَأَةٍ يَطَؤُهَا فَيَقُولُ أَمَتِي فَهَذَا الَّذِي يُكَلَّفُ الْبَيِّنَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ طَارِئًا، وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ وَقَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَقَرَّ بِوَطْءِ امْرَأَةٍ وَادَّعَى النِّكَاحَ حُدَّ وَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ ثَبَتَ عَلَيْهِ مَعْنًى يُوجِبُ الْحَدَّ كَمَا لَوْ ثَبَتَ

الْوَطْءُ.

وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالزِّنَا لِصَاحِبِهِ الرُّجُوعُ عَنْهُ لِوَجْهٍ عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ وَلِغَيْرِ وَجْهٍ عَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ، فَلِذَلِكَ أَثَّرَ فِيهِ ادِّعَاءُ الْإِبَاحَةِ، وَإِذَا قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِالْجِمَاعِ لَمْ يَكُنْ لِلزَّانِي الرُّجُوعُ عَنْ ذَلِكَ إلَى وَجْهٍ وَلَا إلَى غَيْرِ وَجْهٍ، فَلِذَلِكَ لَمْ يُقْبَلْ مَا ادَّعَاهُ مِنْ الْإِبَاحَةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى فِيمَنْ بِيَدِهِ جَارِيَةٌ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا، وَقَالَ اشْتَرَيْتهَا فِي سُوقِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ قَالَ اشْتَرَيْتهَا مِنْك وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ بِالشِّرَاءِ فَقَامَ رَجُلٌ يَدَّعِيهَا، وَيُقِيمُ بَيِّنَةً بِذَلِكَ يُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْوَاضِحَةِ إذَا كَانَ الْمُدَّعِي شِرَاءَ الْجَارِيَةِ جَائِزًا لَهَا لَمْ يُحَدَّ، وَإِنْ لَمْ يُقِمْ شَاهِدًا يَحْلِفُ السَّيِّدُ مَا بَاعَ وَيَأْخُذُهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا، وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَزَادَ وَقَدْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ

(155/7)

مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَطَعَ فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ»)

[المنتقى]

فَقَالَتْ وَطِئَ زَوْجِي جَارِيَتِي فَسَأَلَهُ فَاعْتَرَفَ وَقَالَ بَاعَتْهَا مِنِّي فَقَالَ عُمَرُ أَقِمْ الْبَيِّنَةَ وَإِلَّا رَجَمْتُك فَاعْتَرَفَتْ زَوْجَتُهُ بِالْبَيْعِ فَتَرَكَهُ فَهَذَا يَدُلُّك فِيمَنْ وَطِئَ جَارِيَةً وَادَّعَى شِرَاءَهَا، وَأَقَرَّ سَيِّدُهَا أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَمَادَى عَلَى إنْكَارِهِ وَحَلَفَ حُدَّ الْوَاطِئُ فَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ أَقَرَّتْ زَوْجَتُهُ أَوْ تَمَادَتْ عَلَى الْإِنْكَارِ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَإِنْ تَمَادَتْ الزَّوْجَةُ عَلَى الْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّهُ جَائِزٌ وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ لَا حَدَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ قَدْ رَجَعَتْ إلَى الْإِقْرَارِ، وَلَوْ تَمَادَتْ عَلَى الْإِنْكَارِ لَحُدَّ وَهُوَ أَشْبَهُ بِقَوْلِ عُمَرَ وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ فِي الرَّجُلِ الَّذِي خَرَجَ فِي سَفَرِهِ بِجَارِيَةِ امْرَأَتِهِ فَرَدَّهَا قَدْ حَمَلَتْ فَأَرَادَ عُمَرُ رَجْمَهُ حِينَ رَفَعَتْ ذَلِكَ إلَيْهِ امْرَأَتُهُ، فَلَمَّا أَقَرَّتْ الْمَرْأَةُ أَنَّهَا وَهَبَتْهَا لَهُ أَسْقَطَ عَنْهُ الْحَدَّ أَنَّهُ يُؤْخَذُ بِذَلِكَ الْيَوْمَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُمْ رَأَوْا فَرْجَهُ فِي فَرْجِ امْرَأَةٍ غَابَتْ عَنَّا لَا نَدْرِي مَنْ هِيَ فَقَالَ هُوَ كَانَتْ أَمَتِي، وَقَدْ

بَاعَهَا وَهُوَ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ غَيْرُ ذِي أَمَةٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يُصَدَّقُ، وَلَا يُكَلَّفُ الْبَيِّنَةَ، وَلَوْ أَخَذَتْهُ مَعَهَا كَلَّفْته الْبَيِّنَةَ إنْ لَمْ يَكُنْ طَارِئًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى فِي رَجُلٍ وَطِئَ أَمَةَ رَجُلٍ، فَلَمَّا أُخِذَ مَعَهَا وَرَفَعَهَا إلَى الْإِمَامِ فَإِنْ قَالَ: قَدْ كَانَتْ وَهَبَتْهَا لِي وَصَدَّقَهَا صَاحِبُهَا، وَلَا يُعْلَمُ ذَلِكَ إلَّا بِقَوْلِهِمَا أَنَّهُ يُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مِثْلَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَقَرَّتْ أَنَّهَا وَهَبَتْهَا لَهُ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ فِي غَيْرِ حَدِيثِ مَالِكٍ أَنَّهَا لَمَّا اعْتَرَفَتْ حَدَّهَا أُنْظُرْ مَا مَعْنَى ذَلِكَ، وَكَيْفَ تَكُونُ قَاذِفَةً وَهُوَ مُقِرٌّ بِالْوَطْءِ؟ وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ لَا حَدَّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ قَاذِفَةٍ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ امْرَأَةً ادَّعَتْ عِنْدَهُ ذَلِكَ عَلَى زَوْجِهَا فَقَالَ إنْ صَدَقْت رَجَمْنَاهُ وَإِنْ كَذَبْتُ جَلَدْنَاك، فَقَالَتْ رُدُّونِي إلَى أَهْلِي غَيْرِي غَيْرِي.

وَقَالَ عَلِيٌّ مَنْ أَتَى جَارِيَةَ امْرَأَتِهِ رَجَمْته، وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ عِيسَى لَا حَدَّ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هِبَتُهَا لَهُ الْجَارِيَةَ أَنْ تَكُونَ وَهَبَتْهُ رَقَبَتَهَا، وَظَنَّتْ أَنَّهُ لَا يَطَؤُهَا فَلَمَّا وَطِئَهَا غَارَتْ وَأَرَادَتْ إنْكَارَ الْهِبَةِ، ثُمَّ ذَهَبَتْ إلَى الْإِقْرَارِ إمَّا تَحَرُّجًا مِنْ سَفْكِ دَمِهِ أَوْ إشْفَاقًا مِنْ رَجْمِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ هِبَتُهَا إبَاحَةَ الْوَطْءِ فَلَمَّا حَمَلَتْ أَرَادَتْ الْقِيَامَ فِي حَقِّهَا، فَلَمَّا سُئِلَتْ عَنْ الْهِبَةِ أَقَرَّتْ بِهَا وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَطَعَ فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ يُرِيدُ قَطَعَ مَنْ سَرَقَ مِجَنًّا ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، وَالْأَصْلُ فِي الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» يَتَضَمَّنُ الْقَطْعَ فِي الْعُرُوضِ وَبِهِ قَالَ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي بَعْضِ أَنْوَاعِهَا، فَقَالَ مَالِكٌ: يُقْطَعُ فِي جَمِيعِ الْمَنْقُولَاتِ الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا وَأَخْذُ الْعِوَضِ عَلَيْهَا كَانَ أَصْلُهَا مُبَاحًا كَالْمَاءِ وَالصَّيْدِ وَالتُّرَابِ وَالْحَشِيشِ، أَوْ مَحْظُورًا كَالثِّيَابِ وَالْعَقَارِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ مَا كَانَ أَصْلُهُ مُبَاحًا فَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ نَوْعُ مَالٍ يُتَمَوَّلُ مُعْتَادًا كَالثِّيَابِ وَالْعَبِيدِ، وَيُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ الْمُصْحَفَ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا وَوَجْهُهُ مَا تَقَدَّمَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ زَيْتًا وَقَعَ فِيهِ فَأْرَةٌ فَمَاتَتْ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ يُقْطَعُ إذَا كَانَ يُسَاوِي لَوْ بِيعَ عَلَى هَذَا ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ.

1 –

وَمَنْ سَرَقَ جِلْدَ مَيْتَةٍ غَيْرَ مَدْبُوغٍ لَمْ يُقْطَعْ، وَأَمَّا الْمَدْبُوغُ

(156/7)

. . . .

[المنتقى]

فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ يُقْطَعُ وَقِيلَ إذَا كَانَ قِيمَةُ مَا فِيهِ مِنْ الصَّنْعَةِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ، وَإِلَّا لَمْ يُقْطَعْ وَقَالَ مَالِكٌ لَا قَطْعَ فِي الْمَيْتَةِ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الِانْتِفَاعِ بِعَظْمِهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ صَلِيبًا مِنْ خَشَبَةٍ أَوْ تِمْثَالًا مِنْ كَنِيسَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ صَلِيبٍ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ سَرَقَهُ مُسْلِمٌ مِنْ ذِمِّيٍّ أَوْ ذِمِّيٌّ مِنْ مُسْلِمٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ كَلْبًا نُهِيَ عَنْ اتِّخَاذِهِ لَمْ يُقْطَعْ، وَاخْتُلِفَ فِيهِ إذَا كَانَ كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ يُقْطَعُ، وَإِنْ كُنْت أَنْهَى عَنْ بَيْعِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا قَطْعَ فِي كَلْبٍ لِصَيْدٍ وَلَا لِغَيْرِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ لَحْمَ أُضْحِيَّةٍ أَوْ جِلْدَهَا فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ يُقْطَعُ إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ إنْ سَرَقَهَا قَبْلَ الذَّبْحِ قُطِعَ وَإِنْ سَرَقَهَا بَعْدَ الذَّبْحِ لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّهَا لَا تُبَاعُ فِي فَلَسٍ وَلَا تُورَثُ مَالًا، إنَّمَا تُورَثُ لِتُؤْكَلَ، وَإِنْ سَرَقَهَا مِمَّنْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِ قُطِعَ؛ لِأَنَّ الْمُعْطِيَ قَدْ مَلَكَهَا، وَوَجْهُ قَوْلِ

أَشْهَبَ أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ مِزْمَارًا أَوْ عُودًا أَوْ دُفًّا أَوْ كَبَرًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الْمَلَاهِي فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ بَعْدَ الْكَسْرِ رُبْعَ دِينَارٍ، وَكَانَ فِيهَا فِضَّةٌ زِنَةُ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَلِمَ بِهَا السَّارِقُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ قُطِعَ سَرَقَهُ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ؛ لِأَنَّ عَلَى الْإِمَامِ كَسْرَهَا عَلَيْهِمْ إذَا أَظْهَرُوهَا، وَأَمَّا الدُّفُّ وَالْكَبَرُ فَإِنَّهُ يُرَاعَى قِيمَتُهُمَا صَحِيحَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَرْخَصَ فِي اللَّعِبِ بِهِمَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَيُقْطَعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ حَتَّى الْمَاءُ إذَا أُحْرِزَ لِوُضُوءٍ أَوْ شُرْبٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ الْحَطَبُ وَالْعَلَفُ وَالتِّبْنُ وَالْوَرْدُ وَالْيَاسَمِينُ وَالرُّمَّانُ وَالرَّمَادُ إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ وَسُرِقَ مِنْ حِرْزِهِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» يُحْتَمَلُ أَنَّ ذَلِكَ قِيمَتُهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ بِيعَ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَأَنَّ ذَلِكَ الْعَدَدَ قِيمَتُهُ وَنِسْبَتُهُ لَقِيمَتِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَطْعَ مُتَعَلِّقٌ بِقَدْرٍ مَعْلُومٍ، وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةَ لِذِكْرِهِ وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي ذَلِكَ فَذَهَبَ مَالِكٌ إلَى أَنَّ النِّصَابَ مِنْ الْوَرِقِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ وَمِنْ الذَّهَبِ رُبْعُ دِينَارٍ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا قَطْعَ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ مَا ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ الْحَدِيثُ الْمَنْصُوصُ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَطَعَ فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» وَمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – قَالَتْ مَا طَالَ عَلَيَّ وَمَا نَسِيت الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ لِلْوَرِقِ مَدْخَلًا فِي نِصَابِ الْقَطْعِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ لَا تَعَلُّقَ لِلنِّصَابِ بِالْوَرِقِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَطَعَ فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» ، وَهَذَا يُفِيدُ الِاعْتِبَارَ بِالْوَرِقِ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ أَصْلُ مَالٍ مِنْ جِنْسِ أُصُولِ الْأَثْمَانِ وَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ فَاعْتُبِرَ بِهَا فِي نِصَابِ الْقَطْعِ كَالذَّهَبِ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْعُرُوضَ تُقَوَّمُ بِالدَّرَاهِمِ دُونَ الذَّهَبِ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ مَا سُرِقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ سَارِقُهُ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ قِيمَتُهُ مِنْ الذَّهَبِ رُبْعَ دِينَارٍ، وَإِذَا قَصُرَ عَنْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ لَمْ يُقْطَعْ، وَإِنْ بَلَغَ رُبْعَ دِينَارٍ قَالَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ حَيْثُ يَجْرِي الذَّهَبُ أَوْ لَمْ يَكُنْ هَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ

الْمَذْهَبِ، وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ يَقُولُ هَذَا إذَا كَانَ الْغَالِبُ عَلَى نَقْدِ الْبَلَدِ الْوَرِقُ، وَإِذَا كَانَ تَعَامُلُهُمْ بِالذَّهَبِ فَإِنَّهَا تُقَوَّمُ بِالذَّهَبِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الدَّرَاهِمَ هِيَ الَّتِي جَرَى الْعُرْفُ بِالتَّعَامُلِ بِهَا فِي هَذَا الْقَدْرِ فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِهَا فِي قِيمَتِهِ، وَأَمَّا الزَّكَاةُ فَإِنَّ نِصَابَهَا مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُتَعَامَلَ بِهَا بِالدَّنَانِيرِ فِي بَلَدِ الذَّهَبِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الِاعْتِبَارَ فِي قِيمَةِ الْعُرُوضِ بِمَا تُبَاعُ بِهِ غَالِبًا فِي بَلَدِ التَّقْوِيمِ كَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ مَا اُعْتُبِرَ بِهِ النِّصَابُ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: إنَّمَا يُنْظَرُ إلَى وَزْنِهِمَا كَانَ ذَلِكَ دَنِيئًا أَوْ جَيِّدًا نَقْرَةً كَانَ أَوْ تِبْرًا قَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يَرُجْ بِرَوَاجِ الْعَيْنِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ أَوْ حُلِيًّا وَلَا يُنْظَرُ إلَى

(157/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي حُسَيْنٍ الْمَكِّيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ فَإِذَا أَوَاهُ الْمَرَاحُ أَوْ الْجَرِينُ فَالْقَطْعُ فِيمَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْمِجَنِّ») .

[المنتقى]

قِيمَتِهِ يُرِيدُ إلَى مَا تَزِيدُ صِنَاعَةً؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الشَّرْعِ إذَا تَعَلَّقَتْ بِالْعَيْنِ تَتَعَلَّقُ بِوَزْنِهِ دُونَ قِيمَتِهِ وَدُونَ صِنَاعَتِهِ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِصِنَاعَةٍ دُونَ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَتْ الدَّرَاهِمُ تَجْرِي عَدَدًا فَكَانَتْ قَائِمَةَ الْوَزْنِ تَعَلَّقَ الْقَطْعُ مِنْهَا بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ فَإِنْ نَقَصَ كُلُّ دِرْهَمٍ خَرُّوبَةً أَوْ ثَلَاثَ حَبَّاتٍ، وَهِيَ تَجُوزُ فَلَا قَطْعَ فِيهَا حَتَّى تَكُونَ قَائِمَةَ الْوَزْنِ قَالَ مُحَمَّدٌ عَنْ أَصْبَغَ فَأَمَّا مِثْلُ حَبَّتَيْنِ مِنْ كُلِّ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَا جَرَتْ مَجْرَى الْوَازِنَةِ مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ فِي الْعِوَضِ فَبِهَا يَتَعَلَّقُ الْقَطْعُ، وَمَا جَرَتْ بَيْنَ النَّاسِ، وَلَكِنَّهُ يَنْقُصُ عِوَضُهَا لِنَقْصِهَا فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَنْصَافِ وَالْأَرْبَاعِ قَالَ أَشْهَبُ إذَا كَانَتْ الدَّرَاهِمُ مَقْطُوعَةً لَمْ يُقْطَعْ فِي ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ مِنْهَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُرِيدُ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا نَقْصُهَا، وَأَمَّا الذَّهَبُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ بَلَغَ الذَّهَبُ فِي وَزْنِهَا سِتَّةَ قَرَارِيطَ، وَذَلِكَ رُبْعُ دِينَارٍ حِسَابُ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ قِيرَاطًا فِي الدِّينَارِ قُطِعَ سَارِقُهَا، وَإِنْ سَرَقَ قِيرَاطَيْنِ أَوْ

مَا دُونَ سِتَّةِ قَرَارِيطَ مِنْ الذَّهَبِ لَمْ يُقْطَعْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ سَرَقَ مَا لَا قَطْعَ فِيهِ فَلَمْ يُعْلَمْ بِهِ حَتَّى سَرَقَ مَا يَكُونُ فِيهِ مَعَ الْأَوَّلِ الْقَطْعُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْرِقَ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مَا فِيهِ الْقَطْعُ قَالَ: وَلَوْ سَرَقَ قَمْحًا مِنْ بَيْتٍ فَكَانَ يَنْقُلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى اجْتَمَعَ مَا فِيهِ الْقَطْعُ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي السَّارِقِ يَدْخُلُ الْبَيْتَ عَشْرَ مَرَّاتٍ مِنْ لَيْلِهِ يَخْرُجُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ مِنْهُ بِقِيمَةِ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ حَتَّى يُخْرِجَ فِي مَرَّةٍ مَا فِيهِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، قَالَ سَحْنُونٌ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَإِذَا كَانَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ قُطِعَ، وَهَذَا كُلُّهُ وَجْهُ التَّحْيِيلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا} [المائدة: 38] وَهَذَا عَامٌّ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى إذْ الْقَطْعُ شُرِعَ لِلرَّدْعِ عَنْ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَلَوْ عَرَا هَذَا عَنْ الْقَطْعِ لَتَسَبَّبَ إلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِهَذَا الْوَجْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْقَطْعَ إنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِإِخْرَاجِ رُبْعِ دِينَارٍ مِنْ الْحِرْزِ، وَهَذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ عَصًا وَشِبْهَهَا مِمَّا لَا يُفَضَّضْ وَالْفِضَّةُ فِيهَا ظَاهِرَةٌ وَهُوَ لَا يَرَى الْفِضَّةَ فَإِنْ رَأَى أَنَّهُ لَمْ يُبْصِرْ الْفِضَّةَ فَوُجِدَ فِيهَا مِنْ الْفِضَّةِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرَ الْفِضَّةَ، وَإِنَّمَا أَرَادَ الْعَصَا إلَّا أَنْ يَكُونَ ثَمَنُ الْعَصَا دُونَ الْفِضَّةِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَيُقْطَعُ كَمَا لَوْ كَانَتْ الْفِضَّةُ دَاخِلَهَا فَسَرَقَ الْعَصَا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» قَالَ مَالِكٌ إنْ كَانَ الصَّرْفُ حِينَ قَطَعَ النَّبِيّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الْمِجَنِّ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا بِدِينَارٍ فَلَا يُنْظَرُ إلَى مَا زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ نَقَصَ، يُرِيدُ أَنَّهُ يُقَرِّرُ الْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ فَصَارَ نِصَابًا لِلْوَرِقِ لِلْمُقَوَّمَاتِ فِي الْقَطْعِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ بَابِ الْجِنَايَاتِ فَدِينَارُهُ بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا كَالدِّيَةِ وَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ، وَمَا كَانَ مِنْ بَابِ الزَّكَاةِ فَدِينَارُهُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، وَذَلِكَ أَنَّ نِصَابَ الْوَرِقِ مِائَتَا دِرْهَمٍ وَنِصَابَ الذَّهَبِ عِشْرُونَ دِينَارًا فَكَانَ كُلُّ دِينَارٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالِاعْتِبَارُ بِقِيمَةِ السَّرِقَةِ حِينَ إخْرَاجِهَا مِنْ الْحِرْزِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ إنَّ الِاعْتِبَارَ يَوْمَ الْقَطْعِ

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا نَقْصٌ حَادِثٌ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ مِنْ الْحِرْزِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي إسْقَاطِ الْقَطْعِ كَنَقْصِ الْعَيْنِ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الثَّمَرَ فِي أَشْجَارِهَا إذَا كَانَ فِي الْحَوَائِطِ وَشِبْهِهَا، وَأَمَّا مَنْ سَرَقَ مِنْ ثَمَرِ نَخْلَةٍ فِي دَارِ رَجُلٍ قَبْلَ أَنْ تُجَدَّ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقْطَعُ إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهُ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ رُبْعَ دِينَارٍ قَالَ: وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي الْحَوَائِطِ وَالْبَسَاتِينِ لَمْ يُقْطَعْ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْبُسْتَانَ لَيْسَ بِمَسْكَنٍ وَلَا حِرْزًا لِلنَّخْلِ وَلَا مَا كَانَ مُتَّصِلًا

(158/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ سَارِقًا سَرَقَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أُتْرُجَّةً فَأَمَرَ بِهَا عُثْمَانُ أَنْ تُقَوَّمَ فَقُوِّمَتْ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ مِنْ صَرْفِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا بِدِينَارٍ فَقَطَعَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ يَدَهُ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ مَا طَالَ عَلَيَّ وَمَا نَسِيت الْقَطْعَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا) .

[المنتقى]

بِهَا اتِّصَالَ خِلْقَةٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِي الزَّرْعِ الْقَائِمِ لَا قَطْعَ فِيهِ، وَإِذَا كَانَتْ النَّخْلَةُ فِي الدَّارِ فَالدَّارُ مَسْكَنٌ وَحِرْزٌ لِمَا كَانَ فِيهَا مِنْ شَجَرَةٍ أَوْ ثَمَرِهَا الْمُتَّصِلِ بِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا جُدَّ التَّمْرُ وَوُضِعَ فِي وَصْلِ النَّخْلَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ يُقْطَعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ حَارِسٍ، وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ يُحْصَدُ فَيَجْمَعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ الْحَائِطِ لِيُحْمَلَ إلَى الْجَرِينِ فَفِيهِ الْقَطْعُ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي زَرْعِ مِصْرَ يُحْصَدُ وَيُتْرَكُ فِي مَوْضِعِهِ أَيَّامًا يَيْبَسُ لَيْسَ هَذَا جَرِينًا، وَمَا هُوَ عِنْدِي بِالْبَيِّنِ أَنْ يُقْطَعَ فِيهِ، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَهَذَا أَحَبُّ إلَيْنَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يُقْطَعُ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ مَا كَانَ لَهُ مَوْضِعٌ يُحْرَزُ فِيهِ فَإِنْ وَضَعَهُ لِيُحْمَلَ إلَيْهِ لَيْسَ بِحِرْزٍ لَهُ كَالْمَاشِيَةِ فِي الْمَرْعَى لَيْسَ الْمَرْعَى حِرْزًا لَهَا؛ لِأَنَّهَا تُنْقَلُ مِنْهُ إلَى حِرْزِهَا وَهُوَ الْمَرَاحُ وَالْمَبِيتُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ الْمَقْثَأَةِ حَتَّى تُجْمَعَ فِي الْجَرِينِ وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي تُجْمَعُ فِيهِ لِيُحْمَلَ إلَى الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ ذَلِكَ مَوْضُوعٌ لِلنَّقْلِ إلَى الْحِرْزِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ وَيُقْطَعُ فِي الْبَقْلِ إذَا لَمْ يَكُنْ قَائِمًا إذَا حُصِدَ وَحُرِزَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْقَلُ إلَى مَوْضِعٍ يُجْمَعُ فِيهِ، وَلَوْ نُقِلَ إلَى الْمَوْضِعِ يُجْمَعُ فِيهِ لِلْبَيْعِ لَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْمَقْثَأَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْمَاشِيَةَ الَّتِي تَحْرُسُ فِي الْجَبَلِ رَاعِيَةً، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ: حَرِيسَةُ الْجَبَلِ كُلُّ شَيْءٍ يَسْرَحُ لِلْمَرْعَى مِنْ بَعِيرٍ أَوْ بَقَرَةٍ أَوْ شَاةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الدَّوَابِّ لَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْهَا، وَإِنْ كَانَ أَصْحَابُنَا عِنْدَهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحِرْزٍ لَهَا، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضِعُ مَشْيِهَا وَرَعْيِهَا وَالْمَوْضِعُ مُشْتَرَكٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا أَوَى الْمَاشِيَةَ الْمَرَاحُ فَفِيهَا الْقَطْعُ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ دُورٍ وَلَا تَحْظِيرٍ وَلَا غَلْقٍ وَأَهْلُهَا فِي مُدُنِهِمْ، قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّاعِي يَبْعُدُ بِغَنَمِهِ فَيُدْرِكُهُ اللَّيْلُ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَرَاحًا فَيَجْمَعُهَا، ثُمَّ يَبِيتُ فَيُسْرَقُ مِنْهَا قَالَ يُقْطَعُ السَّارِقُ وَهُوَ كَمَرَاحِهَا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ جَعَلَ الْمَوْضِعَ حِرْزًا لَهَا وَمُسْتَقَرًّا فِي مَبِيتِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا جَمَعَ الرَّاعِي غَنَمَهُ فَسَاقَهَا إلَى الْمَرَاحِ فَسُرِقَ مِنْهَا فِي طَرِيقِهَا عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ فِي الَّذِي يَسُوقُ غَنَمَهُ مِنْ مَرَاحِهَا إلَى سَرْحِهَا فَسَرَقَ مِنْهَا أَحَدٌ قَبْلَ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ بُيُوتِ الْقَرْيَةِ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَكَذَلِكَ إذَا رَدَّهَا مِنْ مَسْرَحِهَا إلَى مَرَاحِهَا فَسُرِقَ مِنْهَا بَعْدَ أَنْ دَخَلَتْ الْقَرْيَةَ فَفِيهَا الْقَطْعُ، وَإِنْ لَمْ تَدْخُلْ الْمَرَاحَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا لَمْ تَخْرُجْ مِنْ الْقَرْيَةِ فَهِيَ بَعْدُ مُجْتَمِعَةٌ غَيْرُ سَارِحَةٍ، وَإِذَا خَرَجَتْ مِنْ بُيُوتِ الْقَرْيَةِ أَخَذَتْ فِي السَّرْحِ فَكَانَ لَهَا حُكْمُ السَّارِحَةِ فِي الْجَبَلِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ ابْنُ الْقَاسِمِ بِقَوْلِهِ فَجَمَعَهَا وَسَاقَهَا لِلْمَرَاحِ أَنَّهُ أَدْخَلَهَا بُيُوتَ الْقَرْيَةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَجْمَعُهَا غَالِبًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِذَا أَوَى إلَى الْمَرَاحِ وَالْجَرِينِ فَالْقَطْعُ يُرِيدُ إذَا أَوَى إلَى الْمَرَاحِ الْمَاشِيَةَ وَالْجَرِينِ التَّمْرَ فَعَلَّقَ بِهَا الْقَطْعَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حِرْزٌ وَمُسْتَقَرٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَقَوْلُهُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ قَوْلِ الرَّاوِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ سَارِقًا سَرَقَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أُتْرُجَّةً فِي الْمُزَنِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ كَانَتْ أُتْرُجَّةً تُؤْكَلُ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ ابْنِ سَمْعَانَ أَنَّهَا كَانَتْ مِنْ ذَهَبٍ كَالْحِمَّصَةِ

(159/7)

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا قَالَتْ خَرَجَتْ عَائِشَةُ زَوْجُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلَى مَكَّةَ وَمَعَهَا مَوْلَاتَانِ لَهَا وَمَعَهَا غُلَامٌ لِبَنِي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَبَعَثَتْ مَعَ الْمَوْلَاتَيْنِ بِبُرْدٍ مُرَجَّلٍ قَدْ خِيطَ عَلَيْهِ خِرْقَةٌ خَضْرَاءُ قَالَتْ فَأَخَذَ الْغُلَامُ الْبُرْدَ فَفَتَقَ عَنْهُ فَاسْتَخْرَجَهُ، وَجَعَلَ مَكَانَهُ لِبْدًا أَوْ فَرْوَةً وَخَاطَ عَلَيْهِ فَلَمَّا قَدِمَتْ الْمَوْلَاتَانِ الْمَدِينَةَ دَفَعَتَا ذَلِكَ إلَى أَهْلِهِ، فَلَمَّا فَتَقُوا عَنْهُ وَجَدُوا فِيهِ اللِّبْدَ، وَلَمْ يَجِدُوا الْبُرْدَ فَكَلَّمُوا الْمَرْأَتَيْنِ فَكَلَّمَتَا عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَوْ كَتَبَتَا إلَيْهَا، وَاتَّهَمَتَا الْعَبْدَ فَسُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ فَاعْتَرَفَ فَأَمَرَتْ بِهِ عَائِشَةُ زَوْجُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقُطِعَتْ يَدُهُ. وَقَالَتْ عَائِشَةُ الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا وَقَالَ مَالِكٌ أَحَبُّ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إلَيَّ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، وَإِنْ ارْتَفَعَ الصَّرْفُ أَوْ اتَّضَعَ ذَلِكَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَطَعَ فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» ، وَأَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَطَعَ فِي أُتْرُجَّةٍ قُوِّمَتْ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْت إلَيَّ فِي ذَلِكَ)

[المنتقى]
قَالَ مَالِكٌ: وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهَا قُوِّمَتْ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ ذَهَبٍ لَمْ تُقَوَّمْ؛ لِأَنَّ شَأْنَ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ إذَا سُرِقَا أَنْ لَا يُقَوَّمَا، وَإِنْ كَانَا مَصُوغَيْنِ وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ لَفْظَ الْأُتْرُجَّةِ إنَّمَا يُطْلَقُ عَلَى الثَّمَرَةِ الَّتِي تُؤْكَلُ كَمَا يَنْطَلِقُ لَفْظُ الثَّمَرِ وَالْعِنَبِ وَسَائِرِ الْمَطْعُومَاتِ عَلَى الْمَأْكُولِ دُونَ التَّمَاثِيلِ وَهَذَا يَقْتَضِي الْقَطْعَ فِي الْفَوَاكِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.
(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَ بِهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ أَنْ تُقَوَّمَ فَقُوِّمَتْ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُقَوِّمُ السَّرِقَةَ رَجُلٌ وَلَكِنْ رَجُلَانِ عَدْلَانِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَحْتَاجُ الْإِمَامُ إلَى تَقْوِيمِهِ مِنْ عِتْقِ شِقْصٍ وَغَيْرِهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهَا شَهَادَةٌ تُؤَدَّى عِنْدَ الْحَاكِمِ بِمَا يَعْلَمُهُ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ غَالِبًا كَسَائِرِ الشَّهَادَاتِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ اجْتَمَعَ عَدْلَانِ عَلَى قِيمَةٍ نُفِّذَ الْحُكْمُ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ: وَلَا يُنْظَرُ إلَى مَنْ خَالَفَهُمَا.

وَقَالَ أَيْضًا: إذَا اجْتَمَعَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَرْبَعَةٌ فَشَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى قِيمَةٍ، وَشَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى قِيمَةٍ نَظَرَ الْقَاضِي إلَى أَقْرَبِ الْقِيمَتَيْنِ إلَى السَّدَادِ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي أَمَرَ بِذَلِكَ رَجُلَيْنِ فَقَوَّمَا بِمَا يُوجِبُ الْقَطْعَ أَنْفَذَ الْحُكْمَ، وَلَمْ يَنْظُرْ إلَى خِلَافِ مَنْ خَالَفَهُمَا وَالْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ سَأَلَ عَنْهَا أَرْبَعَةٌ فَاخْتَلَفُوا شَهِدَ اثْنَانِ بِمَا يُوجِبُ الْقَطْعَ وَآخَرَانِ بِمَا يَنْفِيهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ نَظَرَ الْقَاضِي إلَى أَقْرَبِ الْقِيمَتَيْنِ إلَى السَّدَادِ يُرِيدُ أَعَادَ النَّظَرَ فِي ذَلِكَ وَالسُّؤَالَ عَنْهُ، وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إنْ اخْتَلَفُوا أَخَذَ بِقَوْلِ مَنْ قَالَ ثَمَنُهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ إنْ كَانَا عَدْلَيْنِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُنْظَرُ إلَى قِيمَتِهَا يَوْمَ السَّرِقَةِ لَا يَوْمَ الْقَطْعِ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – مَا طَالَ عَلَيَّ وَلَا نَسِيت تُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَا رَأَتْ مِنْ حُكْمِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي ذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ تُرِدْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أَرَادَتْ قَوْلَ غَيْرِهِ لَمْ تَصِفْ ذَلِكَ بِأَنَّهُ مَا نَسِيَ؛ لِأَنَّ نَظَرَهَا الْيَوْمَ ذَلِكَ، وَقَوْلُهَا الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ يُرِيدُ فِي الذَّهَبِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ تَقْوِيمًا وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُ عَمْرَةَ أَنَّهَا خَرَجَتْ عَائِشَةُ وَمَعَهَا مَوْلَاتَانِ لَهَا تُرِيدُ مُعْتَقَانِ، وَلَا يُسَمَّى مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ مَوْلًى حَتَّى يُعْتَقَ، وَقَوْلُهَا فَبَعَثَتْ مَعَ الْمَوْلَاتَيْنِ بِبُرْدٍ مُرَجَّلٍ فَفَتَقَ الْغُلَامُ الْخِرْقَةَ الَّتِي كَانَتْ عَلَى الْبُرْدِ فَاسْتَخْرَجَ الْبُرْدَ وَجَعَلَ مَكَانَهُ لِبْدًا أَوْ فَرْوَةً، وَخَاطَ عَلَيْهِ فَأَمَرَتْ عَائِشَةُ بِقَطْعِهِ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ لَا يَدْخُلُ عَلَى عَائِشَةَ وَلَا يَنْزِلُ مَعَهَا وَلَا تَأْذَنُ لَهُ فِي الدُّخُولِ إلَى مَوْضِعِهَا، وَإِنَّ الْمَوْلَاتَيْنِ كَانَتَا مَعَهَا فِي مَنْزِلٍ وَاحِدٍ فَأَخَذَ الْغُلَامُ الْبُرْدَ مِنْ مَنْزِلِ عَائِشَةَ وَلَمْ تَأْذَنْ لَهُ فِي الدُّخُولِ إلَيْهِ، وَمَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَهُوَ مَأْخُوذٌ مِنْ حِرْزٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْغُلَامُ كَانَ يُؤْذَنُ لَهُ فِي الدُّخُولِ عَلَى عَائِشَةَ أَوْ عَلَى الْمَوْلَاتَيْنِ إنْ كَانَتَا قَدْ نَزَلَتَا فِي مَوْضِعِ عَائِشَةَ لَكِنَّهُ كَانَ الْمَنْزِلُ مَنْزِلًا لَا تَسْكُنُ فِيهِ عَائِشَةُ وَغَيْرُهَا

. . . .

[المنتقى]

مُشْتَرَكًا وَلِعَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – أَوْ لِلْمَوْلَاتَيْنِ مَوْضِعٌ مُنْفَرِدٌ لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ الْغُلَامُ وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ بِالدُّخُولِ فِيهِ، فَسَرَقَ مِنْهُ فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الْقَطْعُ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ فِي الزَّوْجَيْنِ يَسْرِقُ أَحَدُهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ مِنْ بَيْتٍ قَدْ حَجَرَهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فِيهِ إذَا كَانَتْ الدَّارُ غَيْرَ مُشْتَرَكَةٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا سَاكِنٌ غَيْرُهُمَا فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَكَذَلِكَ مَمَالِيكُهُمَا إذَا أُذِنَ لَهُمْ فِي دُخُولِ الدَّارِ وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ فَلَا يُقْطَعُ فِيمَا سَرَقَ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ مِنْ بُيُوتِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أَضَافَ رَجُلًا فِي دَارِهِ وَهِيَ غَيْرُ مُشْتَرَكَةٍ فَيَسْرِقُ الضَّيْفُ مِنْ بَعْضِ بُيُوتِهَا مِمَّا حُجِرَ عَنْهُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَقَّ خِزَانَةً فِي الْبَيْتِ الَّذِي كَانَ فِيهِ أَوْ تَابُوتًا كَبِيرًا فَسَرَقَ مِنْهُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَنْ أَدْخَلَ رَجُلًا مَنْزِلَهُ فَسَرَقَ مَا فِي كُمِّهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ لَوْ سَرَقَ ذَلِكَ أَجِيرُهُ وَلَا زَوْجَتُهُ، وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ سَحْنُونٍ فِي الضَّيْفِ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ الَّذِي قَدْ أُغْلِقَ عَنْهُ أَوْ خِزَانَةٍ فِي الْبَيْتِ مُغْلَقَةٍ أَوْ تَابُوتٍ كَبِيرٍ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ إذَا أَخْرَجَ ذَلِكَ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ وُجِدَ فِي الدَّارِ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ صَاحِبِهِ مِنْ بَيْتٍ قَدْ أَغْلَقَهُ عَنْهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ قَدْ أُذِنَ لَهُ فِي الدُّخُولِ فِيهِ فَفَتَحَهُ لِمَا فِيهِ كَأَخْذِهِ مِنْ مَوْضِعٍ مَسْتُورٍ أَوْ وِعَاءٍ مُغَطًّى أَوْ خَرِيطَةٍ مَخْتُومَةٍ أَوْ احْتِمَالِهِ لِلصُّنْدُوقِ، وَذَلِكَ يَنْفِي الْقَطْعَ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْ مَوْضِعٍ مَأْذُونٍ لَهُ فِيهِ، وَذَلِكَ مِنْ بَابِ الْخِيَانَةِ لَا مِنْ بَابِ السَّرِقَةِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ أَخَذَ السَّرِقَةَ وَأَخْرَجَهَا مِنْ مَوْضِعٍ مُنِعَ مِنْهُ، وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ الدَّارُ مُشْتَرَكَةً.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ دَخَلَ قَوْمٌ إلَى صَنِيعٍ فَيَسْرِقُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَيْتٍ هُمْ فِيهِ أَوْ يُطِرُّ بَعْضُهُمْ مِنْ كُمِّ بَعْضٍ أَوْ يَحِلَّ مِنْ كُمِّهِ أَوْ يَسْرِقَ رِدَاءَهُ أَوْ نَعْلَهُ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ وَابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يُعَاقَبُ وَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْكُمَّ لَيْسَ بِحِرْزٍ يُرِيدُ أَنَّ الْبَيْتَ قَدْ أُذِنَ لَهُمْ فِي دُخُولِهِ، وَالْكُمَّ لَيْسَ بِحِرْزٍ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِالْإِخْرَاجِ مِنْهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ أَدْخَلَ رَجُلًا دَارِهِ لِعَمَلٍ يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ مِنْ خِيَاطَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَيَذْهَبُ وَيَدَعُهُ فَيَسْرِقُ مِنْ ذَلِكَ الْبَيْتِ

أَوْ مِنْ خِزَانَةٍ فِيهِ أَوْ تَابُوتٍ فِيهِ كَبِيرٍ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُعَاقَبُ وَلَا يُقْطَعُ عَلَيْهِ وَهِيَ خِيَانَةٌ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْقَطْعَ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ فِي الدَّارِ مَعَهُ سَاكِنٌ غَيْرُهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ إذَا كَانَ فِي الدَّارِ سَاكِنٌ مَعَهُ إذَا سَرَقَ مِنْ بَيْتٍ فِي الدَّارِ مُغْلَقٍ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ إنَّمَا يَخْتَصُّ الْإِذْنُ بِالْبَيْتِ الَّذِي صَارَ فِيهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ سَاكِنٌ فَالْإِذْنُ مُتَعَلِّقٌ بِالدَّارِ كُلِّهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ دَخَلَ حَانُوتَ رَجُلٍ يَسُومُ فِيهِ بَزًّا فَسَرَقَ مِنْهُ فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ إنْ كَانَ إنَّمَا دَخَلَ الْمَوْضِعَ بِإِذْنٍ فَإِنَّهُ قَدْ ائْتَمَنَهُ فَلَا يُقْطَعُ، وَأَمَّا لَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ يَدْخُلُهُ النَّاسُ مِنْ غَيْرِ إذْنٍ فَلَيْسَ هَذَا عَلَى الِائْتِمَانِ فَلْيُقْطَعْ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَوْضِعَ الَّذِي يَدْخُلُهُ جَمِيعُ النَّاسِ بِغَيْرِ إذْنٍ لَيْسَ بِحِرْزٍ لِمَا فِيهِ، وَإِنَّمَا حِرْزُ مَا فِيهِ مَوْضِعُهُ فَعَلَى مَنْ أَخَذَهُ وَأَزَالَهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الْقَطْعُ، وَأَمَّا إذَا كَانَ لَا يُدْخَلُ فِيهِ إلَّا بِإِذْنٍ فَأَذِنَ لِلدَّاخِلِ فَقَدْ ائْتَمَنَهُ وَصَارَ الْمَوْضِعُ الْمَأْذُونُ فِيهِ هُوَ الْحِرْزُ، فَلَا يُقْطَعُ الْمُؤْتَمَنُ وَلَا غَيْرُهُ حَتَّى يُخْرِجَهُ عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَرَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْحَوَانِيتِ الَّتِي فِي السُّوقِ تُدْخَلُ بِغَيْرِ إذْنٍ لَيْسَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْهَا الْقَطْعُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَسُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ فَاعْتَرَفَ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمَّا اعْتَرَفَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَقَامَتْ الْبَيِّنَةُ بِأَنَّ الْبُرْدَ لِصَاحِبِهِ أَوْ أَقَرَّ بِهِ سَيِّدُ الْغُلَامِ، وَأَمَّا إذَا لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ بِالْبُرْدِ وَلَمْ يُقِرَّ بِهِ سَيِّدُ الْغُلَامِ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِهِ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ الْعَبْدُ وَلَا يُقْضَى بِالْبُرْدِ لِمَنْ يَدَّعِيهِ وَيُقِرُّ لَهُ بِهِ الْعَبْدُ، وَيَبْقَى لِلسَّيِّدِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا يَعْرِفُ لِهَذَا فِيهِ حَقًّا، وَلَوْ قَالَ هُوَ بِيَدِ عَبْدِي وَلَا أَدْرِي لِمَنْ هُوَ لِعَبْدِي أَوْ لِغَيْرِهِ فَهُوَ لِلْعَبْدِ أَبَدًا، وَلَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِهِ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مَالِكٌ وَلَا يُقْبَلُ مِنْ إقْرَارِ الْعَبْدِ إلَّا مَا يَنْصَرِفُ إلَى جَسَدِهِ

(161/7)

(مَا جَاءَ فِي قَطْعِ الْآبِقِ وَالسَّارِقِ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّ عَبْدًا لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ سَرَقَ وَهُوَ آبِقٌ فَأَرْسَلَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ إلَى سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ لِيَقْطَعَ يَدَهُ فَأَبَى سَعِيدٌ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ وَقَالَ لَا تُقْطَعُ يَدُ الْآبِقِ السَّارِقِ إذَا

سَرَقَ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فِي أَيِّ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدْت هَذَا؟ ثُمَّ أَمَرَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فَقُطِعَتْ يَدُهُ عَنْ مَالِكٍ عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ أَخَذَ عَبْدًا آبِقًا قَدْ سَرَقَ قَالَ فَأَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُهُ فَكَتَبْت فِيهِ إلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ، قَالَ فَأَخْبَرْته أَنَّنِي كُنْت أَسْمَعُ أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إذَا سَرَقَ وَهُوَ آبِقٌ لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ فَكَتَبَ إلَيَّ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ نَقِيضَ كِتَابِي يَقُولُ كَتَبْت إلَيَّ أَنَّكَ كُنْت تَسْمَعُ أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إذَا سَرَقَ لَمْ تُقْطَعُ يَدُهُ، وَأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ} [المائدة: 38] فَإِنْ بَلَغَتْ سَرِقَتُهُ رُبْعَ دِينَارٍ فَصَاعِدًا فَاقْطَعْ يَدَهُ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَعُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانُوا يَقُولُونَ إذَا سَرَقَ الْعَبْدُ الْآبِقُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إذَا سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ)

تَرْكُ الشَّفَاعَةِ لِلسَّارِقِ إذَا بَلَغَ السُّلْطَانَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَفْوَانَ «أَنَّ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ قِيلَ لَهُ إنَّهُ إنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلَكَ فَقَدِمَ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ الْمَدِينَةَ فَقَامَ فِي الْمَسْجِدِ وَتَوَسَّدَ رِدَاءَهُ فَجَاءَ سَارِقٌ فَأَخَذَ رِدَاءَهُ فَأَخَذَ صَفْوَانُ السَّارِقَ فَجَاءَ بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَتْ بِهِ عَائِشَةُ فَقُطِعَ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ حُمِلَ إلَى الْأَمِيرِ فَثَبَتَ اعْتِرَافُهُ عِنْدَهُ فَقَطَعَهُ، وَقَوْلُ عَائِشَةَ الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا تُرِيدُ أَنَّ الْبُرْدَ مِمَّا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصُرُ قِيمَتُهُ عَنْ ذَلِكَ. وَقَالَ مَالِكٌ أَحَبُّ مَا يَجِبُ إلَيَّ فِيهِ الْقَطْعُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ارْتَفَعَ الصَّرْفُ أَوْ اتَّضَعَ يُرِيدُ فِيمَا يَحْتَاجُ إلَى تَقْوِيمٍ مِمَّا لَيْسَ بِذَهَبٍ وَلَا بِوَرِقٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ عَائِشَةُ إنَّمَا أَوْرَدَتْ ذَلِكَ عَلَى مَا حَفِظَتْ فِي نِصَابِ الذَّهَبِ لَا أَنَّهَا قَصَدَتْ إلَى تَقْوِيمِ ذَلِكَ، وَلَكِنَّهَا لَمَّا عَلِمَتْ أَنَّ الْبُرْدَ يُسَاوِي فَوْقَ رُبْعِ دِينَارٍ، وَأَنَّ الدِّينَارَ صَرْفُهُ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا كَانَ ذِكْرُهَا لِلنِّصَابِ مِنْ الذَّهَبِ كَذِكْرِهَا مِنْ الْوَرِقِ، وَآثَرَتْ ذِكْرَ مَا رَأَتْ مِنْ السُّنَّةِ، وَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ أَحَبُّ إلَيَّ لَمَّا احْتَمَلَ قَوْلُ عَائِشَةَ أَنَّ النِّصَابَ مُقَدَّرٌ بِرُبْعِ دِينَارٍ فِيمَا يَعُودُ إلَى الْقِيمَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَاحْتَجَّ مَالِكٌ عَلَى قَوْلِهِ بِأَنَّ «النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَطَعَ فِي مِجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ» وَالْمِجَنُّ مِمَّا يُقَوَّمُ فَلَمَّا تَعَلَّقَ بِهِ الْقَطْعُ تَعَلَّقَ بِقِيمَتِهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ مِنْ الْوَرِقِ دُونَ قِيمَتِهِ مِنْ الذَّهَبِ، وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ عُثْمَانُ فَقُوِّمَتْ الْأُتْرُجَّةُ فِي زَمَنِهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ الْأَبْهَرِيِّ فَإِنَّهُ حَمَلَ ذَلِكَ عَلَى عُرْفِ التَّعَامُلِ فِي كُلِّ وَقْتٍ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[مَا جَاءَ فِي قَطْعِ الْآبِقِ وَالسَّارِقِ]
(هَذَا الْبَابُ لَمْ نَعْثُرْ عَلَى شَرْحٍ لَهُ فِي نُسَخِ الشَّارِحِ الَّتِي بِأَيْدِينَا اهـ) .

[تَرْكُ الشَّفَاعَةِ لِلسَّارِقِ إذَا بَلَغَ السُّلْطَانَ]
(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَفْوَانَ «أَنَّ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ قِيلَ لَهُ إنَّهُ إنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلَكَ فَقَدِمَ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ الْمَدِينَةَ فَقَامَ فِي الْمَسْجِدِ وَتَوَسَّدَ رِدَاءَهُ فَجَاءَ سَارِقٌ فَأَخَذَ رِدَاءَهُ فَأَخَذَ صَفْوَانُ السَّارِقَ فَجَاءَ بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

(162/7)

أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ: إنِّي لَمْ أُرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ» مَالِكٍ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ لَقِيَ رَجُلًا قَدْ أَخَذَ سَارِقًا، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِهِ إلَى السُّلْطَانِ فَشَفَعَ لَهُ الزُّبَيْرُ لِيُرْسِلَهُ فَقَالَ لَا حَتَّى أَبْلُغَ بِهِ إلَى السُّلْطَانِ، فَقَالَ الزُّبَيْرُ إذَا بَلَغْت بِهِ إلَى السُّلْطَانِ فَلَعَنَ اللَّهُ الشَّافِعَ وَالْمُشَفَّعَ)

[المنتقى]
أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ: إنِّي لَمْ أُرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ» (ش) : قَوْلُهُ أَنَّ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ قِيلَ لَهُ إنَّهُ إنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلَكَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَالَ لَهُ ذَلِكَ مَنْ عَلِمَ وُجُوبَ الْهِجْرَةِ قَبْلَ الْفَتْحِ فَاعْتَقَدَ بَقَاءَ حُكْمِهَا لِمَنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْفَتْحِ، وَالْهِجْرَةُ مِنْ مَكَّةَ إنَّمَا كَانَتْ قَبْلَ الْفَتْحِ لِأَنَّهَا كَانَتْ دَارَ كُفْرٍ فَكَانَ الْمُهَاجِرُ يُهَاجِرُ مِنْ دَارِ الْكُفْرِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ، وَكَانَ يُهَاجِرُ لِيَقُومَ بِنُصْرَةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إلَّا بِالْمَقَامِ مَعَهُ فَلَمَّا اُفْتُتِحَتْ مَكَّةُ وَأَسْلَمَ أَهْلُهَا وَكَثُرَ الْإِسْلَامُ صَارَتْ مَكَّةُ دَارَ إسْلَامٍ فَلَمْ تَلْزَمْ الْمُهَاجَرَةُ مِنْهَا، وَاسْتَغْنَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَنْ مَعَهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ وَلَكِنْ جِهَادٌ وَنِيَّةٌ، وَإِذَا اُسْتُنْفِرْتُمْ فَانْفِرُوا» .
(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَقَدِمَ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ يُرِيدُ الْمَدِينَةَ» مُؤَدِّيًا لِمَا اعْتَقَدَ وُجُوبَهُ عَلَيْهِ مِنْ فَرْضِ الْهِجْرَةِ «فَنَامَ فِي الْمَسْجِدِ فَتَوَسَّدَ رِدَاءَهُ فَأَخَذَهُ سَارِقٌ» ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي مَعَ مَا رُوِيَ مِنْ أَمْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِقَطْعِهِ أَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْ حِرْزِهِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَجَبَ فِيهِ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ كَانَ مَعَهُ وَحَارِسًا لَهُ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَعْنَى الْحِرْزِ لَهُ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ سَرَقَ مِنْ بُسُطِ الْمَسْجِدِ الَّتِي تُطْرَحُ فِيهِ فِي رَمَضَانَ فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ صَاحِبُهُ قُطِعَ وَإِلَّا فَلَا، وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ فِي مَحَارِسِ الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ يُعَلِّقُ النَّاسُ فِيهَا السُّيُوفَ وَالْمَتَاعَ فَتُسْرَقُ إنْ كَانَ صَاحِبُهُ مَعَهُ قُطِعَ سَارِقُهُ قَالَ مَالِكٌ: لِأَنَّ صَفْوَانَ لَمْ يَقُمْ عَنْ رِدَائِهِ وَلَا تَرَكَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ السَّارِقُ دَخَلَ لَيْلًا مِنْ غَيْرِ الْبَابِ فَسَرَقَهُ وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي مَحَارِسِ الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ يُعَلِّقُ النَّاسُ فِيهَا السُّيُوفَ وَالْمَتَاعَ فَيَنْقُبُ سَارِقٌ وَلَا يَدْخُلُ مِنْ مَدْخَلِ النَّاسِ فَيَسْرِقُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يُقْطَعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ حَارِسٌ، وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْجِدِ بَيْتٌ نَزَلَ فِيهِ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَسْجِدِ يَكُونُ فِيهِ بَيْتٌ لِحُصُرِهِ أَوْ بَيْتُ زَكَاةِ الْفِطْرِ، أَوْ فِيهِ غَيْرُ ذَلِكَ فَمَنْ دَخَلَ فِيهِ بِإِذْنٍ لَمْ يُقْطَعْ إنْ سَرَقَ مِنْهُ، وَمَنْ دَخَلَهُ بِغَيْرِ إذْنٍ فَسَرَقَ مِنْهُ مُسْتَتِرًا قُطِعَ إذَا خَرَجَ بِهِ مِنْ الْبَيْتِ إلَى الْمَسْجِدِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ حُصُرَ الْمَسْجِدِ قَالَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقْطَعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَسْجِدِ بَابٌ، وَمَنْ سَرَقَ الْأَبْوَابَ قُطِعَ قَالَ أَصْبَغُ وَيُقْطَعُ سَارِقُ حُصُرِ الْمَسْجِدِ وَقَنَادِيلِهِ وَبَلَاطِهِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كَمَا لَوْ سَرَقَ بَابَهُ مُسْتَتِرًا أَوْ خَشَبَةً مِنْ سَقْفِهِ أَوْ جَوَائِزَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ لَا قَطْعَ فِي شَيْءٍ مِنْ حُصُرِ الْمَسْجِدِ وَقَنَادِيلِهِ وَبَلَاطِهِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ ذَلِكَ مُسْتَقَرُّهُ فَكَانَ حِرْزًا لَهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ ثَابِتٌ فِيهِ وَمَوْضِعُ الِانْتِفَاعِ بِهِ مَعَ إبَاحَةِ الْوُصُولِ إلَيْهِ فَكَانَ ذَلِكَ مَأْخُوذٌ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا إنَّهُ يُقْطَعُ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ يُقْطَعُ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَرُوِيَ عَنْهُ إنْ سَرَقَ الْحُصُرَ نَهَارًا لَمْ يُقْطَعْ، وَإِنْ سَرَقَهَا لَيْلًا قُطِعَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: إنْ سَرَقَ الْحُصُرَ وَقَدْ خِيطَ بَعْضُهَا إلَى بَعْضٍ قُطِعَ وَإِلَّا لَمْ يُقْطَعْ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ حُصُرَ الْمَسْجِدِ أَوْ قَنَادِيلَهُ أَوْ بَلَاطَهُ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، وَإِنْ أَخَذَ فِي الْمَسْجِدِ وَحِرْزُهَا مَوْضِعُهَا، وَكَذَلِكَ الطِّنْفَسَةُ يَبْسُطُهَا الرَّجُلُ فِي الْمَسْجِدِ لِجُلُوسِهِ إذَا كَانَتْ تُتْرَكُ فِيهِ لَيْلًا وَنَهَارًا، وَقَالَهُ مَالِكٌ وَأَمَّا طَنَافِسُ تُحْمَلُ وَتُرَدُّ فَرُبَّمَا نَسِيَهَا صَاحِبُهَا فَتَرَكَهَا فَلَا يُقْطَعُ فِي هَذِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَسْجِدِ غَلْقٌ؛ لِأَنَّ الْغَلْقَ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَصْلِهَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ مِنْ الْحَمَّامِ إذَا دَخَلَ مِنْ بَابِهِ لَمْ يُقْطَعْ إلَّا أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الْبَابِ حَارِسٌ يَحْرُسُهُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ مَالِكٍ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إذَا سَرَقَ مَنْ دَخَلَ الْحَمَّامَ مِنْ ثِيَابِ النَّاسِ فَإِنْ كَانَ مَعَهَا حَارِسٌ، أَوْ كَانَتْ

(163/7)

. . . .

[المنتقى]

فِي بَيْتٍ تُحْرَزُ فِيهِ بِغَلْقٍ فَفِيهَا الْقَطْعُ، وَأَمَّا مَا وُضِعَ فِي بَعْضِ مَجَالِسِ الْحَمَّامِ بِغَيْرِ حَارِسٍ لِلْحَمَّامِ وَلَا غَلْقٍ عَلَيْهِ فَلَا قَطْعَ فِيهِ إلَّا أَنْ يَسْرِقَهُ مَنْ لَمْ يَدْخُلْ مِنْ مَدْخَلِ النَّاسِ، وَإِنَّمَا نَقَبَ وَاحْتَالَ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، قَالَ ابْنُ وَهْبٍ وَقَالَهُ الْأَوْزَاعِيُّ قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ مَا فِي الْحَمَّامِ مِنْ مَتَاعِ النَّاسِ لَا حَارِسَ لَهُ قَطْعٌ، وَلَيْسَ هُوَ مِثْلُ مَا يُوضَعُ بِالْأَسْوَاقِ مِنْ مَتَاعٍ وَيَذْهَبُ عَنْهُ رَبُّهُ فَفِي هَذَا الْقَطْعُ.

(فَرْقٌ) وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ سَارِقَ الْحَمَّامِ لَا يُقْطَعُ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا أَخْطَأَ الرَّجُلُ، وَرُبَّمَا غَفَلَ قَالَ سَحْنُونٌ يُرِيدُ أَنَّهُ قَالَ ظَنَنْته ثَوْبِي.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَتَاعَ يَقْصِدُ وَضْعَهُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَإِحْرَازَهُ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلِذَلِكَ قَصَرَ الْقَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَتَوَسَّدَ رِدَاءَهُ فَسُرِقَ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ فِيمَنْ سُرِقَ رِدَاؤُهُ فِي الْمَسْجِدِ، وَلَمْ يَكُنْ تَحْتَ رَأْسِهِ، وَكَانَ قَرِيبًا مِنْهُ يُقْطَعُ إنْ كَانَ مُنْتَبِهًا وَكَالنَّعْلَيْنِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَحَيْثُ يَكُونَانِ مِنْهُ فَقِيلَ لَهُ قَدْ قُطِعَ فِي رِدَاءِ صَفْوَانَ وَهُوَ نَائِمٌ فَقَالَ ذَلِكَ كَانَ تَحْتَ رَأْسِهِ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي النَّعْلَيْنِ وَفِي ثَوْبِ النَّائِمِ يُسْرَقُ يُرِيدُ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ يُقْطَعُ فَفَرَّقَ بَيْنَ النَّائِمِ وَغَيْرِهِ فِيمَا لَا يَكُونُ تَحْتَ رَأْسِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَعَلَى حَسَبِ مَا يَكُونُ مِمَّنْ يَحْرُسُهُ، وَيُقَالُ إنَّهُ بَيْنَ يَدَيْهِ وَمَعَهُ، وَأَمَّا مَا كَانَ تَحْتَ رَأْسِهِ فَيُقْطَعُ فِي النَّائِمِ وَالْيَقْظَانِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَا كَانَ تَحْتَ رَأْسِهِ يَحْرُسُهُ غَالِبًا النَّائِمُ وَالْيَقْظَانُ؛ لِأَنَّهُ إذَا أُخِذَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ يَسْتَيْقِظُ بِهِ، وَأَمَّا مَا كَانَ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلَا يَحْرُسُهُ إلَّا

الْيَقْظَانُ وَلِلْحَارِسِ تَأْثِيرٌ فِي الْقَطْعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ فَأَخَذَ صَفْوَانُ السَّارِقَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ فِي الْمَسْجِدِ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ الَّتِي تُوضَعُ فِي الْمَسْجِدِ مَنْ سَرَقَ مِنْهَا لَا يُقْطَعُ إلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا حَارِسٌ فَيُقْطَعُ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ الْمَسْجِدِ كَمَا قُطِعَ سَارِقُ رِدَاءِ صَفْوَانَ، وَقَدْ أُخِذَ فِي الْمَسْجِدِ، وَلَوْ كَانَتْ الْفِطْرَةُ فِي بَيْتِ الْمَسْجِدِ لَقُطِعَ إذَا أَخْرَجَهُ مِنْ الْمَسْجِدِ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ جَعَلَ ثَوْبَهُ قَرِيبًا مِنْهُ، ثُمَّ قَامَ يُصَلِّي فَسَرَقَ سَارِقٌ أَنَّهُ يُقْطَعُ إذَا أَخَذَ، وَقَدْ قَبَضَهُ قَبْلَ أَنْ يَتَوَجَّهَ بِهِ قَالَ: وَلَوْ قُلْت لَا يُقْطَعُ حَتَّى يَتَوَجَّهَ بِهِ لَقُلْت لَا يُقْطَعُ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ الْمَسْجِدِ، وَقَدْ قَالَ أَصْبَغُ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ يُقْطَعُ كَانَ مَعَهُ حَارِسٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ كَقَنَادِيلِ الْمَسْجِدِ وَحُصُرِهِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَيْسَ ذَلِكَ كَقَنَادِيلِهِ وَحُصُرِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْضِعُهَا وَمِنْ مَصْلَحَةِ الْمَسْجِدِ، وَأَمَّا الْفِطْرَةُ فَلَيْسَ ذَلِكَ مَوْضِعُهَا وَلَا جُعِلَتْ فِيهِ لِلْمَسْجِدِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ صَفْوَانَ لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِقَطْعِهِ: «لَمْ أُرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ هُوَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ» يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ أَنْ يَبْلُغَ بِهِ الْقَطْعَ، وَأَنَّهُ قَدْ وَهَبَهُ الثَّوْبَ لِيُبَيِّنَ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ الْقَطْعَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَهَبَهُ ذَلِكَ لَمَّا اعْتَقَدَ أَنَّ ذَلِكَ يُسْقِطُ عَنْهُ الْقَطْعَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اعْتَقَدَ أَنَّ الْحَقَّ مِنْ حُقُوقِهِ فَتَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ بِمَعْنَى أَنَّهُ أَسْقَطَهُ عَنْهُ، وَذَلِكَ كُلُّهُ لَا يُسْقِطُ الْقَطْعَ عَنْ السَّارِقِ بَعْدَ وُجُوبِهِ عَلَيْهِ سَوَاءٌ وَهَبَهُ إيَّاهُ قَبْلَ التَّرَافُعِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُسْقِطُ ذَلِكَ الْقَطْعَ، وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ قَبْلِ التَّرَافُعِ وَبَعْدَهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا} [المائدة: 38] وَحَدِيثُ صَفْوَانَ الْمُتَقَدِّمُ وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ انْتِقَالُ مِلْكٍ بَعْدَ السَّرِقَةِ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي إسْقَاطِ الْقَطْعِ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ لِأَجْنَبِيٍّ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ سَرَقَ مَتَاعًا وَقَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ فَقَالَ كُنْت أَوْدَعْته عِنْدَ صَاحِبِ الْمَنْزِلِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقْطَعُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ صَاحِبُ الْمَتَاعِ.

وَقَالَ عِيسَى أَحَبُّ إلَيَّ إنْ صَدَّقَهُ أَنْ لَا يُقْطَعَ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَطْعَ قَدْ وَجَبَ بِسَرِقَةٍ ثَبَتَتْ فَلَا

يَسْقُطُ بِتَمَلُّكِ السَّارِقِ لِمَا سَرَقَ أَصْلُ ذَلِكَ لَوْ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ عِيسَى أَنَّ إقْرَارَ صَاحِبِ الْمَتَاعِ مَعْنًى يَثْبُتُ بِهِ تَقَدُّمُ مِلْكِهِ فَمَنَعَ ذَلِكَ وُجُوبَ الْقَطْعِ

(164/7)

جَامِعُ الْقَطْعِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ أَقْطَعَ الْيَدِ وَالرِّجْلِ قَدِمَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَشَكَا إلَيْهِ أَنَّ عَامِلَ الْيَمَنِ قَدْ ظَلَمَهُ فَكَانَ يُصَلِّي مِنْ اللَّيْلِ فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ وَأَبِيك مَا لَيْلُك بِلَيْلِ سَارِقٍ، ثُمَّ إنَّهُمْ فَقَدُوا عِقْدًا لِأَسْمَاءِ بِنْتِ أَبِي عُمَيْسٍ امْرَأَةِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَجَعَلَ الرَّجُلُ يَطُوفُ مَعَهُمْ وَيَقُولُ اللَّهُمَّ عَلَيْك بِمَنْ بَيَّتَ أَهْلَ هَذَا الْبَيْتِ الصَّالِحِ فَوَجَدُوا الْحُلِيَّ عِنْدَ صَائِغٍ زَعَمَ أَنَّ الْأَقْطَعَ جَاءَهُ بِهِ فَاعْتَرَفَ بِهِ الْأَقْطَعُ، أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ بِهِ فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ فَقُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَاَللَّهِ لَدُعَاؤُهُ عَلَى نَفْسِهِ أَشَدُّ عِنْدِي عَلَيْهِ مِنْ سَرِقَتِهِ)

[المنتقى]

أَصْلُ ذَلِكَ لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ، وَيَكُونُ الْمَتَاعُ لَهُ قَالَ أَشْهَبُ فِي قِيَامِ الْبَيِّنَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ وَوَرِثَهُ السَّارِقُ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْقَطْعُ قَالَهُ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ قَالَ أَشْهَبُ: وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ وَدِيعَةً أَوْ غَيْرَهَا فَجَحَدَهُ فَأَخَذَهَا مِنْ بَيْتِهِ عَلَى وَجْهِ السَّرِقَةِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ إلَّا أَنَّهُ يُقِيمُ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَوْدَعَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِمِلْكِهِ لَهَا، وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ مَالِكٍ فِي السَّارِقِ يُؤْخَذُ فِي اللَّيْلِ قَدْ أَخَذَ مَتَاعًا مِنْ دَارِ رَجُلٍ فَزَعَمَ أَنَّهُ أَرْسَلَهُ فَصَدَّقَهُ الرَّجُلُ قَالَ: إنْ كَانَ يُشْبِهُ مَا قَالَ وَلَهُ إلَيْهِ الْقَطْعُ لَمْ يُقْطَعْ، قَالَ أَصْبَغُ فَمَعْنَى قَوْلِهِ يُشْبِهُ مَا قَالَ أَنْ يَدْخُلَهُ مِنْ مَدْخَلِهِ غَيْرَ مُسْتَتِرٍ بِهِ وَفِي وَقْتٍ يَجُوزُ أَنْ يُرْسِلَهُ فِيهِ فَأَمَّا إنْ أَخَذَهُ مُسْتَتِرًا، أَوْ دَخَلَ مِنْ غَيْرِ مَدْخَلٍ أَوْ فِي حِينٍ لَا يُعْرَفُ فَلْيُقْطَعْ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ» وَيَقْتَضِي تَجْوِيزَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُرْفَعَ إلَى الْإِمَامِ، وَامْتِنَاعَهُ بَعْدَ الْإِتْيَانِ بِهِ إلَيْهِ، وَإِنَّ لِوُصُولِهِ إلَى الْإِمَامِ تَأْثِيرًا فِي الْمَنْعِ مِنْ التَّرْكِ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ مَعْنَاهُ فَهَلَّا تَرَكْتَهُ قَبْلُ يَقُولُ تَتَارَكُوا الْحُدُودَ فِيمَا إذَا بَلَغَتْ إلَيَّ فَقَدْ وَجَبَ الْحَدُّ، وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا أُحِبُّ أَنْ يُشْفَعَ لِأَحَدٍ وَقَعَ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى بَعْدَ أَنْ يَصِلَ إلَى الْإِمَامِ أَوْ الْحَرَسِ وَهُمْ الشُّرَطُ، وَأَمَّا قَبْلَ أَنْ يَصِلَ فِي أَيْدِي هَؤُلَاءِ فَالشَّفَاعَةُ حِينَئِذٍ

لِلرَّجُلِ إذَا كَانَتْ مِنْهُ فَلْتَةٌ، وَلَمْ يُشْهِدْ وَأَخَذَهُ عِنْدَ الْحَرَسِ فَأَمَّا مَنْ عُرِفَ شَرُّهُ وَأَذَاهُ لِلنَّاسِ، قَالَ مَالِكٌ فَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ لَا يُشْفَعَ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ الزُّبَيْرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَقِيَ رَجُلًا أَخَذَ سَارِقًا، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِهِ إلَى السُّلْطَانِ فَشَفَعَ لَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَوَازِ الشَّفَاعَةِ لِمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الْإِمَامَ الَّذِي يُقِيمُ الْحَدَّ؛ لِأَنَّ ظُهُورَ الْحُدُودِ إلَى الْإِمَامِ يُوجِبُ عَلَيْهِ إقَامَتَهَا فَلَا تَجُوزُ الشَّفَاعَةُ حِينَئِذٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ السَّارِقُ إنَّمَا كَانَ مَعَ رَجُلٍ أَخَذَهُ دُونَ حَرَسٍ وَلَا شُرَطٍ؛ لِأَنَّ الْحَرَسَ وَالشُّرَطَ نَائِبَانِ عَنْ الْإِمَامِ فَلَا تَصِحُّ الشَّفَاعَةُ فِي حَدٍّ ظَهَرَ إلَيْهِمْ، وَقَوْلُ الزُّبَيْرِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَإِذَا بَلَغَ السُّلْطَانَ فَلَعَنَ اللهُ الشَّافِعَ وَالْمُشَفَّعَ يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ مَحْظُورٌ عِنْدَهُ يَأْثَمُ مَنْ فَعَلَهُ مِنْ شَافِعٍ أَوْ مُشَفَّعٍ لَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[جَامِعُ الْقَطْعِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ الْأَقْطَعَ الَّذِي وَرَدَ مِنْ الْيَمَنِ نَزَلَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنْزَلَهُ فِي مَوْضِعٍ يَسْكُنُهُ، وَيَكُونُ فِيهِ بِأَمْرِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَنْزَلَهُ فِي دَارٍ يَسْكُنُهَا أَبُو بَكْرٍ فِي بَيْتٍ فِيهَا إمَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْتَ الَّذِي يَسْكُنُهُ أَبُو بَكْرٍ أَوْ بَيْتٌ آخَرُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَنْزَلَهُ الدَّارَ لَا يَسْكُنُهَا غَيْرُ أَبِي بَكْرٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ يَسْكُنُهَا مَعَهُ غَيْرُهُ وَشَكَا الْأَقْطَعُ إلَى أَبِي بَكْرٍ أَنَّ عَامِلَ الْيَمَنِ قَدْ ظَلَمَهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ فِي قَطْعِهِ يَدَهُ، فَكَانَ الْأَقْطَعُ يُصَلِّي مِنْ اللَّيْلِ فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ لَمَّا يَرَى مِنْ صَلَاتِهِ بِاللَّيْلِ وَأَبِيك مَا لَيْلُك بِلَيْلِ سَارِقٍ، يُرِيدُ أَنَّ لَيْلَ السَّارِقِ إنَّمَا هُوَ لِلنَّوْمِ الْمُتَّصِلِ أَوْ لِلْمَشْيِ وَالتَّسَبُّبِ إلَى سَرِقَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ

(165/7)

. . . .

[المنتقى]

بِاللَّيْلِ فَلَيْسَتْ مِنْ أَفْعَالِ السَّارِقِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو بَكْرٍ يَقُولُ وَأَبِيك عَلَى عَادَةِ الْعَرَبِ فِي تَخَاطُبِهَا وَتَرَاجُعِهَا دُونَ أَنْ يَقْصِدَ بِهِ الْقَسَمَ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «إنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّهُمْ فَقَدُوا عِقْدًا لِأَسْمَاءِ زَوْجِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَأَخَذُوا يَطْلُبُونَهُ وَيَبْحَثُونَ عَنْهُ، وَهُوَ يَمْشِي مَعَهُمْ فِي ذَلِكَ، وَيَدْعُو عَلَى مَنْ سَرَقَهُ فَيَقُولُ: اللَّهُمَّ عَلَيْك بِمَنْ بَيَّتَ أَهْلَ هَذَا الْبَيْتِ الصَّالِحِ يُرِيدُ سَرَقَهُمْ لَيْلًا أَوْ صَيَّرَهُمْ فِي لَيْلِهِمْ إلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْحَالِ مِنْ التَّعَبِ وَالْمَشَقَّةِ، ثُمَّ إنَّ الْحُلِيَّ وُجِدَ عِنْدَ صَائِغٍ زَعَمَ أَنَّ الْأَقْطَعَ جَاءَهُ بِهِ، وَهَذَا لَا يُوجِبُ عَلَى الصَّائِغِ قَطْعًا لَوْ أَنْكَرَ الْأَقْطَعُ؛ لِأَنَّهُ مَنْ وُجِدَ عِنْدَهُ مَتَاعٌ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَهُ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ أَوْ وُهِبَ لَهُ فَاسْتَحَقَّهُ مِنْهُ مُسْتَحِقٌّ زَعَمَ أَنَّهُ سَرَقَ لَهُ فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُتَّهَمٍ أَوْ مُتَّهَمًا فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَّهَمٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تُوجَدُ مَعَهُ السَّرِقَةُ فَيَقُولُ ابْتَعْتهَا مِنْ السُّوقِ، وَلَا يَعْرِفُ بَائِعَهَا وَهِيَ ذَاتُ بَالٍ أَوْ لَا بَالَ لَهَا، أَوْ ادَّعَى الْمُسْتَحِقُّ أَنَّهَا أَكْثَرُ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ أَنَّهَا تُرَدُّ إلَى مَنْ اسْتَحَقَّهَا بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَإِنْ كَانَ مَنْ وُجِدَتْ بِيَدِهِ مِنْ أَهْلِ الصِّحَّةِ خَلَّى سَبِيلَهُ وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّهُ إنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ وَالْبَرَاءَةِ أُدِّبَ الْمُدَّعِي. وَقَالَ مَالِكٌ لَا يُؤَدَّبُ إذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ طَلَبًا لِحَقِّهِ، وَإِنْ قَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْمُشَاتَمَةِ نُكِلَ لَهُ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ لَا أَدَبَ عَلَى الْمُدَّعِي إلَّا أَنَّهُ يُتَّهَمُ أَنَّهُ يُرِيدُ عَيْبَهُ وَسَبَّهُ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَدْ أَضَافَ إلَيْهِ السَّرِقَةَ وَهُوَ مُنَزَّهٌ عَنْهَا فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْأَدَبُ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَتْمَهُ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ مُحْتَاجٌ إلَى أَنْ يَقُومَ بِدَعْوَاهُ فَكَانَ لَهُ مَخْرَجٌ يَصْرِفُ عَنْهُ الْأَدَبَ كَالْقَاذِفِ لِزَوْجَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ كَانَ مَجْهُولَ الْحَالِ فَظَاهِرُ مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا أَدَبَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ هُوَ الْيَمِينُ وَفِي الْمُوَاضَحَةِ مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يُخَلَّى سَبِيلُهُ دُونَ يَمِينٍ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ إنْ كَانَ مُتَّهَمًا مَوْصُوفًا بِذَلِكَ هُدِّدَ وَسُجِنَ وَأُحْلِفَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يُعْرَضْ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ أُدِّبَ لَهُ الْمُدَّعِي، وَالْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى ثُبُوتِ يَمِينِ التُّهْمَةِ أَوْ نَفْيِهَا، وَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ مَنْ سُرِقَ لَهُ مَتَاعٌ فَاتَّهَمَ مِنْ جِيرَانِهِ رَجُلًا غَيْرَ مَعْرُوفٍ أَوْ اتَّهَمَ رَجُلًا غَرِيبًا أَنَّهُ يُسْجَنُ حَتَّى يَكْشِفَ عَنْ حَالِهِ، وَلَا يُطَالُ حَبْسُهُ؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَبَسَ رَجُلًا اتَّهَمَهُ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بِسَرِقَةٍ لِغَيْرِهِ، وَقَدْ صَحِبَهُ فِي السَّفَرِ» قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَقَدْ قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا كَانَ مُتَّهَمًا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ يُمْتَحَنُ بِالسَّجْنِ وَالْأَدَبِ، وَيُجْلَدُ بِالسَّوْطِ مُجَرَّدًا قَالَ أَصْبَغُ: لَا يُعَذَّبُ وَظَاهِرُهُ نَفْيُ الضَّرْبِ، وَأَمَّا الْحَبْسُ فَيُحْبَسُ بِقَدْرِ رَأْيِ الْإِمَامِ قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يُسْجَنُ حَتَّى يَمُوتَ وَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنْ يَمُوتَ يُسْجَنُ حَتَّى يَمُوتَ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ فِيمَنْ سُرِقَ لَهُ مَتَاعٌ فَاتَّهَمَ رَجُلًا مَعْرُوفًا بِذَلِكَ

وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ السَّجْنَ تَعْزِيرٌ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَصْرُوفًا إلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ السَّجْنَ إنَّمَا هُوَ لِقَبْضِ أَذَاهُ عَنْ النَّاسِ إذَا كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ لِتَكَرُّرِهِ مِنْهُ مَعَ إصْرَارِهِ عَلَى الْإِنْكَارِ وَإِتْلَافِ أَمْوَالِ النَّاسِ، فَيَجِبُ أَنْ يُقْبَضَ عَنْهُمْ بِالسَّجْنِ، وَلَيْسَ بَعْضُ الْأَوْقَاتِ بِأَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ بَعْضٍ مَعَ تَسَاوِي حَالِهِ فِيهَا.

(فَرْعٌ) وَهَلْ عَلَيْهِ يَمِينٌ مَعَ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ مِنْ الْأَدَبِ وَالسَّجْنِ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ وَابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّهُ يُهَدَّدُ وَيُسْجَنُ وَيَحْلِفُ، وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَشْهَبَ لَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَجْهُ إثْبَاتِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ أَنَّ الْيَمِينَ تَلْزَمُهُ لِمَا اُدُّعِيَ عَلَيْهِ مِنْ حَقِّ الْمَالِ، وَوَجْهُ نَفْيِ الْيَمِينِ أَنَّ الدَّعْوَى إنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالسَّرِقَةِ، وَقَدْ ثَبَتَ بِسَبَبِهَا مِنْ الْعُقُوبَةِ مَا يُنَافِي الْيَمِينَ كَمَا يُنَافِيهَا الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ فَقُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَطَعَ يَدَهُ الْيُسْرَى لَمَّا كَانَتْ

(166/7)

. . . .

[المنتقى]

يَدُهُ الْيُمْنَى قَدْ عُدِمَتْ بِقَطْعِ عَامِلِ الْيَمَنِ لَهَا فِي سَرِقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَرَّرَ أَنَّهُ إنَّمَا تُقْطَعُ فِي السَّرِقَةِ الْيُمْنَى لِمَنْ كَانَتْ يَدَاهُ سَالِمَتَيْنِ فَمَنْ كَانَتْ يُمْنَاهُ نَاقِصَةَ الْأَصَابِعِ أَوْ أُصْبُعَيْنِ لَمْ تُقْطَعْ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: لِأَنَّ بَقَاءَ أَكْثَرِ الْأَصَابِعِ يَبْقَى مَعَهُ أَكْثَرُ الْمَنَافِعِ، وَبَقَاءَ الْأَكْثَرِ كَبَقَاءِ الْجَمِيعِ وَذَهَابَ أَكْثَرِهَا يَذْهَبُ مَعَهُ أَكْثَرُ الْمَنَافِعِ فَكَانَ كَذَهَابِ الْجَمِيعِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى شَلَّاءَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ كَانَ الشَّالُّ يَمِينًا لَا يُقْتَصُّ مِنْهَا، وَلَوْ أَخْطَأَ الَّذِي قَطَعَهُ فَقَطَعَ يَدَهُ الْيُسْرَى أَوَّلًا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يُجْزِئُ ذَلِكَ، فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيَةً فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُمْنَى، وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ تُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَاحْتَجَّ عِيسَى بِقَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَمَّا أَجْزَأَهُ قَطْعُ الْيُسْرَى أَوَّلَ مَرَّةٍ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَكُونَ الْقَطْعُ تَعَلَّقَ بِهَا أَوَّلًا، وَشُرِعَتْ

الْمُخَالَفَةُ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ فَلَزِمَ أَنْ تُقْطَعَ رِجْلُهُ الْيُمْنَى، وَاحْتَجَّ ابْنُ نَافِعٍ بِقَوْلِهِ بِأَنَّ قَطْعَ الْيُسْرَى أَوَّلًا إنَّمَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الْخَطَأِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَعَمَّدَ مُوَاقَعَةَ الْخَطَأِ فِي الْقَطْعِ الثَّانِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) وَإِذَا عُدِمَتْ الْيَدُ الْيُمْنَى فَإِنْ عُدِمَتْ بِقَطْعِهَا فِي سَرِقَةٍ فَإِنَّ الْقَطْعَ يَنْتَقِلُ فِي سَرِقَةٍ ثَانِيَةٍ لِرِجْلِهِ الْيُسْرَى، ثُمَّ فِي سَرِقَةٍ ثَالِثَةٍ بِيَدِهِ الْيُسْرَى، ثُمَّ فِي رَابِعَةٍ بِرِجْلِهِ الْيُمْنَى فَإِنْ سَرَقَ بَعْدَ ذَلِكَ عُوقِبَ، وَلَا يُقْتَلُ هَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ إلَّا أَبُو مُصْعَبٍ قَالَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] فَجَعَلَ الْعُقُوبَةَ عَلَى السَّرِقَةِ مُخْتَصَّةً بِقَطْعِ الْيَدِ فَلَا يُنْتَقَلُ عَنْهُ إلَّا بِدَلِيلٍ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي مُصْعَبٍ أَنَّ هَذِهِ سَرِقَةٌ فَتَعَلَّقَ بِهَا قَطْعُ عُضْوٍ كَالْأُولَى، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ أَوَّلُ مَا يُقْطَعُ يُمْنَى يَدَيْهِ ثُمَّ يُسْرَى رِجْلَيْهِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الثَّالِثَةِ فَعِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُقْطَعُ بَعْدَ الثَّانِيَةِ وَلَكِنْ يُحْبَسُ وَيُعَاقَبُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهَا يَدٌ تُقْطَعُ فِي الْقِصَاصِ فَجَازَ أَنْ تُقْطَعَ فِي السَّرِقَةِ كَالْيُمْنَى.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنْ عُدِمَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى بِشَلَلٍ أَوْ كَانَ خُلِقَ بِغَيْرِ يُمْنَى فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يُنْقَلُ الْقَطْعُ إلَى رِجْلِهِ الْيُسْرَى، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، ثُمَّ قَالَ مَالِكٌ أَمْحُهَا ثُمَّ قَالَ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَأَصْبَغُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ هَذَا سَرَقَ وَلَا يُمْنَى لَهُ، فَوَجَبَ أَنْ تُقْطَعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى كَمَا لَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى فِي سَرِقَةٍ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ هَذَا قَطْعٌ تَعَلَّقَ بِالسَّارِقِ أَوَّلَ مَرَّةٍ فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِيَدِهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ لَهُ يَمِينٌ.

(فَرْعٌ) وَلَمَّا قُطِعَتْ يُمْنَاهُ فِي قِصَاصٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ كَانَتْ شَلَّاءَ قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَإِنْ قُطِعَتْ فِي قِصَاصٍ قُطِعَتْ فِي السَّرِقَةِ رِجْلُهُ الْيُسْرَى.

وَقَالَ أَصْبَغُ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى فِي الْوَجْهَيْنِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّمَا قَطَعَ يَدَهُ الْيُسْرَى لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ عِنْدَهُ أَنَّهُ قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى فِي سَرِقَةٍ فَرَأَى فِي ذَلِكَ رَأْيَ مَنْ قَالَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهَا إذَا قُطِعَتْ فِي غَيْرِ سَرِقَةٍ تَعَلَّقَ قَطْعُ السَّرِقَةِ بِيُسْرَاهُ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اتَّبَعَ صَاحِبُ السَّرِقَةِ السَّارِقَ فَضَرَبَ يَدَهُ بِسَيْفٍ فَقَطَعَهَا فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَيْسَ عَلَيْهِ إنْ أَخَذَ غَيْرَ

ذَلِكَ يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْقَطْعِ أَنْ يَأْمُرَ بِذَلِكَ السُّلْطَانُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ حُكْمَهُ وَمَنْ تَعَدَّى عَلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ بِقَطْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ أَجْزَأَهُ عَنْ الْقَطْعِ وَعُوقِبَ الْقَاطِعُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ قَطَعَ السَّارِقُ يَمِينَ رَجُلٍ قَبْلَ أَنْ يَسْرِقَ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّ يَمِينَهُ تُقْطَعُ لِلسَّرِقَةِ وَلَا قِصَاصَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَلَا دِيَةَ قَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ مَحَلٌّ لِحَقَّيْنِ لَا مَحَلَّ لَهُمَا مَعَ كَوْنِهِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ غَيْرَهُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ أَحَدٌ مِنْهُمَا بِغَيْرِهِ، وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ لِلسَّرِقَةِ ثُمَّ قَطَعَ يُمْنَى رَجُلٍ لَكَانَتْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّهُ يَوْمَ قَطَعَ يَمِينَ الرَّجُلِ لَمْ تَكُنْ لَهُ يَمِينٌ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ فِي شِدَّةِ الْبَرْدِ مِمَّا يَكُونُ الْقَطْعُ فِيهِ حَتْفًا، وَيُقْطَعُ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ وَلَيْسَ بِمُتْلِفٍ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ بَعْضُ الْخَوْفِ رَوَاهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ

(167/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَسْرِقُ مِرَارًا، ثُمَّ يُسْتَعْدَى عَلَيْهِ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ لِجَمِيعِ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ إذَا لَمْ يَكُنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَبْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ أَيْضًا) .

[المنتقى]

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَرَى أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الْحَرِّ إذَا خِيفَ فِيهِ مَا يُخَافُ فِي شِدَّةِ الْبَرْدِ، وَأَمَّا الْمَرَضُ الْمَخُوفُ فَلَا يُقْطَعُ فِيهِ وَلَا يُجْلَدُ لِحَدٍّ وَلَا لِنَكَالٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَحَدُّ الْقَطْعِ فِي الْيَدِ الْكُوعُ وَفِي الرِّجْلِ مِنْ مَفْصِلِ الْكَعْبَيْنِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي مُخْتَصَرِهِ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] وَمَفْصِلُ الْكُوعِ أَوَّلُ مَفْصِلٍ يَقَعُ عَلَى مَا قُطِعَ مِنْهُ اسْمُ الْيَدِ، وَكَذَلِكَ مَفْصِلُ الْكَعْبَيْنِ هُوَ أَوَّلُ مَفْصِلٍ يَسْتَوْعِبُ بِقَطْعِهِ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الرِّجْلِ وَالْقَدَمِ، وَلَمَّا تَعَلَّقَ بِالْقَدَمِ كَمَا تَعَلَّقَ بِالْيَدِ بِأَوَّلِ مَا يَقَعُ

عَلَيْهِ الِاسْمُ كَالْيَدِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَتُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ ثُمَّ يُحْسَمُ مَوْضِعُ الْقَطْعِ بِالنَّارِ قَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي مُخْتَصَرِهِ عَنْ مَالِكٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يُحْرَقَ بِالنَّارِ لِيُقْطَعَ جَرْيُ الدَّمِ لِئَلَّا يَتَمَادَى جَرْيُهُ حَتَّى يَنْزِفَ فَيَمُوتَ، فَإِذَا أُحْرِقَتْ أَفْوَاهُ الْعُرُوقِ رَقَأَ وَمَنَعَ ذَلِكَ جَرْيَ الدَّمِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ بِالسَّرِقَةِ الْقَتْلُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ فَيَجِبُ أَنْ يُدْفَعَ عَنْهُ مَا يُفْضِي إلَى الزِّيَادَةِ عَلَى الْقَطْعِ مِنْ الْمَوْتِ أَوْ ذَهَابِ سَائِرِ أَعْضَائِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.
1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَاعْتَرَفَ بِهِ الْأَقْطَعُ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَمَّا اعْتِرَافُهُ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ تَهْدِيدٍ وَتَشَدُّدٍ عَلَيْهِ، فَأَمَّا مَنْ اعْتَرَفَ بِهَا فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالسَّرِقَةِ عَلَى وَجْهِ التَّوْبَةِ، وَهُوَ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ التَّوْبَةَ لَا تُسْقِطُ الْحُدُودَ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ رَوَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ إنْ رَجَعَ إلَى شُبْهَةٍ سَقَطَ عَنْهُ الْقَطْعُ، وَلَزِمَهُ الْغُرْمُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا لَمْ يَأْتِ مِنْ ذَلِكَ مَا يُشْبِهُ الْبَيِّنَةَ مِنْ ظُهُورِ بَعْضِ الْمَتَاعِ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ التُّهَمِ فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَنْ اعْتَرَفَ بِسَرِقَةٍ مِنْ غَيْرِ مِحْنَةٍ وَلَا تَرْوِيعٍ لَمْ يُقْبَلْ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ إلَى شُبْهَةٍ فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ إنْ رَجَعَ إلَى شُبْهَةٍ وَكَذَبَ عَلَى نَفْسِهِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ: إحْدَاهُمَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ، وَالْأُخْرَى يَلْزَمُ الْقَطْعُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ بِمِثْلِ هَذَا فِي حَدِّ الزِّنَا، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْغُرْمُ إذَا سَقَطَ عَنْهُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمَالِ لَازِمٌ لَيْسَ لِلْمُقِرِّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ اعْتَرَفَ بِمِحْنَةٍ فَقَدْ رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا أَقَرَّ بِهَا عَلَى الضَّرْبِ وَعَيَّنَهَا فَلَا يُقْطَعُ إذَا نَزَعَ قَالَ عَنْهُ عِيسَى إذَا اعْتَرَفَ بَعْدَ ضَرْبِ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ أَوْ حَبْسِ لَيْلَةٍ لَمْ يَلْزَمْهُ إقْرَارُهُ كَانَ الْوَالِي عَدْلًا أَوْ غَيْرَ عَدْلٍ، وَرُبَّمَا أَخْطَأَ الْعَدْلُ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا أَقَرَّ فِي مِحْنَتِهِ، وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ قُطِعَ إلَّا أَنْ يَقُولَ دَفَعَهُ إلَيَّ فُلَانٌ، وَإِنَّمَا أَقْرَرْت لِلضَّرْبِ فَلَا يُقْطَعُ يُرِيدُ فِيمَا عُيِّنَ، قَالَ وَأَمَّا إذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَلَا يُقْطَعُ بِحَالٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا أَخْرَجَ السَّرِقَةَ فَيَعْتَرِفُ أَنَّهَا الْمَسْرُوقَةُ فَهَذَا يُقْطَعُ، وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ سَجْنٍ

وَقَيْدٍ وَوَعِيدٍ وَإِنْ نَزَعَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ.
وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ فِي الْمُقِرِّ عَنْ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ حَتَّى تُبْرَزَ السَّرِقَةُ، وَقَالَهُ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ وَرَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الَّذِي يَسْرِقُ مِرَارًا لَيْسَ عَلَيْهِ إلَّا قَطْعُ يَدِهِ لِجَمِيعِ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لَهُ إلَّا يَدٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ سَرَقَ مِائَةَ مَرَّةٍ لِوَاحِدٍ أَوْ لِجَمَاعَةٍ قَبْلَ أَنْ يُقْطَعَ فَإِنَّ قَطْعَ يَدِهِ يُجْزِئُ عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ دُونَ زِيَادَةٍ عَلَيْهِ، وَإِنْ قُطِعَتْ يَدُهُ لِسَرِقَةِ شَيْءٍ وَاحِدٍ أَوْ أَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ، ثُمَّ سَرَقَ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ أَيْضًا كَشَارِبِ الْخَمْرِ يَشْرَبُ مِائَةَ مَرَّةٍ فَلَا يُجْلَدُ عَلَيْهِ إلَّا جَلْدٌ وَاحِدٌ كَمَا لَوْ شَرِبَ مَرَّةً وَاحِدَةً، ثُمَّ إنْ جُلِدَ لِشُرْبِ مَرَّةٍ أَوْ مِرَارًا فَإِنَّهُ يُسْتَأْنَفُ حَدُّهُ فَيُجْلَدُ كَمَا جُلِدَ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَلَوْ سَرَقَ لِجَمَاعَةٍ فَقَامَ عَلَيْهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَقَطَعَ وَلَا يُعْلَمُ بِغَيْرِهِمْ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ

(168/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّ أَبَا الزِّنَادِ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَامِلًا لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَذَ نَاسًا فِي حِرَابَةٍ وَلَمْ يَقْتُلُوا أَحَدًا فَأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ أَوْ يَقْتُلَ فَكَتَبَ إلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي ذَلِكَ فَكَتَبَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ لَوْ أَخَذْتَ بِأَيْسَرِ ذَلِكَ)

[المنتقى]
مَالِكٍ ذَلِكَ لِكُلِّ سَرِقَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ قِيمَ فِيهَا أَوْ لَمْ يُقَمْ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عَامِلًا لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَذَ نَاسًا فِي حِرَابَةٍ، الْمُحَارِبُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ الْقَاطِعُ لِلطَّرِيقِ الْمُخِيفُ لِلسَّبِيلِ الشَّاهِرُ لِلسِّلَاحِ لِطَلَبِ الْمَالِ فَإِنْ أُعْطِيَ وَإِلَّا قَاتَلَ عَلَيْهِ كَانَ فِي الْمِصْرِ أَوْ خَارِجًا عَنْ الْمِصْرِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَقَدْ يَكُونُ مُحَارِبًا وَإِنْ خَرَجَ بِغَيْرِ سِلَاحٍ وَفَعَلَ فِعْلَ الْمُحَارِبِينَ مِنْ التَّلَصُّصِ وَأَخْذِ الْمَالِ مُكَابَرَةً، وَقَدْ يَكُونُ الْوَاحِدُ مُحَارِبًا، وَإِنْ خَرَجَ بِغَيْرِ سِلَاحٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ لِقَطْعِ السَّبِيلِ لِغَيْرِ مَالٍ فَهُوَ مُحَارِبٌ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَا أَدَعُ هَؤُلَاءِ يَخْرُجُونَ إلَى الشَّامِ أَوْ إلَى مِصْرَ أَوْ إلَى مَكَّةَ فَهَذَا مُحَارِبٌ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ حَمَلَ السِّلَاحَ عَلَى النَّاسِ وَأَخَافَهُمْ لِغَيْرِ عَدَاوَةٍ وَلَا نَائِرَةٍ فَهُوَ مُحَارِبٌ، قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ قَاطِعٌ لِلسَّبِيلِ مُفْسِدٌ فِي الْأَرْضِ قَالَ اللَّهُ

عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا} [المائدة: 33] قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَتْلُ الْغِيلَةِ أَيْضًا مِنْ الْمُحَارَبَةِ أَنْ يَغْتَالَ رَجُلًا أَوْ صَبِيًّا فَيَخْدَعَهُ حَتَّى يُدْخِلَهُ مَوْضِعًا فَيَأْخُذَ مَا مَعَهُ فَهُوَ كَالْحِرَابَةِ، وَكُلُّ مَنْ قَتَلَ أَحَدًا عَلَى مَا مَعَهُ قَلَّ أَوْ كَثُرَ فَهُوَ مُحَارِبٌ فَعَلَ ذَلِكَ بِحُرٍّ أَوْ عَبْدٍ وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَصًا لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ فَمَاتَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْ قَتْلَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْحِرَابَةِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ لَكِنْ لِعَدَاوَةٍ بَيْنَهُمْ وَشَرٍّ فَفِيهِ الْقِصَاصُ أَوْ الْعَفْوُ وَقَالَهُ كُلَّهُ مَالِكٌ وَمِنْ الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ لَقِيَ رِجَالًا فَأَطْعَمَهُمْ السَّوِيقَ فَمَاتَ بَعْضُهُمْ وَأَبْسَطَ بِالْبَاقِينَ فَلَمْ يُفِيقُوا إلَى مِثْلِهَا فَقَالَ مَا أَرَدْت قَتْلَهُمْ، وَإِنَّمَا أَرَدْت أَخْذَ مَا مَعَهُمْ، وَإِنَّمَا أَعْطَانِي السَّوِيقَ رَجُلٌ وَقَالَ يُسْكِرُ فَقَالَ مَالِكٌ يُقْتَلُ قَالَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَوْ قَالَ لَمْ أُرِدْ قَتْلَهُمْ وَلَا أَخْذَ أَمْوَالِهِمْ، وَإِنَّمَا هُوَ سَوِيقٌ لَا شَيْءَ فِيهِ إلَّا أَنَّهُمْ لَمَّا مَاتُوا أَخَذْت أَمْوَالَهُمْ قَالَ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرَ رَدِّ الْمَالِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَالْمُعْلِنُ وَالْمُسْتَخْفِي مِنْ الْمُحَارِبِينَ سَوَاءٌ إذَا أَخَذَ الْأَمْوَالَ وَالرِّجَالَ وَالنِّسَاءَ وَالْأَحْرَارَ وَالْعَبِيدَ، وَالْمُسْلِمُونَ وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَخَذَ السَّارِقُ الْمَتَاعَ لَيْلًا فَطَلَبَ رَبُّ الْمَالِ الْمَتَاعَ مِنْهُ فَكَابَرَهُ عَلَيْهِ بِالسِّلَاحِ أَوْ بِالسِّكِّينِ أَوْ بِالْعَصَا حَتَّى خَرَجَ بِهِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ حَتَّى كَثُرَ عَلَيْهِ النَّاسُ فَفِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ هُوَ مُحَارِبٌ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِي الْحِرَابَةِ إخْرَاجُ الْمَتَاعِ مِنْ الْحِرْزِ وَلَوْ أَدْرَكَهُ رَبُّ الْمَتَاعِ فَجَاءَ بِهِ إيَّاهُ حَتَّى أَخَذَهُ فَهُوَ مُحَارِبٌ، وَإِنْ حَارَبَهُ كَمَا يَفْعَلُ الْمُخْتَلِسُ فَلَيْسَ بِمُحَارِبٍ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ لَقِيَ رَجُلٌ رَجُلًا مَعَهُ طَعَامٌ فَسَأَلَهُ طَعَامًا فَأَبَى عَلَيْهِ فَكَتَّفَهُ وَنَزَعَ مِنْهُ الطَّعَامَ وَنَزَعَ ثَوْبَهُ فَقَالَ هَذَا يُشْبِهُ الْمُحَارِبَ يُرِيدُ أَنَّهُ مُغَالِبٌ عَلَى أَخْذِ الْمَالِ مُكَابَرَةً وَصِفَتُهُ صِفَةُ الْمُحَارِبِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْمُحَارِبُ فِي الْمِصْرِ وَغَيْرِ الْمِصْرِ سَوَاءٌ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ هُمْ سَوَاءٌ فِي الْحُكْمِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَكُونُ مُحَارِبًا إلَّا بِقَطْعِهِ فِي الصَّحْرَاءِ وَالْبَرِّيَّةِ النَّائِيَةِ عَنْ الْبَلَدِ، وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ: لَا يَكُونُونَ مُحَارِبِينَ فِي الْقَرْيَةِ إلَّا أَنْ يُرِيدُوا بِذَلِكَ الْقَرْيَةَ كُلَّهَا فَأَمَّا الْمُخْتَفِي فِي الْقَرْيَةِ لَا

يُؤْذِي إلَّا الْوَاحِدَ وَالْمُسْتَضْعَفَ، فَلَيْسَ فِي الْقُرَى مُحَارَبَةٌ وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ مُحَارِبٌ فِي الْقَرْيَةِ قَوْله تَعَالَى {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ} [المائدة: 33] وَهَذَا عَامٌّ فِي الْحَضَرِ وَغَيْرِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ يُوجَدُ مِنْهُ إخَافَةُ السَّبِيلِ وَقَطْعُ الطَّرِيقِ وَقَتْلُهُ لِأَخْذِ الْمَالِ فَاسْتَحَقَّ اسْمَ الْمُحَارِبِ، وَحُكْمُهُ كَمَا لَوْ كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ وَلِأَنَّ كُلَّ فِعْلٍ يُوجِبُ حَدًّا فِي الصَّحْرَاءِ فَإِنَّهُ يُوجِبُ مِثْلَهُ فِي الْحَضَرِ كَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَالزِّنَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَسْتَحِقُّ الْمُحَارِبُ بِأَخْذِ الْمَالِ الْيَسِيرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ

(169/7)

. . . .

[المنتقى]

بِأَخْذِ الْكَثِيرِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَخْتَلِفْ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ فِي إجَازَةِ قَتْلِ الْمُحَارِبِينَ وَإِنَّ مَنْ قُتِلَ فِي ذَلِكَ خَيْرُ قَتِيلٍ، قَالَ مَالِكٌ وَيُنَاشِدُهُ اللَّهَ ثَلَاثًا فَإِنْ عَاجَلَهُ قَاتَلَهُ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يَدْعُوهُ وَلْيُبَادِرْ إلَى قَتْلِهِ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّهُ يُوعَظُ وَيُذَكَّرُ فَعَسَى أَنْ يَتُوبَ وَيَنْصَرِفَ عَمَّا هُوَ عَلَيْهِ فَيَكُونَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ مُعَاجَلَتِهِ بِالْمُقَاتَلَةِ الَّتِي رُبَّمَا أَدَّتْ إلَى قَتْلِ أَحَدِهِمَا، وَرُبَّمَا غَلَبَ الْمُحَارِبُ فَاسْتَأْصَلَ النَّفْسَ وَالْمَالَ، وَجْهُ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ حُكْمَ الْحِرَابَةِ بِخُرُوجِهِ فَالصَّوَابُ إذَا وَثِقَ بِالظُّهُورِ عَلَيْهِ أَنْ يُعَاجِلَ مُدَافَعَتَهُ وَالْقَتْلَ لَهُ مَا لَمْ يَظْفَرْ بِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ فَإِنْ ظَفَرَ بِهِ فَلَا يَقْتُلْهُ وَلْيَدْفَعْهُ إلَى الْإِمَامِ إلَّا أَنْ يَخَافَ أَنْ لَا يُقِيمَ عَلَيْهِ الْحُكْمَ فَلْيَلِ هُوَ مِنْ ذَلِكَ مَا كَانَ يَلِيهِ الْإِمَامُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَإِنْ طَلَبَ اللِّصُّ الشَّيْءَ الْيَسِيرَ مِنْ الْمَالِ كَالْإِطْعَامِ وَالثَّوْبِ وَمَا خَفَّ قَالَ مَالِكٌ يُعْطَاهُ، وَلَا يُقَاتَلُ. وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا لَا يُعْطَى شَيْئًا وَإِنْ قَلَّ، وَلْيُقَاتَلْ وَلِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِطَمَعِهِمْ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: لَا يُعْطَى اللُّصُوصُ شَيْئًا طَلَبُوهُ وَإِنْ قَلَّ، وَهَذَا فِي الْعَدَدِ الْمُنَاصِفِ لَهُمْ وَالرَّاجِي لِقَتْلِهِمْ، وَأَمَّا مَنْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَا قُوَّةَ لَهُ بِهِمْ وَلَا عُدَّةَ وَلَا مُنَاصَفَةَ فَهُوَ كَالْأَسِيرِ، وَعَسَى أَنْ يُعْذَرَ فِيمَا يُعْطِيهِمْ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُقَاتَلُ اللُّصُوصُ إذَا أَبَوْا إلَّا الْقِتَالَ أَوْ يَطْلُبُوا مَا لَا يَجِبُ أَنْ يُعْطَوْهُ، قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ جِهَادُهُمْ، وَقَالَ عَنْهُ أَشْهَبُ مِنْ أَفْضَلِ الْجِهَادِ وَأَعْظَمِهِ أَجْرًا قَالَ مَالِكٌ فِي أَعْرَابٍ قَطَعُوا الطَّرِيقَ: جِهَادُهُمْ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ جِهَادِ الرُّومِ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ» وَإِذَا قُتِلَ دُونَ مَالِهِ وَمَالِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ أَعْظَمُ لِأَجْرِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَمَّنَ الْمُحَارِبُ إذَا طَلَبَ الْأَمْنَ بِخِلَافِ الْمُشْرِكِ إذَا أَمَّنْته عَلَى حَالِهِ وَبِيَدِهِ أَمْوَالُ النَّاسِ وَلَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يُؤَمِّنَ الْمُحَارِبَ وَيُنْزِلَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا أَمَانَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ فِي سُلْطَانِك وَعَلَى دِينِك، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لِعِزَّةٍ لَا لِدِينٍ وَلَا مِلَّةٍ، رَوَاهُ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا امْتَنَعَ الْمُحَارِبُ بِنَفْسِهِ حَتَّى أُعْطِيَ الْأَمَانَ فَأُخِذَ عَلَى ذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَدْ اُخْتُلِفَ فِيهِ فَقِيلَ يُتَمُّ لَهُ ذَلِكَ، وَقِيلَ لَهُ لَيْسَ ذَلِكَ وَيُؤْخَذُ بِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَقَالَهُ أَصْبَغُ سَوَاءٌ امْتَنَعَ فِي حِصْنٍ أَوْ مَرْكَبٍ أَوْ فَرَسٍ سَوَاءٌ أَمَّنَهُ السُّلْطَانُ أَوْ غَيْرُهُ قَالَ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَزَالُ إلَّا بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِتَجْوِيزِ الْأَمَانِ لَهُ أَنَّهُ فَاسِقٌ مُمْتَنِعٌ فَإِذَا عُوهِدَ لَزِمَ الْأَمَانُ كَالْكَافِرِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ عَبْدِ الْمَلِكِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُحَارِبُ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَقَاتَلْنَا مَعَهُمْ فَأُسِرَ اسْتَتَابَهُ الْإِمَامُ فَإِنْ تَابَ سَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ بِالرِّدَّةِ، وَأُخِذَ بِأَحْكَامِ الْحِرَابَةِ قَبْلَ الرِّدَّةِ فِي حَقِّ اللَّهِ وَحُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يُزِيلُ عَنْهُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَتُبْ

قُتِلَ عَلَى الرِّدَّةِ وَالْحِرَابَةِ قَالَهُ سَحْنُونٌ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ وَرَبِيعَةَ وَأَبِي الزِّنَادِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الرِّدَّةَ لَا تُسْقِطُ حُقُوقَ الْمُسْلِمِينَ الثَّابِتَةَ عَلَيْهِ قَبْلَ رِدَّتِهِ كَمَا لَوْ دَايَنَ أَوْ غَصَبَ أَمْوَالَ النَّاسِ، ثُمَّ ارْتَدَّ لَمَا سَقَطَ عَنْهُ بِرِدَّتِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى فَإِذَا تَعَلَّقَتْ بِحُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ لَمْ تَسْقُطْ بِالرِّدَّةِ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ مِنْهَا مَا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْآدَمِيِّينَ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ فَرَّ الْمُحَارِبُ فَدَخَلَ حِصْنًا مِنْ حُصُونِ الرُّومِ فَحَاصَرَهُمْ الْمُسْلِمُونَ فَنَزَلَ أَهْلُهُ بِعَهْدٍ وَنَزَلَ الْمُحَارِبُ بِأَمَانٍ أَمَّنَهُ أَمِيرُ السَّرِيَّةِ قَالَ سَحْنُونٌ: لَا أَمَانَ لَهُ وَلَا يُزِيلُ حُكْمَ الْحِرَابَةِ عَنْهُ جَهْلُ مَنْ أَمَّنَهُ، وَقَدْ ظَفَرَ قَبْلَ التَّوْبَةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ حُقُوقَ النَّاسِ قَدْ تَعَلَّقَتْ بِهِ مِنْ قِصَاصٍ وَإِتْلَافِ أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَاهَدَ عَلَى إسْقَاطِهَا، وَلَوْ عَهِدَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ إسْقَاطُ الْإِمَامِ لَهَا عَنْهُ أَصْلَ ذَلِكَ الْغَاصِبِ وَالْقَاتِلِ بِغَيْرِ الْمُحَارِبِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا فَرَّ اللُّصُوصُ فَقَدْ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدًا فَلْيُتَّبَعْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَتَلَ أَحَدًا فَمَا أُحِبُّ أَنْ يُتَّبَعَ وَلَا يُقْتَلَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ يُتَّبَعُونَ وَلَوْ بَلَغُوا بِرَكَ الْغِمَا.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ يُتَّبَعُ مُنْهَزِمُهُمْ، وَيُقْتَلُونَ

(170/7)

. . . .

[المنتقى]

مُقْبِلِينَ وَمُدْبِرِينَ وَمُنْهَزِمِينَ، وَلَيْسَ هُرُوبُهُمْ تَوْبَةً، وَأَمَّا التَّذْفِيفُ عَلَى جَرِيحِهِمْ فَإِنْ لَمْ يَسْتَحِقَّ هَزِيمَتَهُمْ وَخِيفَ كَرَّتُهُمْ ذُفِّفَ عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ الْهَزِيمَةُ فَجَرِيحُهُمْ أَسِيرٌ وَالْحُكْمُ فِيهِ إلَى الْإِمَامِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُجْهَزُ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يَرَهُ سَحْنُونٌ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَإِذَا أُخِذَ اللُّصُوصُ قَبْلَ التَّوْبَةِ لَزِمَهُمْ الْحَدُّ وَهُوَ الْقَتْلُ وَالصَّلْبُ أَوْ قَطْعُ الْيَدِ وَالرِّجْلِ مِنْ خِلَافٍ وَالنَّفْيُ وَالْحَبْسُ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ} [المائدة: 33] قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ وَابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَاكَ عَلَى التَّخْيِيرِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ حَدُّهُمْ عَلَى التَّرْتِيبِ فَلَا يُقْتَلُ مَنْ لَمْ يَقْتُلْ، وَلَا يُصْلَبُ وَلَا يُقَطَّعُ، فَإِنْ قَتَلَ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا قُتِلَ فَقَطْ، وَلَمْ يُصْلَبْ وَلَمْ يُقَطَّعْ وَإِنْ أَخَذَ الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ قُطِّعَ، وَإِنْ قَتَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ الْإِمَامُ مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ جَمَعَ الْقَتْلَ وَالْقَطْعَ، وَإِنْ شَاءَ جَمَعَ الْقَتْلَ وَالصَّلْبَ ثُمَّ قُتِلَ بَعْدَ الصَّلْبِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَقْتُلُهُمْ حَتْفًا ثُمَّ يَصْلُبُهُمْ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ} [المائدة: 33] وَلَفْظُهُ أَوْ ظَاهِرُهَا التَّخْيِيرُ وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونُوا قَتَلُوا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّهُ عَلَى التَّخْيِيرِ فَإِنَّهُ تَخْيِيرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاجْتِهَادِ الْإِمَامِ وَمَصْرُوفٌ إلَى نَظَرِهِ وَمَشُورَةِ الْفُقَهَاءِ بِمَا يَرَاهُ أَتَمَّ لِلْمَصْلَحَةِ وَأَذَبَّ عَنْ الْفَسَادِ، قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَى هَوَى الْإِمَامِ وَلَكِنْ عَلَى الِاجْتِهَادِ يُرِيدُ بِقَدْرِ مَا خَبَرَهُ، فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ عَلَى الِاجْتِهَادِ فَإِنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَ الْمُحَارِبَ وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ وَلَا أَخَذَ مَالًا وَلَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: إمَّا أَنْ يَكُونَ طَالَ أَمْرُهُ وَأَخَافَ السَّبِيلَ أَوْ أُخِذَ بِحَضْرَةِ خُرُوجِهِ، فَإِنْ كَانَ طَالَ أَمْرُهُ وَأَخَافَ السَّبِيلَ وَلَمْ يَقْتُلْ وَلَا أَخَذَ مَالًا فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ هُوَ مُخَيَّرٌ فِي قَتْلِهِ أَوْ صَلْبِهِ أَوْ قَطْعِهِ مِنْ خِلَافٍ أَوْ ضَرْبِهِ وَنَفْيِهِ، وَذَلِكَ بِقَدْرِ ذَنْبِهِ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ هُوَ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ إذَا أُخِذَ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ أَوْ بَعْدَ طُولِ زَمَانٍ قَالَ أَشْهَبُ فِي الَّذِي أُخِذَ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْتُلْ وَلَمْ يَأْخُذْ الْمَالَ فَهَذَا الَّذِي قَالَ فِيهِ مَالِكٌ لَوْ أَخَذَ فِيهِ بِأَيْسَرِ ذَلِكَ قَالَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُجْلَدَ وَيُنْفَى وَيُحْبَسَ حَيْثُ نُفِيَ إلَيْهِ، قَالَ أَشْهَبُ فَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَنْ يَقْتُلَهُ أَوْ يَقْطَعَهُ مِنْ خِلَافٍ فَذَلِكَ لَهُ عَلَى الِاجْتِهَادِ فِيهِ فَيَقْتَضِي هَذَا أَنَّهُ عَلَى التَّخْيِيرِ بِشَرْطِ الِاجْتِهَادِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَصْرُوفًا إلَى نَظَرِ الْإِمَامِ فَمَا أَدَّاهُ إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ كَانَ لَهُ إنْفَاذُهُ وَمَا قَالَهُ مَالِكٌ مِنْ اخْتِيَارِهِ لِكُلِّ جِنَايَةٍ نَوْعًا مِنْ الْعُقُوبَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَيُذْكَرُ بَعْدَ هَذَا فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى وَجْهٍ يُبَيِّنُ وَجْهَ الِاجْتِهَادِ وَالْإِرْشَادِ إلَى الصَّوَابِ فِيهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَالَّذِي طَالَ أَمْرُهُ وَأَخَافَ السَّبِيلَ وَشَهَرَ ذِكْرُهُ إلَّا أَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْ وَلَمْ يَأْخُذْ أَمْوَالًا فَقَدْ تَقَدَّمَ فِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ وَمُحَمَّدٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ طَالَ أَمْرُهُ وَأَخَذَ الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ يُقْتَلُ وَلَا يَخْتَارُ الْإِمَامُ

فِيهِ غَيْرَ الْقَتْلِ قَالَ أَشْهَبُ هُوَ مُخَيَّرٌ فِي قَتْلِهِ أَوْ صَلْبِهِ أَوْ قَطْعِهِ مِنْ خِلَافٍ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا أَخَافَ السَّبِيلَ وَأَعْظَمَ الْفَسَادَ وَأَخَذَ الْأَمْوَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ أَحَدًا فَلْيَقْتُلْهُ الْإِمَامُ إذَا ظَهَرَ عَلَيْهِ قَالَ: وَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالصَّلْبِ أَوْ قَطْعِ الْخِلَافِ أَوْ النَّفْيِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ إنَّ عَامِلًا لَهُ لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَذَ نَاسًا فِي حِرَابَةٍ فَأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ أَوْ يَقْتُلَ فَكَتَبَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ لَوْ أَخَذْت بِأَيْسَرِ ذَلِكَ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْعَامِلَ رَأَى قَتْلَهُمْ أَوْ قَطْعَ أَيْدِيهِمْ وَلَا يَعْلَمُ مَا بَلَغَتْ وَأَعْلَمَهُ، وَكَتَبَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ لَوْ أَخَذْت بِأَيْسَرِ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْحَضِّ وَالنَّدْبِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْإِنْكَارِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ لَوْ أَخَذْت بِأَيْسَرِ ذَلِكَ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُمْ أُخِذُوا بِأَثَرِ خُرُوجِهِمْ قَبْلَ أَنْ يُخِيفُوا سَبِيلًا أَوْ يَقْتُلُوا أَحَدًا أَوْ يَأْخُذُوا مَالًا.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ

(171/7)

. . . .

[المنتقى]

عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ فِيمَنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَوْ أَخَذَ فِيهِمْ بِالْأَيْسَرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَهُوَ الْجَلْدُ وَالنَّفْيُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ قَالَ: الْإِمَامُ مُخَيَّرٌ وَيَقْتَضِي مِنْ قَوْلِ عُمَرَ أَنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِاجْتِهَادِهِ، وَإِنْ رَأَى خِلَافَ رَأْيِ الْإِمَامِ إذَا كَانَ مِمَّا يُسْرِعُ فِيهِ الِاجْتِهَادَ.

وَقَالَ بِهِ الْعُلَمَاءُ، وَلَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ وَلَزِمَ الْعَامِلَ أَنْ لَا يُنَفِّذَ إلَّا رَأْيَ الْإِمَامِ لَقُدِّمَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ إذَا رَآهُ الْأَفْضَلَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ شَاوَرَهُ فِي ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ ظَهَرَ لَهُ فِيهِ اعْتِقَادُ صِحَّتِهِ مِنْ قَتْلٍ أَوْ قَطْعٍ وَأَعْلَمَ عُمَرَ بِمَا ظَهَرَ إلَيْهِ لِيَعْلَمَ بِذَلِكَ مُوَافَقَتَهُ لَهُ أَوْ لِيُظْهِرَ إلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي الْحُكْمِ الَّذِي يَخْتَارُهُ دَلِيلًا يَرَى الرُّجُوعَ إلَيْهِ وَالْعَمَلَ بِمُقْتَضَاهُ، وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُنَا فِي مَسْأَلَةِ الْحَكَمَيْنِ أَنَّ لَهُمَا أَنْ يَحْكُمَا بِمَا أَدَّاهُمَا اجْتِهَادُهُمَا إلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مُخَالِفًا لِرَأْيِ مَنْ أَرْسَلَهُمَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْقَتْلُ الَّذِي ذَكَرَهُ اللَّهُ فِي الْآيَةِ وَاخْتَارَهُ مَالِكٌ فِيمَنْ طَالَتْ إخَافَتُهُ السَّبِيلَ وَأَخَذَ الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا أَنْ يُقْتَلَ فَقَطْ، وَلَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَلَا يُجْلَدُ بِالسِّيَاطِ قَبْلَ الْقَتْلِ قَالَ

أَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ وَلَا تُقْطَعُ يَدُهُ وَلَا رِجْلُهُ مَعَ الْقَتْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الصَّلْبُ فَهُوَ الرَّبْطُ عَلَى الْجُذُوعِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَلأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ} [طه: 71] قَالَ مُحَمَّدٌ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {أَوْ يُصَلَّبُوا} [المائدة: 33] أَيْ يُصَلِّبَهُ ثُمَّ يَقْتُلَهُ مَصْلُوبًا بِطَعْنَتِهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ أَنَّهُ يَقْتُلُهُ ثُمَّ يَصْلُبُهُ وَلَهُ أَنْ يَصْلُبَهُ ثُمَّ يَقْتُلُهُ مَصْلُوبًا، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ، وَهُوَ الَّذِي يَرْوِيهِ الْعِرَاقِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ يُقْتَلُ بِالْأَرْضِ ثُمَّ يُصْلَبُ أَنَّ التَّغْلِيظَ بِالْقَتْلِ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي نَفْسِ الْمُحَارِبِ وَلَا غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا التَّغْلِيظُ بِمَا يُفْعَلُ بِهِ حِينَ الْمَوْتِ مِنْ الصَّلْبِ وَالتَّشْنِيعِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْقَتْلَ فِي الْحُدُودِ يَمْنَعُ مَا قَبْلَهُ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَلِذَلِكَ لَا يُقْطَعُ وَلَا يُضْرَبُ قَبْلَ الْقَتْلِ، ثُمَّ يُقْتَلُ فَلَمَّا امْتَنَعَ التَّغْلِيظُ بِالضَّرْبِ قَبْلَ الْقَتْلِ وَوَرَدَ بِهِ النَّصُّ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْقَتْلِ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ حَبَسَهُ الْإِمَامُ لِيَصْلُبَهُ فَمَاتَ فِي السِّجْنِ فَإِنَّهُ لَا يُصْلَبُ وَلَوْ قَتَلَهُ أَحَدٌ فِي السِّجْنِ أَوْ قَتَلَهُ الْإِمَامُ فَلْيَصْلُبْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ فَقَدْ فَاتَتْ الْعُقُوبَةُ فِيهِ فَلَا مَعْنَى لِصَلْبِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا هُوَ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِ الْقَتْلِ أَوْ تَشْنِيعٌ لِلْقَتْلِ بَعْدَ وُقُوعِهِ فَإِذَا فَاتَ الْقَتْلُ بِالْمَوْتِ سَقَطَتْ صِفَتُهُ وَتَوَابِعُهُ، وَإِنَّمَا يُصْلَبُ لِيَظْهَرَ قَتْلُهُ وَلِيَبْقَى فَيُنْظَرَ إلَيْهِ فَيُزْدَجَرَ بِهِ، وَإِذَا مَاتَ فَلَا مَعْنَى لِصَلْبِهِ لِيَبْقَى عَلَى هَذِهِ الْحَالِ؛ لِأَنَّهَا حَالُ كُلِّ نَفْسٍ، وَأَمَّا إذَا قُتِلَ فِي السِّجْنِ فَقَدْ وَجَبَ الْقَتْلُ فَثَبَتَ تَوَابِعُهُ.

(فَرْعٌ) وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي بَقَائِهِ عَلَى الْجِذْعِ فَقَالَ أَصْبَغُ لَا بَأْسَ أَنْ يُخَلَّى لِمَنْ أَرَادَ مِنْ أَهْلِهِ أَوْ غَيْرِهِمْ إنْزَالَهُ فَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ إذَا صُلِبَ وَقُتِلَ نَزَلَ تِلْكَ السَّاعَةَ يُدْفَعُ إلَى وَلِيِّهِ يَدْفِنُهُ وَيُصَلِّي عَلَيْهِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْهُ لَا يُمَكَّنُ مِنْهُ أَهْلُهُ وَلَا غَيْرُهُمْ حَتَّى تَفْنَى الْخَشَبَةُ وَتَأْكُلَهُ الْكِلَابُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مَيِّتٌ عَلَى الْإِسْلَامِ قُتِلَ فِي عُقُوبَةٍ فَثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَالدَّفْنِ كَسَائِرِ مَنْ قُتِلَ فِي حَدٍّ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ أَنَّهُ إنَّمَا صُلِبَ لِتَشْنِيعِ أَمْرِهِ وَيَبْقَى مَعْنَى الِازْدِجَارِ بِهِ، وَذَلِكَ يُنَافِي إنْزَالَهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا يُنْزَلُ فَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ يُنْزَلُ فَيُغَسِّلُهُ أَهْلُهُ، وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ إنْ رَأَى إعَادَتَهُ إلَى الْخَشَبَةِ فَعَلَ، وَرَوَى ابْنُ سَحْنُونٍ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِمَنْ سَأَلَهُ مِنْ الْأَنْدَلُسِ قَالَ: وَأَمَّا الَّذِي قَالَ لِي أَنَا فَلَا يُعَادُ إلَى الْخَشَبَةِ وَلَا يُتْرَكُ عَلَيْهَا بَعْدَ الْقَتْلِ، وَلَكِنْ يُنْزَلُ وَيُدْفَعُ إلَى أَهْلِهِ فَمَعْنَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَبْقَى

عَلَى الْخَشَبَةِ لِيَبْقَى وَجْهُ الِازْدِجَارِ بِهِ، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يُقْتَلُ بَعْدَ الصَّلْبِ لِتَشْنِيعِ صِفَةِ قَتْلِهِ خَاصَّةً وَلَيْسَ الصَّلْبُ لِبَقَاءِ حَالِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا رَأَى الْإِمَامُ قَطْعَهُ فَإِنَّهُ يَقْطَعُ يَدَهُ وَرِجْلَهُ مِنْ خِلَافٍ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ} [المائدة: 33]

(172/7)

. . . .

[المنتقى]

وَذَلِكَ أَنْ تُقْطَعَ يَدُهُ الْيُمْنَى وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَلَوْ كَانَ أَقْطَعَ الْيُمْنَى أَوْ كَانَتْ يَدُهُ الْيُمْنَى شَلَّاءَ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُسْرَى وَرِجْلُهُ الْيُمْنَى، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الْقَطْعَ أَوَّلَ مَرَّةٍ مُتَعَلِّقٌ بِيَدِهِ الْيُمْنَى وَالرِّجْلِ الْيُسْرَى فَإِذَا مَنَعَ مِنْ قَطْعِ الْيَدِ الْيُمْنَى مَانِعٌ انْتَقَلَ إلَى الْيَدِ الْيُسْرَى وَبَقِيَ الْقَطْعُ فِي الرِّجْلِ الْيُسْرَى عَلَى مَا كَانَ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَانِعٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْخِلَافَ مَشْرُوعٌ فِي قَطْعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ} [المائدة: 33] فَإِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ بِقَطْعِ الْيَدِ الْيُمْنَى وَالرِّجْلِ الْيُسْرَى وَانْتَقَلَ إلَى الْيُسْرَى وَجَبَ أَنْ يَنْتَقِلَ قَطْعُ الرِّجْلِ إلَى الْيُمْنَى، وَبِذَلِكَ يُوجَدُ الْخِلَافُ قَالَ مُحَمَّدٌ وَلَا يُجْلَدُ مَعَ الْقَطْعِ مِنْ خِلَافٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَالْقَطْعُ فِي الْيَدَيْنِ مِنْ الْكُوعِ رَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَلِذَلِكَ يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ {وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ} [المائدة: 33] .

وَقَالَ فِي السَّرِقَةِ {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] فَكَانَ الْقَطْعُ فِي الْحِرَابَةِ كَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ إلَّا أَنَّ الْمُحَارِبَ يُقْطَعُ فِي يَسِيرِ مَا يَأْخُذُهُ وَكَثِيرِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ نِصَابٌ وَالسَّرِقَةُ يُعْتَبَرُ فِيهَا النِّصَابُ؛ لِأَنَّ آيَاتِهَا مَخْصُوصَةٌ بِالسُّنَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَالَ أَشْهَبُ لَا يُقْطَعُ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ مَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْحِرْزُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ النِّصَابُ كَإِسْقَاطِ

الْعَدَالَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) وَأَمَّا النَّفْيُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ يُؤْخَذُ بِأَيْسَرِ ذَلِكَ، وَهُوَ الْجَلْدُ وَالنَّفْيُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ النَّفْيُ الْمُرَادُ بِهِ فِي آيَةِ الْمُحَارِبِينَ هُوَ إِخْرَاجُهُمْ مِنْ الْبَلَدِ الَّذِي كَانُوا فِيهِ إِلَى غَيْرِهِ وَحَبْسُهُمْ فِيهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: وَإِنَّ جَلْدَهُ مَعَ النَّفْيِ لَضَعِيفٌ، وَإِنَّمَا اسْتَحْسَنَهُ لِمَا خُفِّفَ عَنْهُ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَهُ قَائِلٌ لَمْ أَعِبْهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يُنْفَى وَيُحْبَسُ حَيْثُ يُنْفَى إلَيْهِ حَتَّى تَظْهَرَ تَوْبَتُهُ، قَالَ أَصْبَغُ يُكْتَبُ إلَى عَامِلِ الْبَلَدِ الَّذِي نُفِيَ إلَيْهِ بِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ وَلَيْسَ لِجِلْدِهِ حَدٌّ إلَّا اجْتِهَادُ الْإِمَامِ فِيهِ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ عَنْ مَالِكٍ إذَا اسْتَحَقَّ عِنْدَهُ النَّفْيَ فَلْيَضْرِبْهُ وَيَسْجُنْهُ بِبَلَدِهِ حَتَّى تَظْهَرَ تَوْبَتُهُ، فَذَلِكَ عِنْدَنَا نَفْيٌ وَتَغْرِيبٌ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَيْسَ عِنْدَنَا النَّفْيُ الَّذِي ذَكَرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُنْفَى مِنْ قَرْيَةٍ إلَى قَرْيَةٍ يُسْجَنُ بِهَا، وَإِنَّمَا يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ يُنْفَوْا مِنْ الْأَرْضِ مَعْنَاهُ أَنْ يُطْلَبُوا فَيَخْتَفُونَ، وَأَنْتُمْ تَطْلُبُونَهُمْ لِتُقَامَ عَلَيْهِمْ الْعُقُوبَةُ فَإِذَا ظَفَرَ بِهِمْ فَلَا بُدَّ مِنْ إحْدَى ثَلَاثِ عُقُوبَاتٍ الْقَتْلُ وَالصَّلْبُ أَوْ الْقَطْعُ هُوَ فِي ذَلِكَ مُخَيَّرٌ قَالَ وَهَكَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ دِينَارٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ.

وَقَالَهُ أَشْهَبُ وَبِهِ أَقُولُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ نَفْيٌ وَجَلْدٌ أُقِيمَ مَقَامَ الْقَتْلِ فَكَانَ نَفْيًا وَتَغْرِيبًا إلَى بَلَدٍ آخَرَ كَتَغْرِيبِ الزَّانِي.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ حُكْمُ النَّفْيِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ مِنْ الْعُلَمَاءِ فَإِنَّمَا ذَلِكَ يَخْتَصُّ بِالْأَحْرَارِ، وَأَمَّا الْعَبِيدُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ لَا نَفْيَ عَلَى الْعَبِيدِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ اعْتِبَارًا بِالزِّنَا.

وَقَالَ رَبِيعَةُ لَا يُنْفَى الْمُسْلِمُ الْمُحَارِبُ مِنْ بَلَدٍ إلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ وَلَكِنْ يُسْجَنُ فِي أَرْضِ الْقَرْيَةِ.

(فَصْلٌ) :

إذَا أُخِذَ الْمُحَارِبُ قَبْلَ أَنْ يَتُوبَ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أَنْ لَا عَفْوَ فِيهِ لِإِمَامٍ وَلَا وَلِيِّ قَتِيلٍ وَلَا لِرَبِّ مَتَاعٍ، وَهُوَ حَدٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لَا شَفَاعَةَ فِيهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا رَأَى الْقَاضِي فِي مُحَارِبٍ أَنْ يُسَلِّمَهُ إلَى أَوْلِيَاءِ مَنْ قَتَلَ فَعَفَوْا عَنْهُ فَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ فَقَالَ هُوَ حُكْمٌ قَدْ نَفَذَ لَا يُنْقَضُ لِلِاخْتِلَافِ فِيهِ، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ يُنْقَضُ وَيُقْتَلُ وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا عَفْوَ فِيهِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي

النَّوَادِرِ يُرِيدُ أَشْهَبُ أَنَّ الشَّاذَّ لَا يُعَدُّ خِلَافًا، وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ مِنْ اللُّصُوصِ قَتِيلًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَدْ اسْتَوْجَبَ جَمِيعُهُمْ الْقَتْلَ، وَلَوْ كَانُوا مِائَةَ أَلْفٍ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فَقَالَ إذَا قَتَلَ أَحَدُهُمْ وَكَانَ سَائِرُهُمْ رِدْءًا وَأَعْوَانًا لَمْ يُبَاشِرُوا الْقَتْلَ فَإِنَّ جَمِيعَهُمْ يُقْتَلُونَ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ لَا يُقْتَلُ إلَّا الْقَاتِلُ

(173/7)

. . . .

[المنتقى]

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُ أَنَّ مَنْ حَضَرَ الْوَقِيعَةَ يُشَارِكُ فِي الْغَنِيمَةِ وَإِنْ لَمْ يُبَاشِرْ الْقَتْلَ فَكَذَلِكَ هَذَا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

لَا يُرَاعَى فِي الْقَتْلِ بِالْحِرَابَةِ تَكَافُؤُ الدِّمَاءِ فَيُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ لَا يُقْتَلُ إلَّا مَنْ يُكَافِئُهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ} [المائدة: 45] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا قَتْلٌ لَا يَسْقُطُ بِالْعَفْوِ فَلَمْ يَسْقُطْ بِعَدَمِ التَّكَافُؤِ، أَصْلُ ذَلِكَ الْقَتْلُ بِالرِّدَّةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتْلِ قِصَاصٍ وَإِنَّمَا هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَهَذَا يَحْتَاجُ إلَى تَأَمُّلٍ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْحِرَابَةِ لِلْإِمَامِ تَرْكُهُ إذَا رَأَى غَيْرَهُ أَفْضَلَ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ تَرْكُ الْقَتْلِ إذَا كَانَ قَدْ قَتَلَ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ حَقٌّ لِلْآدَمِيِّينَ تَغَلَّظَ بِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ قَتْلٌ عَلَى وَجْهِ الْحِرَابَةِ فَلَمْ يَجُزْ لِأَحَدٍ الْعَفْوُ عَنْهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَإِذَا تَابَ الْمُحَارِبُ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ الَّذِي يَسْتَحِبُّهُ مَالِكٌ فِي تَوْبَةِ الْمُحَارِبِ مَا رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ أَنْ يَأْتِيَ لِلسُّلْطَانِ، وَإِنْ أَظْهَرَ تَوْبَتَهُ عِنْدَ جِيرَانِهِ وَأَخْلَدَ إلَى الْمَسَاجِدِ حَتَّى يُعْرَفَ ذَلِكَ مِنْهُ فَجَائِزٌ أَيْضًا، قَالَ أَصْبَغُ: وَكَذَلِكَ إنْ قَعَدَ فِي بَيْتِهِ وَعُرِفَ أَنَّ ذَلِكَ مِنْهُ تَرْكٌ مَعْرُوفٌ بَيِّنٌ يَبُوحُ بِهِ وَبِالتَّوْبَةِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ إنْ لَمْ تَكُنْ تَوْبَتُهُ إلَّا إتْيَانَهُ السُّلْطَانَ وَقَوْلَهُ جِئْتُك تَائِبًا لَمْ يَنْفَعْهُ ذَلِكَ

حَتَّى يُظْهِرَ تَوْبَتَهُ قَبْلَ مَجِيئِهِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} [المائدة: 34] ، يُرِيدُ أَنَّ هَذَا قَدْ قُدِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ تَظْهَرَ تَوْبَتُهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ إِتْيَانَهُ السُّلْطَانَ عَلَى وَجْهِ التَّوْبَةِ وَالِاسْتِسْلَامِ وَالِانْقِيَادِ لِلْحَقِّ هُوَ نَفْسُ التَّوْبَةِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْله تَعَالَى {إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ} [المائدة: 34] إظْهَارُ التَّوْبَةِ وَاعْتِقَادُهَا بِالْقَلْبِ فَلَا طَرِيقَ لَنَا إلَى مَعْرِفَتِهَا، وَإِذَا أَتَى الْمُحَارِبُ السُّلْطَانَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَقَدْ أَظْهَرَ التَّوْبَةَ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ تَوْبَةَ الْمُحَارِبِ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ تُسْقِطُ عَنْهُ مَا كَانَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ حَدِّ الْحِرَابَةِ وَيُتَّبَعُ بِحُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ بِحَسَبِ مَا لَوْ فَعَلَهَا بِغَيْرِ حِرَابَةٍ فَإِنْ قَتَلَ فِي حِرَابَتِهِ قُتِلَ بِهِ قَتْلَ قِصَاصٍ فَاعْتُبِرَتْ الْمُكَافَأَةُ فَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ بِعَبْدٍ وَلَا بِذِمِّيٍّ، وَعَلَيْهِ دِيَةُ النَّصْرَانِيِّ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ فِي مَالِهِ، وَيُقْتَلُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ إنْ شَاءَ ذَلِكَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ وَيَجُوزُ عَفْوُهُمْ، وَإِذَا سَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ لِعَدَمِ مُكَافَأَةٍ أَوْ لِعَفْوٍ ضُرِبَ مِائَةَ سَوْطٍ وَيُسْجَنُ سَنَةً، حَكَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ أَنَّ حُقُوقَ الْبَارِي قَدْ سَقَطَتْ عَنْهُ بِالتَّوْبَةِ وَبَقِيَتْ حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ فَاعْتُبِرَ فِيهَا مَا يُعْتَبَرُ فِي حُقُوقِهِمْ إذَا تَجَرَّدَتْ.

وَقَدْ رَوَى فِي الْعُتْبِيَّةِ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ أَشْهَبَ إذَا تَابَ الْمُحَارِبُ، وَقَدْ كَانَ زَنَى أَوْ سَرَقَ فِي حِرَابَتِهِ لَمْ يُوضَعْ ذَلِكَ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ إذْنٌ سَقَطَ عَنْهُ حَدُّ الْحِرَابَةِ خَاصَّةً دُونَ سَائِرِ الْحُدُودِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا قَتَلَ أَحَدُ الْمُتَحَارِبِينَ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ إذَا وَلِيَ أَحَدُ الْمُحَارِبِينَ قَتْلَ رَجُلٍ مِمَّنْ قَطَعُوا عَلَيْهِ، وَلَمْ يُعَاوِنْهُ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِهِ قُتِلُوا أَجْمَعِينَ وَلَا عَفْوَ فِيهِمْ لِإِمَامٍ وَلَا لِوَلِيٍّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ تَابُوا كُلُّهُمْ فَإِنَّ لِلْوَلِيِّ قَتْلَهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَهُمْ قَتْلُ مَنْ شَاءُوا وَالْعَفْوُ عَمَّنْ شَاءُوا عَلَى دِيَةٍ أَوْ دُونَ دِيَةٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ تَابُوا قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِمْ سَقَطَ عَنْهُمْ حَدُّ الْحِرَابَةِ، وَلَمْ يُقْتَلْ مِنْهُمْ إلَّا مَنْ وَلِيَ الْقَتْلَ أَوْ أَعَانَ عَلَيْهِ، أَوْ أَمْسَكَهُ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُ قَتْلَهُ وَلَا يُقْتَلُ الْآخَرُونَ وَيُضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِائَةً وَيُسْجَنُ عَامًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا أَخَذَ الْمُحَارِبُونَ مَالًا فَقُدِرَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ التَّوْبَةِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنْ

أَخَذَ الْمَالَ أَحَدُهُمْ فَقُدِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّوْبَةِ وَقَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَى غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ غُرْمُ جَمِيعِ ذَلِكَ الْمَالِ أَخَذَ مِنْ ذَلِكَ حِصَّةً أَوْ لَمْ يَأْخُذْ، وَلَوْ تَابَ أَحَدُهُمْ وَقَدْ اقْتَسَمُوا الْمَالَ فَإِنَّ هَذَا التَّائِبَ يَغْرَمُ جَمِيعَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ إنَّمَا قَوِيَ بِهِمْ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا نَرَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إلَّا مَا أَخَذَ فَعَلَى هَذَا سَلَّمَ أَشْهَبُ فِي الْمَالِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقَتْلِ وَسَوَّى بَيْنَهُمَا ابْنُ الْقَاسِمِ فِي

(174/7)

مَا جَاءَ فِي الَّذِي يَسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ (ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ الَّتِي تَكُونُ مَوْضُوعَةً بِالْأَسْوَاقِ وَمُحْرَزَةً قَدْ أَحْرَزَهَا أَهْلُهَا فِي أَوْعِيَتِهِمْ، وَضَمُّوا بَعْضَهَا إلَى بَعْضٍ أَنَّهُ مَنْ سَرَقَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا مِنْ حِرْزِهِ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَإِنَّ عَلَيْهِ الْقَطْعَ سَوَاءٌ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ عِنْدَ مَتَاعِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَيْلًا كَانَ ذَلِكَ أَوْ نَهَارًا)

[المنتقى]
أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُؤْخَذُ بِمَا جَنَى أَصْحَابُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَإِذَا أُقِيمَ عَلَى الْمُحَارِبِ حَدُّ الْحِرَابَةِ فَقُتِلَ أَوْ قُطِعَ أَوْ نُفِيَ لَمْ يُتَّبَعْ بِشَيْءٍ مِمَّا جَنَاهُ فِي عَدَمِهِ، وَإِنْ أَيْسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ وَإِذَا تَابَ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ أُتْبِعَ فِي عَدَمِهِ بِأَمْوَالِ النَّاسِ كَالسَّارِقِ، وَيُقْطَعُ فِي السَّرِقَةِ قَالَهُ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(فَصْلٌ) :
وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الَّذِينَ قُطِعَ عَلَيْهِمْ الطَّرِيقُ عَلَى اللُّصُوصِ أَنَّهُمْ قَطَعُوا عَلَيْهِمْ الطَّرِيقَ قَالَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ قَالُوا لِأَنَّهُ حَدٌّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ بِمَا أَخَذَ لَهُمْ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِنَفْسِهِ وَلَا لِابْنِهِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَنَّ هَذَا قَتَلَ ابْنَهُ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ بِالْحِرَابَةِ لَا بِالْقِصَاصِ إذْ لَا عَفْوَ فِيهِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ بَعْدَ أَنْ تَابَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فِي الْعَفْوِ وَالْقِصَاصِ قَالَ سَحْنُونٌ: لِأَنَّ الْمُحَارِبِينَ إنَّمَا يَقْطَعُونَ بِالْمَفَاوِزِ حَيْثُ لَا بَيِّنَةَ إلَّا مَنْ قَطَعُوا عَلَيْهِ وَيُقْضَى عَلَى الْمُحَارِبِينَ

بِرَدِّ مَا أَخَذُوا، وَإِنْ كَانُوا أَمْلِيَاءَ، قَالَ وَذَلِكَ إِذَا كَانُوا عُدُولًا فَإِنْ كَانُوا عَبِيدًا أَوْ نَصَارَى أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ لَمْ يُقْبَلُوا، وَلَكِنْ إِذَا اسْتَفَاضَ ذَلِكَ مِنْ الذِّكْرِ وَكَثْرَةِ الْقَوْلِ أَدَّبَهُمْ الْإِمَامُ وَيَنْفِيهِمْ.

– 1

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ إِذَا بَلَغَ مِنْ شُهْرَةِ الْمُحَارِبِ بِاسْمِهِ مَا تَأَكَّدَ تَوَاتُرُهُ فَأَتَى مَنْ يَشْهَدُ أَنَّ هَذَا فُلَانٌ، وَقَالُوا لَمْ نَشْهَدْ قَطْعَهُ لِلطَّرِيقِ أَوْ قَطْعَهُ عَلَى النَّاسِ وَأَخْذَ أَمْوَالِهِمْ إِلَّا أَنَّا نَعْرِفُهُ بِعَيْنِهِ، وَقَدْ اسْتَفَاضَ عِنْدَنَا وَاشْتَهَرَ قَطْعُهُ لِلطَّرِيقِ أَوْ قَطْعُهُ لِلنَّاسِ أَوْ أَخْذُ أَمْوَالِهِمْ وَمَا شُهِرَ بِهِ مِنْ الْقَتْلِ وَأَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ وَالْفَسَادِ قَالَ فَإِنَّ الْإِمَامَ يَقْتُلُهُ بِهَذِهِ الشُّهْرَةِ، وَهَذَا أَكْثَرُ مِنْ شَاهِدَيْنِ عَلَى الْعِيَانِ أَرَأَيْت دبوطا أَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ أَنَّهُ عَايَنَهُ يَقْطَعُ وَيَقْتُلُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَا وُجِدَ بِأَيْدِي اللُّصُوصِ فَادَّعَوْا أَنَّهُ مَالٌ لَهُمْ فَقَدْ قَالَ أَشْهَبُ هُوَ لَهُمْ، وَإِنْ كَثُرَ حَتَّى يُقِيمَ مُدَّعُوهُ الْبَيِّنَةَ، وَأَمَّا إِذَا أَقَرُّوا أَنَّهُ مِمَّا أَخَذُوهُ بِالْحِرَابَةِ فَيُقْبَلُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ الرُّفْقَةِ أَهْلُ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ وَلَا يَجُوزُ لِنَفْسِهِ، وَمَنْ ادَّعَى شَيْئًا وَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَكِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ يُدْفَعُ إِلَيْهِ بَعْدَ الِاسْتِينَاءِ وَبَعْدَ أَنْ يَفْشُوَ ذَلِكَ وَلَا يَطُولَ جِدًّا بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مُدَّعُوهُ وَيَضْمَنُوا ذَلِكَ، وَلَا يُطْلَبُ مِنْهُمْ حُمَلَاءُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا حَلَفَا، وَكَانَ بَيْنَهُمَا وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمَا فَهُوَ لِصَاحِبِهِ إِنْ حَلَفَ فَإِنْ نَكَلَا لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، قَالَهُ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَذَلِكَ أَنَّ الْيَمِينَ هَاهُنَا لَا بُدَّ لِلسُّلْطَانِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الَّذِي يَسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ]

(ش) : قَوْلُهُ الَّذِي يَسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ الْمَوْضُوعَةَ بِالْأَسْوَاقِ مُحْرَزَةً أَنَّهَا وُضِعَتْ فِي السُّوقِ عَلَى وَجْهِ الْإِحْرَازِ لَهَا عَلَى مَا يَفْعَلُهُ مَنْ يَقْصِدُ السُّوقَ، فَيَنْزِلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ حَانُوتٍ فَيَضَعُ مَتَاعَهُ فِي مَوْضِعٍ يَتَّخِذُهُ لِنَفْسِهِ مَوْضِعًا وَحِرْزًا لِمَتَاعِهِ يَضَعُهُ فِيهِ لِلْبَيْعِ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ مَا وُضِعَ فِي السُّوقِ لِلْبَيْعِ مِنْ مَتَاعٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ مِنْ غَيْرِ حَانُوتٍ وَلَا تَحْصِينٍ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مَوْضِعٌ أَحْرَزَ فِيهِ مَتَاعَهُ كَالْحَانُوتِ.

(مَسْأَلَةٌ) :
وَكَذَلِكَ الشَّاةُ تُوقفُ بِالسُّوقِ لِلْبَيْعِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهَا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَرْبُوطَةً قَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَكَذَلِكَ الْبَعِيرُ يَعْقِلُهُ صَاحِبُهُ فِي السُّوقِ لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ الْمُنَاخَةُ بِمَوْضِعٍ يُرْتَادُ فِيهِ الْكِرَاءُ قَدْ عُرِفَ لِذَلِكَ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ مَوْقِفَ الشَّاةِ لِلتَّسْوِيقِ حِرْزٌ لَهَا، وَلِذَلِكَ وَقَفَتْ بِهِ

(175/7)

. . . .

[المنتقى]
وَكَذَلِكَ مُنَاخُ الْبَعِيرِ حِرْزٌ لَهُ فَمَنْ أَخْرَجَهُ عَنْهُ عَلَى وَجْهِ السَّرِقَةِ لَهُ حُكْمُ السَّارِقِ.
– 1
(مَسْأَلَةٌ) :
وَالْغَسَّالُ يَغْسِلُ الثِّيَابَ فَيَنْشُرُهَا عَلَى الشَّجَرِ فَيَسْرِقُ مِنْهَا أَوْ يَسْرِقُ مَا عَلَى حِبَالِ الصَّبَّاغِينَ مِنْ الثِّيَابِ الْمَنْشُورَةِ فِي الطَّرِيقِ رَوَى فِي الْمَوَّازِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ لَا قَطْعَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ الْقَطْعُ فِيهَا وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونَ وَأَصْبَغَ فِيمَنْ سَرَقَ حِبَالَ الْغَسَّالِ أَوْ سَرَقَ لِلْغَسَّالِ ثِيَابًا يُقْطَعُ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا اُحْتُجَّ بِهِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ مَوْضِعٌ لَا تُوضَعُ فِيهِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لَهَا، وَإِنَّمَا تُوضَعُ فِيهِ عَلَى وَجْهِ الْإِصْلَاحِ مَعَ كَوْنِهِ مُبَاحًا فِي الْأَصْلِ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمَاشِيَةِ فِي الْمَرْعَى لَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهَا، وَيُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهَا مِنْ حِرْزِهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهَا مَوْضُوعَةٌ فِيهِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ، وَلَيْسَ مَا قُصِدَ مِنْ تَجْفِيفِهَا بِمَانِعٍ مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ حِرْزًا لَهَا كَالثِّيَابِ الَّتِي تُوضَعُ فِي السُّوقِ لِلْبَيْعِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَانِعٍ مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْمَوْضِعُ حِرْزًا لَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ عِنْدَهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ حِرْزٌ لَهُ بِانْفِرَادِهِ وَمِنْ الْمَوْضِعِ مَا لَا يَكُونُ حِرْزًا إلَّا بِشَهَادَةِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ أَوْ قُرْبِهِ مِنْهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ بَعْضُ ذِكْرِ ذَلِكَ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا اتَّخَذَهُ صَاحِبُهُ مُسْتَقَرًّا فَإِنَّهُ يَكُونُ حِرْزًا، وَإِنْ غَابَ صَاحِبُهُ عَنْهُ وَمَا لَمْ يَتَّخِذْهُ مَنْزِلًا وَلَا قَرَارًا وَإِنَّمَا وَضَعَ فِيهِ مَا ثَقُلَ عَلَيْهِ مِنْ أَسْبَابِهِ لِذَهَابِهِ إلَى مَوْضِعٍ أَوْ مُحَاوَلَةَ أَمْرٍ حَتَّى تَفْرُغَ فَيَأْخُذَهُ، أَوْ وَضَعَهُ مِنْ يَدِهِ إلَى أَنْ يَقُومَ

فَيَحْمِلَهُ فَإِنَّ هَذَا لَا يَكُونُ حِرْزًا إلَّا مَعَ كَوْنِهِ مَعَهُ وَحِفْظِهِ لَهُ هُوَ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنْ عُدِمَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ حِرْزًا.
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ فِي مَطَامِيرَ بِالْفَلَاةِ يُحْرَزُ فِيهَا الطَّعَامُ، وَتُعَمَّى حَتَّى لَا تُعْرَفَ فَهَذَا لَا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهُ، وَلَوْ كَانَ الْمطْمَرُ بَيْتًا مَعْرُوفًا بِحَضْرَةِ أَهْلِهِ، قُطِعَ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي أَخْفَى مَكَانَهُ لَمْ يَجْعَلْهُ حِرْزًا وَلَا اعْتَمَدَ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنَّمَا اعْتَمَدَ عَلَى إخْفَائِهِ وَسَتْرِهِ، وَالَّذِي تُرِكَ ظَاهِرًا أَوْ كَانَ بِقُرْبِ مَنْزِلِهِ إنَّمَا اعْتَمَدَ فِي حِفْظِهِ طَعَامَهُ عَلَى مَوْضِعِهِ مَعَ قُرْبِهِ مِنْ مُرَاعَاتِهِ فَثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْحِرْزِ.
1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ طَرَحَ ثَوْبًا بِالصَّحْرَاءِ، وَذَهَبَ لِحَاجَتِهِ فَسَرَقَ فَإِنْ كَانَ مَنْزِلًا يَنْزِلُهُ قُطِعَ سَارِقُهُ وَإِلَّا لَمْ يُقْطَعْ رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ إنْ طَرَحَهُ بِمَوْضِعٍ ضَيْعَةٍ فَلَا قَطْعَ فِيهِ، وَإِنْ طَرَحَهُ بِقُرْبٍ مِنْهُ أَوْ مِنْ خِبَائِهِ أَوْ مِنْ خِبَاءِ أَصْحَابِهِ لَقُطِعَ مَنْ سَرَقَهُ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْخِبَاءِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا طَرَحَهُ بِالْفَلَاةِ، وَلَمْ يَجْعَلْ ذَلِكَ مَنْزِلًا لَهُ لَمْ يَعْتَمِدْ عَلَى الْمَوْضِعِ فِي حِفْظِهِ، وَلَا ثَبَتَ لِلْمَوْضِعِ حُكْمُ الْحِرْزِ وَإِنْ نَزَلَ بِمَوْضِعٍ اتَّخَذَهُ مَحَلًّا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْحِرْزِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اعْتَمَدَ فِيهِ عَلَى حِفْظِ أَسْبَابِهِ، وَكَذَلِكَ إنْ وَضَعَهُ بِقُرْبِهِ أَوْ بِقُرْبِ خِبَائِهِ أَوْ بِقُرْبِ خِبَاءٍ لِغَيْرِهِ، وَقَدْ اعْتَمَدَ فِي حِفْظِهِ عَلَى مَوْضِعِهِ، وَجَعَلَهُ حِرْزًا لَهُ لِيُمْكِنَهُ مِنْ مُرَاعَاتِهِ أَوْ لِمُرَاعَاةِ أَهْلِ الْخِبَاءِ بِهِ فَمَنْ سَرَقَهُ مِمَّنْ لَا يُشَارِكُهُ فِي مَوْضِعِهِ ثَبَتَ فِي حَقِّهِ الْقَطْعُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ صَبِيٌّ عَلَى دَابَّةٍ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ فَسَرَقَ رَجُلٌ رِكَابَيْ سَرْجِهَا فَقَدْ رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ إنْ لَمْ يَكُنْ الصَّبِيُّ نَائِمًا وَكَانَ مُسْتَيْقِظًا فَعَلَى سَارِقِهَا الْقَطْعُ، وَإِنْ كَانَ نَائِمًا فَيُشْبِهُ أَنْ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ.
وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ كَانَ نَائِمًا فَلَا قَطْعَ عَلَى السَّارِقِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَوْضِعَ لَمْ يَنْزِلْهُ صَاحِبُ الدَّابَّةِ فَلَيْسَ بِحِرْزٍ بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ حِرْزًا يَحْفَظُ الصَّبِيَّ مَا دَامَ يَقْظَانَ فَإِذَا نَامَ مَعَ كَوْنِهِ صَبِيًّا زَالَ عَنْ الْمَوْضِعِ حُكْمُ الْحِرْزِ.
وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ فِيمَنْ نَزَلَ عَنْ دَابَّتِهِ وَتَرَكَهَا تَرْعَى، فَسَرَقَ رَجُلٌ سَرْجَهَا مِنْ عَلَيْهَا فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ كَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا كَانَ مَعَ صَبِيٍّ لَا يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ.
وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ أَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ سَرَقَ قُرْطًا مِنْ أُذُنِ صَبِيٍّ أَوْ سِوَارًا عَلَيْهِ وَمَعَهُ، فَأَمَّا الصَّغِيرُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ وَلَا يُحْرِزُ مَا عَلَيْهِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَحَدٌ يَحْفَظُهُ قُطِعَ السَّارِقُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدٌ

يَخْدُمُهُ أَوْ يَصْحَبُهُ فَلَا قَطْعَ عَلَى السَّارِقِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِرْزٍ فَيُقْطَعُ سَارِقُ مَا عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ يَعْقِلُ وَيُحْرِزُ

(176/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَسْرِقُ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ، ثُمَّ يُوجَدُ مَعَهُ مَا سَرَقَ فَيَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ تُقْطَعُ يَدُهُ قَالَ مَالِكٌ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ كَيْفَ تُقْطَعُ يَدُهُ، وَقَدْ أُخِذَ الْمَتَاعُ مِنْهُ وَدُفِعَ إلَى صَاحِبِهِ، فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الشَّارِبِ يُوجَدُ مِنْهُ رِيحُ الشَّرَابِ الْمُسْكِرِ وَلَيْسَ بِهِ سُكْرٌ فَيُجْلَدُ الْحَدُّ، قَالَ: وَإِنَّمَا يُجْلَدُ الْحَدُّ فِي الْمُسْكِرِ إذَا شَرِبَهُ وَإِنْ لَمْ يُسْكِرْهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إنَّمَا شَرِبَهُ لِيُسْكِرَهُ، فَكَذَلِكَ تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ فِي السَّرِقَةِ الَّتِي أُخِذَتْ مِنْهُ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا وَرَجَعَتْ إلَى صَاحِبِهَا، وَإِنَّمَا سَرَقَهَا حِينَ سَرَقَهَا لِيَذْهَبَ بِهَا) .

[المنتقى]
مَا عَلَيْهِ قُطِعَ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ شَيْئًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي حِرْزٍ وَلَا مَعَهُ حَافِظٌ، وَإِنْ أَخَذَهُ مِنْهُ عَلَى خَدِيعَةٍ بِمَعْرِفَةٍ مِنْ الصَّبِيِّ لَمْ يُقْطَعْ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصَّبِيَّ إذَا لَمْ يَكُنْ يَعْقِلُ فَلَا يَثْبُتُ بِمَوْضِعِهِ وَلَا لَهُ حُكْمُ الْحِرْزِ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَنْ يَحْفَظُهُ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْحِرْزِ، وَكَذَلِكَ إذَا كَانَ هُوَ يَعْقِلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّخِذْ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ الَّذِي حَلَّ فِيهِ مَنْزِلًا، وَلَوْ اتَّخَذَهُ مَنْ كَانَ مَعَهُ مَنْزِلًا لَثَبَتَ لِلْمَوْضِعِ حُكْمُ الْحِرْزِ، وَقُطِعَ سَارِقُ مَا عَلَى الصَّبِيِّ وَإِنْ لَمْ يَعْقِلْ، وَلَمْ يَكُنْ مَعَهُ حَافِظٌ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا يُرَاعَى فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ مِمَّنْ يُحْرِزُ مَا عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مَا عَلَيْهِ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ فِيمَنْ سَرَقَ خَلْخَالَ صَبِيٍّ أَوْ قُرْطَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْ حُلِيِّهِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ إحْدَاهُمَا عَلَيْهِ الْقَطْعُ إذَا كَانَ فِي دَارِ أَهْلِهِ أَوْ فِنَائِهِمْ وَالْأُخْرَى لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فَأَوْرَدَ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ تَفْصِيلًا غَيْرَ أَنَّهُ يَقْتَضِي قَوْلُهُ إذَا كَانَ فِي دَارِ أَهْلِهِ أَوْ فِي فِنَائِهِمْ أَنَّهُ صَغِيرٌ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَنَّ مُسَافِرِينَ ضَرَبُوا أَقْبِيَتَهُمْ أَوْ أَنَاخُوا إبِلَهُمْ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ الْقَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ بَعْضَ مَتَاعِهِمْ مِنْ الْخِبَاءِ أَوْ خَارِجِهِ، أَوْ سَرَقَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ مُعَقَّلَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مُعَقَّلَةٍ إنْ كَانَتْ قُرْبَ صَاحِبِهَا مَعْنَاهُ أَنْ تُنَاخَ فِي مَنْزِلِهَا الَّذِي تَأْوِي إلَيْهِ بِقُرْبِ خِبَائِهِ، وَأَمَّا إنْ أَنَاخَهَا عَلَى أَنْ يَنْقُلَهَا إلَى مَوْضِعِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِحِرْزٍ لَهَا بِانْفِرَادِهِ قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ مَا كَانَ مِنْ إبِلِهِمْ فِي الْمَرْعَى.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ مَرْكَبًا فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ الْقَطْعُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ إنْ كَانَتْ فِي الْمَرْسَى عَلَى وَتَدِهَا أَوْ بَيْنَ السُّفُنِ أَوْ مَوْضِعٍ هُوَ لَهَا حِرْزٌ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ مَعَهَا أَحَدٌ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا أَحَدٌ أَوْ كَانَتْ مُخْلَاةً أَوْ افْتَلَتَتْ وَلَا أَحَدَ مَعَهَا فَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَهَا، وَإِنْ كَانَ بِهَا مُسَافِرُونَ فَأَرْسَوْا بِهَا فِي مَرْسًى وَرَبَطُوهَا وَنَزَلُوا كُلُّهُمْ وَتَرَكُوهَا فِيهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ رَبَطُوهَا فِي غَيْرِ مَرْبِطٍ لَمْ يُقْطَعْ كَالدَّابَّةِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ إنْ كَانَ بِمَوْضِعٍ يَصْلُحُ أَنْ يُرْسَى بِهَا فِيهِ قُطِعَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ ذَلِكَ لَمْ يُقْطَعْ فَالْأَقْوَالُ كُلُّهَا مُتَّفِقَةٌ أَنَّهَا إنْ كَانَتْ بِمَوْضِعٍ يَنْزِلُ لَهَا فَهِيَ حِرْزُهَا، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَنْزِلٍ لَهَا فَلَيْسَ بِحِرْزٍ بِانْفِرَادِهِ حَتَّى يَنْضَافَ إلَى ذَلِكَ مَنْ يُحْرِزُهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الَّذِي يَسْرِقُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ، وَيُرَدُّ إلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ يَقْطَعُ يُرِيدُ أَنَّهُ وُجِدَ مَعَهُ الْمَتَاعُ خَارِجَ الْحِرْزِ، قَالَ أَشْهَبُ فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ بِإِخْرَاجِهِ مِنْ الْحِرْزِ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِرَدِّهِ إلَى صَاحِبِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ رَدَّهُ إلَى الْحِرْزِ بَعْدَ إخْرَاجِهِ مِنْهُ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ مَا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ الْقَطْعِ بِرَدِّ الْمَتَاعِ إلَى الْحِرْزِ.

(فَرْعٌ) وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِإِخْرَاجِ السَّرِقَةِ مِنْ الْحِرْزِ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِسْرَارِ وَالسَّرِقَةِ، فَأَمَّا مَنْ دَخَلَ لِيَسْرِقَ فَاتَّزَرَ بِإِزَارٍ ثُمَّ شُعِرَ بِهِ فَخُدَّ فَانْفَلَتَ، وَالْإِزَارُ عَلَيْهِ فَقَدْ رَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ عَلِمَ أَهْلُ الْبَيْتِ أَنَّ الْإِزَارَ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمُوا، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ الْحِرْزِ عَلَى وَجْهِ السَّرِقَةِ، وَإِنَّمَا أَخْرَجَهُ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ الِاخْتِلَاسِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ رَأَى صَاحِبُ الْمَتَاعِ السَّارِقَ يَسْرِقُ مَتَاعَهُ فَتَرَكَهُ، وَأَتَى بِشَاهِدَيْنِ فَرَأَيَاهُ وَرَبَّ الْمَتَاعِ يَخْرُجُ بِالسَّرِقَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ لِأَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ زَادَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَمْنَعَهُ مَنَعَهُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ إنَّهُ قَوْلُ مَالِكٍ قَالَ أَصْبَغُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ خَرَجَ بِالْمَتَاعِ بِعِلْمِ صَاحِبِهِ فَلَمْ يَكُنْ سَارِقًا؛ لِأَنَّ تَسْوِيغَهُ ذَلِكَ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يَأْتُونَ إلَى الْبَيْتِ فَيَسْرِقُونَ مِنْهُ جَمِيعًا، فَيَخْرُجُونَ بِالْعِدْلِ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعًا أَوْ الصُّنْدُوقِ أَوْ الْخَشَبَةِ أَوْ بِالْمِكْتَلِ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَحْمِلُهُ الْقَوْمُ جَمِيعًا أَنَّهُمْ إذَا أَخْرَجُوا ذَلِكَ مِنْ حِرْزِهِ وَهُمْ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعًا فَبَلَغَ ثَمَنَ مَا خَرَجُوا بِهِ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا فَعَلَيْهِمْ الْقَطْعُ جَمِيعًا قَالَ: وَإِنْ خَرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَتَاعٍ عَلَى حِدَتِهِ فَمَنْ خَرَجَ بِمَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَمَنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهُمْ بِمَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إذَا كَانَتْ دَارُ رَجُلٍ مُغْلَقَةً عَلَيْهِ لَيْسَ مَعَهُ فِيهَا غَيْرُهُ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْهَا شَيْئًا الْقَطْعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنْ الدَّارِ كُلِّهَا، وَذَلِكَ أَنَّ الدَّارَ هِيَ حِرْزُهُ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ فِي الدَّارِ سَاكِنٌ غَيْرُهُ، وَكَانَ كُلُّ إنْسَانٍ مِنْهُمْ يُغْلِقُ عَلَيْهِ بَابَهُ وَكَانَتْ حِرْزًا لَهُمْ جَمِيعًا فَمَنْ سَرَقَ مِنْ بُيُوتِ تِلْكَ الدَّارِ شَيْئًا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَخَرَجَ بِهِ إلَى الدَّارِ فَقَدْ أَخْرَجَهُ مِنْ حِرْزِهِ إلَى غَيْرِ حِرْزِهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ)

[المنتقى]

كَالْإِذْنِ لَهُ وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْبَغَ أَنَّهُ خَرَجَ بِهِ مُسْتَسِرًّا فَكَانَ سَارِقًا؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ كَوْنِهِ سَارِقًا إنَّمَا هُوَ رَاجِعٌ إلَى صِفَةِ فِعْلِهِ دُونَ صِفَةِ فِعْلِ غَيْرِهِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ الْجَمَاعَةَ إذَا اشْتَرَكُوا فِي إخْرَاجِ السَّرِقَةِ مِنْ الْحِرْزِ وَمَبْلَغُهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَعَلَيْهِمْ الْقَطْعُ، وَذَلِكَ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنْ لَا يَسْتَطِيعُوا إخْرَاجَهُ إلَّا بِالتَّعَاوُنِ عَلَيْهِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: إنَّمَا مَثَلُ الْجَمَاعَةِ تَسْرِقُ مَا قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَيُقْطَعُونَ كَالْجَمَاعَةِ يَقْطَعُونَ يَدَ الرَّجُلِ خَطَأً فَإِنَّهُ يَلْزَمُ ذَلِكَ عَوَاقِلُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يُصِبْ كُلَّ عَاقِلَةٍ إلَّا عُشْرُ الدِّيَةِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ اشْتِرَاكُهُمْ فِي إخْرَاجِهِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ التَّعَاوُنِ، وَهُمْ مِمَّا يُمْكِنُ أَحَدُهُمْ الِانْفِرَادَ بِإِخْرَاجِهِ مِنْ غَيْرِ تَكَلُّفِ مَشَقَّةٍ كَالثَّوْبِ أَوْ الصُّرَّةِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إنَّمَا يُقْطَعُ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهُمْ نِصَابًا.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ كَانَتْ السَّرِقَةُ إذَا قُسِّطَتْ عَلَيْهِمْ أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نِصَابٌ فَعَلَيْهِمْ الْقَطْعُ كَانَتْ خَفِيفَةً أَوْ ثَقِيلَةً، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إذَا كَانَ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَى تَعَاوُنٍ قَطَعُوا إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهُ رُبُعَ دِينَارٍ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إلَى التَّعَاوُنِ فَفِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ

أَصْحَابِنَا.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فِي تَفْرِيعِهِ لَا قَطْعَ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ إلَّا إنْ كَانَ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رُبُعُ دِينَارٍ، قَالَ وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَلَيْهِمْ الْقَطْعُ سَوَاءً كَانَتْ سَرِقَتُهُمْ يُمْكِنُ الِانْفِرَادُ بِهَا أَوْ لَا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِيهَا، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ لَا قَطْعَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَالَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] وَهَذَا عَامٌّ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِيمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ أَحَدُهُمْ لَوَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَإِذَا اشْتَرَكُوا فِيهِ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِهِمْ الْحَدُّ كَالْقَتْلِ وَالزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ؛ وَلِأَنَّهُمْ سَرَقُوا مَتَاعًا فَحَمَلُوهُ عَلَى دَابَّةٍ إلَى خَارِجِ الْحِرْزِ فَإِنَّ الْقَطْعَ عَلَى جَمِيعِهِمْ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ عَلَى رَأْيِ مَنْ رَأَى الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا مِنْ أَصْحَابِنَا أَنْ مَا نُقِلَ مِنْ الْمَتَاعِ لَا يَسْتَطِيعُ أَحَدُهُمْ أَنْ يُخْرِجَهُ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يُخْرِجُونَهُ بِاجْتِمَاعِهِمْ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُخْرِجًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَاهُ لَمْ يَخْرُجْ بِهِ الْآخَرُ فَلَمْ يَنْفَرِدْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ يَقْدِرُ عَلَى إخْرَاجِ جُمْلَتِهِ وَلَا جُزْءٍ مِنْهُ مَعَ كَوْنِهِ عَلَى تِلْكَ الْحَالِ فَكَانَ إخْرَاجُهُ مُتَعَلِّقًا بِجَمِيعِهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخْرِجُهُ إلَّا جَمِيعُهُمْ، وَإِذَا كَانَ الثَّوْبُ الْخَفِيفُ الَّذِي يُخْرِجُهُ أَحَدُهُمْ دُونَ تَكَلُّفٍ فَإِخْرَاجُ جَمَاعَتِهِمْ لَهُ إنَّمَا هُوَ مَنْزِلَةُ الْقَبْضِ لَهُ، وَالِانْفِرَادُ بِهِ فَقَدْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِإِخْرَاجِ أَقَلَّ مِنْ النِّصَابِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إنْ خَرَجَ أَحَدُهُمْ بِالسَّرِقَةِ وَلَمْ يُخْرِجْ غَيْرُهُمْ شَيْئًا فَالْقَطْعُ عَلَى مَنْ أَخْرَجَ النِّصَابَ دُونَ غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ إنْ أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَيْئًا اُعْتُبِرَ بِمَا أَخْرَجَ دُونَ مَا أَخْرَجَ غَيْرُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : مَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تَحْقِيقُ مَعْنَى الْحِرْزِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحِرْزَ إذَا كَانَ

(178/7)

. . . .

[المنتقى]

دَارًا فَإِنَّهُ حِرْزٌ لِسَاكِنِهِ دُونَ مَالِكِهِ فَمَنْ اسْتَعَارَ بَيْتًا فَأَحْرَزَ فِيهِ مَتَاعَهُ، وَأَغْلَقَ عَلَيْهِ بَابَهُ فَنَقَبَ عَلَيْهِ

مَالِكُ الْبَيْتِ الْبَيْتَ وَسَرَقَ الْمَتَاعَ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا} [المائدة: 38] وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مُكَلَّفٌ سَرَقَ نِصَابًا لَا شُبْهَةَ فِيهِ مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ، فَلَزِمَهُ الْقَطْعُ كَالْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْحِرْزِ مِلْكًا لَهُ لَا يَنْفِي عَنْهُ الْقَطْعَ كَمَا لَوْ كَانَتْ دَارُهُ فَأَكْرَاهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَمَنْ أَحْرَزَ مَتَاعَهُ فِي بَيْتٍ مِنْ دَارِهِ فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ الدَّارُ غَيْرَ مُبَاحَةٍ أَوْ مُبَاحَةً فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ غَيْرَ مُبَاحَةٍ فَسَاكِنُ الدَّارِ وَاحِدٌ أَوْ سَكَنَهَا جَمَاعَةٌ سُكْنَى مَشَاعًا، فَإِنَّ جَمِيعَ الدَّارِ حِرْزٌ وَاحِدٌ لَا يُقْطَعُ إلَّا مَنْ أَخْرَجَ السَّرِقَةَ عَنْ جَمِيعِهَا، وَإِنْ كَانَ سَكَنَ الدَّارَ جَمَاعَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَنْفَرِدُ بِسُكْنَاهُ وَيُغْلِقُهُ عَنْ الْآخَرِ فَإِنَّ كُلَّ مَسْكَنٍ مِنْهَا حِرْزٌ قَائِمٌ بِنَفْسِهِ، فَمَنْ سَرَقَ مِنْ مَسْكَنٍ مِنْهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ إذَا أَخْرَجَ السَّرِقَةَ مِنْهُ، وَإِنْ وُجِدَ فِي الدَّارِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا، وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ تُدْخَلُ بِغَيْرِ إذْنٍ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَنْفَرِدَ سَاكِنُهَا أَوْ يَسْكُنُهَا جَمَاعَةٌ فَإِنْ سَكَنَهَا وَاحِدٌ مُنْفَرِدٌ قَدْ حَجَرَ عَلَى نَفْسِهِ فِي بَعْضِهَا.

فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الدَّارِ الَّتِي هَذِهِ صِفَتُهَا وَلَا بَابَ لَهَا أَنَّهُ مَنْ سَرَقَ مِنْ بَعْضِ بُيُوتِهَا فَيُوجَدُ قَدْ خَرَجَ بِهِ إلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي يَدْخُلُ مِنْهُ بِغَيْرِ إذْنٍ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ الدَّارِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَاكِنٌ آخَرُ فَلْيُقْطَعْ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ الدَّارِ.

وَقَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ وَأَمَّا الدَّارُ الْمُبَاحَةُ الَّتِي هِيَ طُرُقٌ لِلْمَارَّةِ الْمُشْتَرَكَةُ النَّافِذَةُ فَهِيَ عِنْدِي كَالْمِقْيَاسِ بِالْفُسْطَاطِ لَيْسَ الْحِرْزُ فِيهَا إلَّا مَنْ أَحْرَزَ مَتَاعَهُ عَلَى حِدَةٍ، فَمَنْ نَزَلَ مِنْهَا مَوْضِعًا وَوَضَعَ مَتَاعَهُ وَتَابُوتَهُ فَلَا يَنْقَلِبُ بِهِ لَيْلًا وَنَهَارًا، وَلَيْسَتْ أَبْوَابُهَا حِرْزًا لِمَا فِيهَا، وَهِيَ كَالدُّورِ تُغْلَقُ بِاللَّيْلِ وَتُبَاحُ بِالنَّهَارِ فَعَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ ذَلِكَ الْحِرْزِ فِيهَا الْقَطْعُ، وَإِنْ أَخَذَ فِي الدَّارِ فَإِذَا جَمَعْنَا بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ فَإِنَّ الْإِذْنَ الْعَامَّ فِي الدَّارِ لَا يُخْرِجُهَا عَنْ أَنْ تَكُونَ دَارًا حَتَّى تَكُونَ طَرِيقًا لِلْمَارَّةِ نَافِذًا فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِينَئِذٍ حُكْمُ الْحِرْزِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ كَالرَّبَضِ لَا يَكُونُ الْحِرْزُ فِيهِ إلَّا بِاتِّخَاذِهِ مُسْتَقَرًّا فَهَذَا حُكْمُ الدَّارِ الَّتِي يَنْفَرِدُ بِسُكْنَاهَا السَّاكِنُ أَوْ حُكْمُ مَسَاكِنِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَأَمَّا سَاحَتُهَا فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلَوْ نَشَرَ فِي الدَّارِ بَعْضُ السَّاكِنِينَ ثَوْبًا فَسَرَقَهُ أَجْنَبِيٌّ قُطِعَ وَلَا يُقْطَعُ إنْ سَرَقَهُ بَعْضُ أَهْلِ الدَّارِ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا حُكْمُ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَوْضِعِ، وَقَدْ يَخْتَلِفُ حُكْمُ الْحِرْزِ بِاخْتِلَافِ مَا يَكُونُ فِيهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا ذُكِرَ لِأَصْحَابِنَا فِي أَمْتِعَةِ الْبُيُوتِ فَأَمَّا الدَّابَّةُ تَكُونُ الدَّارُ الْمُشْتَرَكَةُ فِيهَا الْبُيُوتُ يَسْكُنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَيْتَهُ، وَيُغْلِقُ عَلَيْهِمْ وَيَرْبِطُ بَعْضُهُمْ فِي الدَّارِ دَابَّتَهُ فَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ مَنْ خَلَعَ بَابَهَا أَوْ نَقَبَهَا فَأَخَذَ مِنْ قَاعَتِهَا دَابَّةً فَيُؤْخَذُ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا مِنْ الدَّارِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ إذَا حَلَّهَا وَبَانَ بِهَا عَنْ مِذْوَدِهَا بِالْأَمْرِ

الْبَيِّنِ، وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْهَا مِنْ الْبَابِ، وَكَذَلِكَ رِزْمَةُ الثِّيَابِ يَكُونُ ذَلِكَ مَوْضِعَهَا مِثْلَ الْأَعْكَامِ وَالْأَعْدَالِ وَالشَّيْءِ الثَّقِيلِ قَدْ جُعِلَ فِي مَوْضِعِهِ فَهُوَ كَالدَّابَّةِ عَلَى مِذْوَدِهَا إذَا أَبْرَزَهُ عَنْ مَوْضِعِهِ قُطِعَ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا إلَّا سَاكِنٌ وَاحِدٌ أَوْ لَا سَاكِنَ فِيهَا فَلَا يُقْطَعُ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا، وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْخَشَبِ الْمُلْقَاةِ وَالْعَمُودِ، وَأَمَّا مَا لَا يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَوْضِعَهُ، وَإِنَّمَا وُضِعَ لِيُحْمَلَ إلَى مَخْزَنِهِ كَالثَّوْبِ وَالْعَيْبَةِ وَنَحْوِهِ، فَلَا قَطْعَ فِيهِ وَإِنْ أَخْرَجَهُ مِنْ بَابِ الدَّارِ إذَا كَانَتْ مُشْتَرَكَةً، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُشْتَرَكَةً فَإِنَّمَا يُقْطَعُ إذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَابِ الدَّارِ يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ مَوْضِعُهُ حِرْزًا لَهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِنَقْلِهِ عَنْهُ فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَهُ حِرْزٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ غَيْرَ مُشْتَرَكَةٍ فَجَمِيعُهَا حِرْزٌ لَهُ، وَأَمَّا مَا وُضِعَ فِي غَيْرِ حِرْزِهِ الْمُخْتَصِّ بِهِ لِيُنْقَلَ إلَى حِرْزِهِ فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ مُشْتَرَكَةً فَلَا قَطْعَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حِرْزِهِ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُشْتَرَكَةٍ فَجَمِيعُهَا حِرْزٌ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْقَلُ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يُنْقَلُ فِيهَا مِنْ مَوْضِعٍ إلَى مَوْضِعٍ فَيَتَعَلَّقُ الْقَطْعُ بِإِخْرَاجِهِ مِنْ جَمِيعِهِ دُونَ نَقْلِهِ مِنْ مَوْضِعِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(179/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَيْسَ مِنْ خَدَمِهِ وَلَا مِمَّنْ يُؤْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ، ثُمَّ دَخَلَ سِرًّا فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ أَنَّهُ قَطْعٌ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ إذَا سَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهَا لَا قَطْعَ عَلَيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي عَبْدِ الرَّجُلِ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ إنْ كَانَ لَيْسَ مِنْ خَدَمِهِ وَلَا مِمَّنْ يُؤْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ، ثُمَّ دَخَلَ سِرًّا فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ لَا يَكُونُ مِنْ خَدَمِهِ وَلَا مِمَّنْ يَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ فَدَخَلَ سِرًّا فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ أَنَّهُ تُقْطَعُ يَدُهُ.

قَالَ وَكَذَلِكَ أَمَةُ الْمَرْأَةِ إذَا كَانَتْ لَيْسَتْ بِخَادِمٍ لَهَا وَلَا لِزَوْجِهَا وَلَا مِمَّنْ تَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهَا، ثُمَّ دَخَلَتْ سِرًّا فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدَتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهَا، قَالَ وَكَذَلِكَ أَمَةُ الْمَرْأَةِ الَّتِي لَا تَكُونُ مِنْ خَدَمِهَا وَلَا مِمَّنْ تُؤْمَنُ عَلَى بَيْتِهَا فَدَخَلَتْ سِرًّا فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِ سَيِّدَتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ أَنَّهَا تُقْطَعُ يَدُهَا.

قَالَ مَالِكٌ وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ امْرَأَتِهِ أَوْ الْمَرْأَةُ تَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إنْ كَانَ الَّذِي سَرَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ فِي بَيْتٍ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي يُغْلِقَانِ عَلَيْهِمَا، وَكَانَ فِي حِرْزٍ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ فَإِنَّ مَنْ سَرَقَ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ

فِيهِ) .

[المنتقى]

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبِيدَ وَالْإِمَاءَ يُقْطَعُونَ فِي السَّرِقَةِ مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ كَافِرِينَ مَلَكَهُمْ مُسْلِمٌ أَوْ كَافِرٌ إذَا سَرَقُوا مِنْ مَالِ أَجْنَبِيٍّ، وَمَنْ سَرَقَ مِنْهُمْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ خَدَمِهِ وَلَا مِمَّنْ يَأْمَنُهُ عَلَى بَيْتِهِ وَإِنْ سَرَقَ عَبْدُك وَدِيعَةً عِنْدَك لِأَجْنَبِيٍّ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ عَنْهُ.

وَقَالَ رَبِيعَةُ إذَا سَرَقَ عَبْدُك مِنْ مَالٍ لَك فِيهِ شِرْكٌ مِنْ مَوْضِعٍ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ قُطِعَ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ إنْ سَرَقَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِ سَيِّدِهِ يُرِيدُ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ قُطِعَ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا إذَا كَانَ شَرِيكُ سَيِّدِهِ أَحْرَزَهُ عَنْ سَيِّدِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحْرَزَهُ عَنْ سَيِّدِهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ سَرَقَ وَدِيعَةً عِنْدَ سَيِّدِهِ قَدْ أُحْرِزَتْ عَنْ الْعَبْدِ، وَإِطْلَاقُ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ يَقْتَضِي قَطْعَ الْعَبْدِ فِي سَرِقَةِ وَدِيعَةٍ عِنْدَ سَيِّدِهِ أُحْرِزَتْ عَنْهُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ رَبِيعَةَ وَهُوَ عِنْدِي قَوْلٌ مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ فِيهِ أَنَّهُ مَالٌ لِغَيْرِ سَيِّدِهِ، وَقَدْ أُحْرِزَ عَنْهُ وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الدُّخُولِ إلَيْهِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ جَمَعَ شَيْئًا مِنْ الزَّكَاةِ لِيَقْسِمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَأَدْخَلَهُ بَيْتَهُ، وَأَغْلَقَ عَلَيْهِ فَسَرَقَ مِنْهُ عَبْدُهُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، قَالَ: وَبَلَغَنِي ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْبَيْتِ مَا لَمْ يَأْتَمِنْهُ مَوْلَاهُ عَلَى دُخُولِهِ، وَلَوْ كَانَ يَأْتَمِنُهُ عَلَى دُخُولِهِ وَفَتْحِهِ لَمْ يُقْطَعْ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْعَبْدَ يُقْطَعُ فِي مَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ سَيِّدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ فَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي هَذَا الْأَصْلِ فَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ مَنْ سَرَقَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِ سَيِّدِهِ يُرِيدُ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ قُطِعَ قَالَ مُحَمَّدٌ، وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي هَذَا الْأَصْلِ، وَأَحَبُّ إلَيَّ إنْ سَرَقَ مَا قِيمَتُهُ سِتَّةُ دَرَاهِمَ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ مَا سُرِقَ مِنْ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ فِيهِ الْقَطْعُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ حِصَّةِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ سَارِقٌ لِمَالِ سَيِّدِهِ، فَإِذَا سَرَقَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ فَقَدْ سَرَقَ نِصَابًا لِأَجْنَبِيٍّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْمَالَ مُشْتَرَكٌ وَحَقَّ سَيِّدِهِ مِنْهُ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، فَيُحْمَلُ عَلَى قَدْرِ اشْتِرَاكِهِمَا فِي الْمَالِ فَإِذَا سَرَقَ مَا فِي حِصَّةِ الْأَجْنَبِيِّ مِنْهُ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْرِقْ مِنْ مَالِ الْأَجْنَبِيِّ وَإِذَا كَانَ مَا فِي حِصَّةِ الْأَجْنَبِيِّ مِنْهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ؛ لِأَنَّهُ سَرَقَ مِنْ مَالِ الْأَجْنَبِيِّ نِصَابًا وَلَا يُحْمَلُ مَا سَرَقَهُ عَلَى أَنَّ جَمِيعَهُ حِصَّةُ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَتَمَيَّزُ وَكَوْنُهُ مُشَاعًا يَقْتَضِي أَنَّهُ سَرَقَ مَالًا لِسَيِّدِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ ذَلِكَ بِحِصَّةِ

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيِّ الصَّغِيرِ وَالْأَعْجَمِيِّ الَّذِي لَا يُفْصِحُ أَنَّهُمَا إذَا سُرِقَا مِنْ حِرْزِهِمَا وَغَلَقِهِمَا فَلَيْسَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُمَا الْقَطْعُ، قَالَ وَإِنَّمَا هُمَا بِمَنْزِلَةِ حَرِيسَةِ الْجَبَلِ وَالثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَنْبُشُ الْقُبُورَ أَنَّهُ إذَا بَلَغَ مَا أَخْرَجَ مِنْ الْقَبْرِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ فَعَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّ الْقَبْرَ حِرْزٌ لِمَا فِيهِ كَمَا أَنَّ الْبُيُوتَ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا قَالَ: وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَطْعٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنْ الْقَبْرِ) .

[المنتقى]

الْأَجْنَبِيِّ مِنْهُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا سَرَقَ عَبْدُ الْخُمْسِ وَعَبْدُ الْفَيْءِ مِنْ الْفَيْءِ فَإِنَّهُمْ يُقْطَعُونَ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ وَأَطْلَقَ فِي الصَّبِيِّ أَنَّهُ مَنْ سَرَقَهُ مِنْ الْحِرْزِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَرَبِيعَةُ وَاللَّيْثُ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا: لَا يُقْطَعُ وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ، وَدَلِيلُنَا أَنَّهُ سَرَقَ نَفْسًا مَضْمُونَةً فَتَعَلَّقَ بِهِ الْقَطْعُ كَالْبَهِيمَةِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: وَذَلِكَ أَنَّ الصَّبِيَّ الْحُرَّ لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَعْقِلَ عَنْ نَفْسِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ فَلَا قَطْعَ فِيهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ يُمَيِّزُ مِثْلَ هَذَا وَيَفْهَمُهُ وَيَمْنَعُ مِنْهُ قَالَ أَشْهَبُ وَمَنْ دَعَا الصَّبِيَّ فَخَرَجَ إلَيْهِ مِنْ حِرْزِهِ فَمَضَى بِهِ قُطِعَ بِخِلَافِ الْأَعْجَمِيِّ يُرَاطِنُهُ فَيَخْرُجُ إلَيْهِ فَيَذْهَبُ بِهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ خُرُوجَ الْأَعْجَمِيِّ بِقَصْدٍ وَاخْتِيَارٍ، وَأَمَّا الصَّبِيُّ الصَّغِيرُ فَلَا قَصْدَ لَهُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَشَارَ إلَى شَاةٍ بِعَلَفٍ فَخَرَجَتْ إلَيْهِ لَمْ يُقْطَعْ كَمَا لَوْ جَعَلَ مَنْ أَخْرَجَهَا لَهُ، قَالَ أَشْهَبُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ: وَكَذَلِكَ لَوْ أَشَارَ بِلَحْمٍ عَلَى بَازٍ أَوْ إلَى صَبِيٍّ أَوْ أَعْجَمِيٍّ حَتَّى خَرَجَ لَمْ يُقْطَعْ وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ يُقْطَعُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَلَا يُعْجِبُنَا، فَتَقَرَّرَ مِنْ هَذَا أَنَّهُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ فِي ذَلِكَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْأَعْجَمِيِّ عَائِدٌ إلَى ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَعْنَى الْحِرْزِ أَنْ يَكُونَ فِي دَارِ أَهْلِهِ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَكَذَلِكَ إذَا كَانَ مَعَهُ مَنْ يَخْدُمُهُ أَوْ يَحْفَظُهُ فَإِنَّ ذَلِكَ حِرْزٌ لَهُ فَمَنْ سَرَقَهُ مِنْ هَذَيْنِ الْمَوْضِعَيْنِ قُطِعَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْأَعْجَمِيُّ الَّذِي لَا يُفْصِحُ يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهُ، فَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الصَّبِيِّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ مِثْلُ الْأَسْوَدِ وَالصَّقَلِّيِّ الَّذِي يُؤْتَى بِهِ وَلَا يَعْرِفُ شَيْئًا، وَأَمَّا الْأَعْجَمِيُّ الْمُسْتَعْرِبُ يُرِيدُ الَّذِي قَدْ عَرَفَ وَمَيَّزَ فَلَا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَهُ، وَرَوَى فِي الْمَزنِيَّةِ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ كَانَ يُفْصِحُ وَلَا يَفْقَهُ مَا يُقَالُ لَهُ، فَمَنْ سَرَقَهُ مِنْ حِرْزٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ وَلَوْ رَاطَنَهُ بِلِسَانِهِ فَخَرَجَ إلَيْهِ فَذَهَبَ لَمْ يُقْطَعْ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ أَنَّ النَّبَّاشَ يُقْطَعُ إذَا أَخْرَجَ مِنْ الْقَبْرِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَعَطَاءٌ وَرَبِيعَةُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُقْطَعُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللَّهِ} [المائدة: 38] وَهَذَا سَارِقٌ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ سَارِقُ مَوْتَانَا كَسَارِقِ أَحْيَائِنَا، فَسَمَّتْهُ سَارِقًا فِي اللُّغَةِ وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ سَارِقٍ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ تَنَاوَلَهُ عُمُومُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ} [المائدة: 38] حَتَّى يَدُلَّ دَلِيلٌ عَلَى إخْرَاجِهِ مِنْ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَبْرَ حِرْزٌ لِمَا فِيهِ كَمَا أَنَّ الْبُيُوتَ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا يُرِيدُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ الْإِخْرَاجَ مِنْ الْحِرْزِ، وَالْقَبْرُ حِرْزٌ لِمَا وُضِعَ فِيهِ كَمَا أَنَّ الْبَيْتَ حِرْزٌ لِمَا وُضِعَ فِيهِ وَمَعْنَى الْحِرْزِ مَا يُوضَعُ فِيهِ الشَّيْءُ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لَهُ وَالْمَنْعِ مِنْهُ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِيمَا وُضِعَ مِنْ الْكَفَنِ فِي الْقَبْرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَطْعٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنْ الْقَبْرِ يُرِيدُ أَنَّ الْقَطْعَ إنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِإِخْرَاجِ السَّرِقَةِ مِنْ الْحِرْزِ فَإِذَا وَجَدُوا السَّرِقَةَ بَعْدُ فِي الْقَبْرِ لَمْ يُخْرِجْهَا فَلَا قَطْعَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْ سَرِقَةً مِنْ حِرْزٍ فَلَمْ تَتِمَّ السَّرِقَةُ فِيهَا وَلَا اسْتَحَقَّ بَعْدُ اسْمَ سَارِقٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ رَمَى بِالْمَتَاعِ خَارِجًا مِنْ الْقَبْرِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ وُجِدَ مِنْهُ إخْرَاجُ السَّرِقَةِ مِنْ حِرْزِهَا كَمَا لَوْ خَرَجَ وَأَخْرَجَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَرْمِيَ بِهَا ثُمَّ يَخْرُجَ فَيَأْخُذَهَا، وَبَيْنَ أَنْ يُخْرِجَهَا فِي مَعْنَى السَّرِقَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(181/7)

مَا لَا قَطْعَ فِيهِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حِبَّانَ أَنَّ عَبْدًا سَرَقَ وَدِيًّا مِنْ حَائِطِ رَجُلٍ فَغَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ، فَخَرَجَ صَاحِبُ الْوَدِيِّ يَلْتَمِسُ وَدِيَّهُ فَوَجَدَهُ فَاسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ

مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ فَسَجَنَ مَرْوَانُ الْعَبْدَ، وَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ فَانْطَلَقَ صَاحِبُ الْعَبْدِ إلَى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ فَقَالَ الرَّجُلُ: فَإِنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ أَخَذَ غُلَامًا لِي وَهُوَ يُرِيدُ قَطْعَ يَدِهِ، وَأَنَا أُحِبُّ أَنْ تَمْشِيَ مَعِي إلَيْهِ فَتُخْبِرَهُ بِالَّذِي سَمِعْت مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَمَشَى مَعَهُ رَافِعٌ إلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ فَقَالَ أَخَذْتَ غُلَامًا لِهَذَا فَقَالَ نَعَمْ فَقَالَ: مَا أَنْتَ صَانِعٌ بِهِ؟ قَالَ: أَرَدْتُ قَطْعَ يَدِهِ فَقَالَ لَهُ رَافِعٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ» فَأَمَرَ مَرْوَانُ بِالْعَبْدِ فَأُرْسِلَ)

[المنتقى]

[مَا لَا قَطْعَ فِيهِ]

ِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ أَنَّ عَبْدًا سَرَقَ وَدِيًّا مِنْ حَائِطِ رَجُلٍ فَغَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ، فَخَرَجَ صَاحِبُ الْوَدِيِّ يَلْتَمِسُ وَدِيَّهُ فَوَجَدَهُ فَاسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ فَسَجَنَ مَرْوَانُ الْعَبْدَ، وَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ فَانْطَلَقَ صَاحِبُ الْعَبْدِ إلَى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ فَقَالَ الرَّجُلُ: فَإِنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ أَخَذَ غُلَامًا لِي وَهُوَ يُرِيدُ قَطْعَ يَدِهِ، وَأَنَا أُحِبُّ أَنْ تَمْشِيَ مَعِي إلَيْهِ فَتُخْبِرَهُ بِالَّذِي سَمِعْت مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَمَشَى مَعَهُ رَافِعٌ إلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ فَقَالَ أَخَذْتَ غُلَامًا لِهَذَا فَقَالَ نَعَمْ فَقَالَ: مَا أَنْتَ صَانِعٌ بِهِ؟ قَالَ: أَرَدْتُ قَطْعَ يَدِهِ فَقَالَ لَهُ رَافِعٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ» فَأَمَرَ مَرْوَانُ بِالْعَبْدِ فَأُرْسِلَ) (ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عَبْدًا سَرَقَ وَدِيًّا مِنْ حَائِطِ رَجُلٍ فَغَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ فَأَرَادَ مَرْوَانُ قَطْعَ يَدِهِ وَالْوَدِيُّ هُوَ الْفَسِيلُ وَهُوَ صِغَارُ النَّخْلِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ نَخْلَةً صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَلَا قَطْعَ فِي الْجُمَّارِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ» وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: فِي الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ لَا قَطْعَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضَعْهُ عِنْدَك مَنْ يَقْصِدُ إحْرَازَهُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الثَّمَرَ فِي الشَّجَرِ لَيْسَ بِمَوْضِعٍ عَلَى وَجْهِ الْإِحْرَازِ، وَكَذَلِكَ النَّخْلَةُ وَالْوَدِيُّ لَوْ وُضِعَا فِي مَنْبَتِهِمَا لِلْإِحْرَازِ، وَإِنَّمَا وُضِعَتْ لِلنَّمَاءِ فَلَمْ يَكُنْ حِرْزًا يُؤَثِّرُ فِي إثْبَاتِ الْقَطْعِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ اقْتَلَعَ النَّخْلَةَ مِنْ مَوْضِعِهَا وَهِيَ مَقْطُوعَةُ الرَّأْسِ، وَخَرَجَ بِهَا لَمْ يُقْطَعْ وَلَوْ كَانَتْ خَشَبَةً مُلْقَاةً تُرِكَتْ فِي

الْحَائِطِ لَكَانَ فِيهَا الْقَطْعُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إذَا قَطَعَهَا رَبُّهَا وَوَضَعَهَا فِي الْجِنَانِ قُطِعَ سَارِقُهَا، وَكَذَلِكَ جَمِيعُ الشَّجَرِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَأَظُنُّهُ لَا حِرْزَ لَهَا إلَّا حَيْثُ أُلْفِيَتْ فِيهِ، وَلَوْ وُضِعَتْ فِيهِ لِتُحْمَلَ إلَى حِرْزٍ لَهَا لَمْ يُقْطَعْ حَتَّى تُضَمَّ إلَيْهِ، وَهَذَا أَحَبُّ إلَيَّ وَأَحْسَبُ فِيهِ اخْتِلَافًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا قَطْعَ فِي الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ رَوَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّ ذَلِكَ مَا كَانَ فِي الْحَوَائِطِ وَالْبَسَاتِينِ فَأَمَّا مَنْ سَرَقَ مِنْ ثَمَرَةِ نَخْلَةٍ فِي دَارِ رَجُلٍ وَمَنْزِلِهِ، فَهَذَا يُقْطَعُ إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ رُبُعَ دِينَارٍ فَجَعَلَ لِلدَّارِ تَأْثِيرًا فِي حِرْزٍ مِثْلِ هَذَا يَكُونُ صَاحِبُ الدَّارِ سَاكِنًا مَعَهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا جَدَّ التَّمْرُ أَوْ وُضِعَ فِي أَصْلِ النَّخْلَةِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ فِيهِ الْقَطْعُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ حَارِسٌ كَمَا لَا يُرَاعَى فِي الْحِرْزِ حَارِسٌ وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ وَاحْتَجَّ أَشْهَبُ بِأَنَّ بَقَاءَهُ يَطُولُ هُنَاكَ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحِرْزٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضِعٌ يَنْتَقِلُ مِنْهُ إلَى الْجَرِينِ، وَإِذَا آوَاهُ الْجَرِينُ قُطِعَ سَارِقُهُ رَطْبًا كَانَ أَوْ يَابِسًا، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يُقْطَعُ فِي الْأَشْيَاءِ الرَّطْبَةِ، وَمَا يُسْرِعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّهُ سَرَقَ نِصَابًا مِنْ مَالٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ كَمَا لَوْ سَرَقَ يَابِسًا.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الزَّرْعُ يُحْصَدُ وَيُرْبَطُ يَابِسًا وَيُضَمُّ بَعْضُهُ إلَى بَعْضٍ لِيُحْمَلَ إلَى الْجَرِينِ فَيُسْرَقَ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ يُقْطَعُ سَارِقُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ حَارِسٌ، وَلَيْسَ كَالزَّرْعِ الْقَائِمِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَمَوْضِعُهُ لَهُ حِرْزٌ وَرُبَّمَا طَالَ مَقَامُهُ فِيهِ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُقْطَعُ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ حَائِطٌ فَيُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ، وَبِهِ قَالَ أَصْبَغُ وَوَجْهُهُ مَا تَقَدَّمَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ سَرَقَ مِنْ ثَمَرِ الْمَقْثَأَةِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ حَتَّى يُجْمَعَ فِي الْجَرِينِ، وَهُوَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يُجْمَعُ فِيهِ لِيُحْمَلَ إلَى الْبَيْعِ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ

. . . .

[المنتقى]

فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْمَوَّازِيَّةِ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَدَّمْنَاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَخَرَجَ صَاحِبُ الْوَدِيّ يَلْتَمِسُ وَدِيَّهُ يُرِيدُ أَنَّهُ وَجَدَهُ مَغْرُوسًا فِي حَائِطِ سَيِّدِ الْعَبْدِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَجَدَهُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُعَلَّقَ أَوْ بَعْدَ مَا عُلِّقَ، وَيُمْكِنُ إذَا اقْتَلَعَ أَنْ يُعَلَّقَ أَوْ بَعْدَ أَنْ يَفُوتَ ذَلِكَ فِيهِ وَعَلَى الْحَالَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ صَاحِبُ الْوَدِيّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَنَقْلُ الْوَدِيّ إلَى الْمَوْضِعِ الْقَرِيبِ الَّذِي لَا مَشَقَّةَ فِي رَدِّهِ وَلَا قِيمَةَ لِحَمْلِهِ لَا يُفِيتُ اسْتِرْجَاعَهُ فَإِنْ نَقَلَهُ إلَى بَلَدٍ بَعِيدٍ تَلْحَقُ الْمَشَقَّةُ بِرَدِّهِ وَلِحَمْلِهِ قِيمَةٌ كَثِيرَةٌ فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِيمَنْ سَرَقَ طَعَامًا فَنَقَلَهُ إلَى بَلَدٍ آخَرَ فَلَقِيَهُ رَبُّهُ فَلَيْسَ لِرَبِّهِ أَخْذُهُ، وَإِنَّمَا لَهُ أَخْذُهُ بِمِثْلِهِ فِي بَلَدٍ سَرَقَهُ بِهِ، إلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَى مَا يَجُوزُ فِي السَّلَفِ وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا لَهُ مِثْلُهُ بِبَلَدِ سَرِقَتِهِ لَا قِيمَتِهِ وَلَا أَخَذَهُ حَيْثُ وَجَدَهُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ هُوَ مُخَيَّرٌ وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمَّا أَلْزَمَهُ مِثْلَهُ فِي بَلَدِ سَرِقَتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ حَيْثُ وَجَدَهُ إلَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إنْ أَسْلَفَهُ إيَّاهُ حَيْثُ وَجَدَهُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِنَقْلِهِ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْمُسْتَحِقَّ مِنْ أَخْذِ عَيْنِ مَالِهِ كَمَا لَوْ أَحْدَثَ فِيهِ عَمَلًا يُغَيِّرُ عَيْنَهُ وَهَذَا أَبْيَنُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتَغَيَّرُ عَيْنُهُ بِالنَّقْلِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا تَغْيِيرُ السَّارِقِ لِلْمَتَاعِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الْحِرْزِ أَوْ خَارِجًا مِنْ الْحِرْزِ فَإِنْ وَجَدَهُ دَاخِلَ الْحِرْزِ كَالشَّاةِ يَذْبَحُهَا أَوْ الطِّيبِ يَتَطَيَّبُ بِهِ أَوْ الثَّوْبِ يَقْطَعُهُ فَإِنْ بَلَغَ قِيمَتُهُ مَا خَرَجَ بِهِ مِنْهُ النِّصَابَ لَزِمَهُ الْقَطْعُ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْ مِنْ الْحِرْزِ نِصَابًا فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَطْعُ وَمَا أَتْلَفَهُ فِي الْحِرْزِ فَلَيْسَ لَهُ حُكْمُ السَّرِقَةِ، وَإِنَّمَا لَهُ حُكْمُ الْإِتْلَافِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ أَكَلَ طَعَامًا فِي الْحِرْزِ يَبْلُغُ النِّصَابَ لَمْ يَجِبْ بِهِ الْقَطْعُ وَلَوْ ابْتَلَعَ دَنَانِيرَ ثُمَّ خَرَجَ لَزِمَهُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ

الدَّنَانِيرَ لَمْ تَتْلَفْ بِابْتِلَاعِهِ وَالطَّعَامُ قَدْ تَلِفَ بِذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَلَوْ غَيَّرَ ذَلِكَ بَعْدَ إخْرَاجِهِ مِنْ الْحِرْزِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ وَجَبَ عَلَيْهِ بِإِخْرَاجِهِ مِنْ الْحِرْزِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنْ قُطِعَ السَّارِقُ وَوَجَدَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَإِنْ أَتْلَفَ السَّارِقُ الشَّيْءَ الْمَسْرُوقَ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أُتُّبِعَ بِقِيمَتِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يُجْمَعُ عَلَيْهِ الْغُرْمُ وَالْقَطْعُ، وَكَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مُخَيَّرًا إنْ شَاءَ أَغْرَمَهُ وَلَمْ يُقْطَعْ، وَإِنْ شَاءَ أَقْطَعَهُ وَلَمْ يُغَرِّمْهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ} [البقرة: 194] قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَلِأَنَّ الْغُرْمَ وَالْقَطْعَ لَا يَتَنَافَيَانِ لِاخْتِلَافِ سَبَبِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمُوجِبَ لِلْغُرْمِ إتْلَافُ الْمَالِ وَالْمُوجِبَ لِلْقَطْعِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِي هَتْكِ الْحِرْزِ، وَإِذَا لَمْ يَتَنَافَيَا جَازَ أَنْ يَجْتَمِعَا كَالْعَبْدِ الْمَمْلُوكِ فِيهِ الْحَدُّ وَالْقِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَلَّقٍ عَلَيْهَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فِي هَتْكِ الْحِرْزِ، وَإِذَا لَمْ يَتَنَافَيَا جَازَ أَنْ يَجْتَمِعَا كَمَا لَوْ غَصَبَ أَمَةً فَوَطِئَهَا، وَهَلَكَتْ عِنْدَهُ لَلَزِمَهُ الْغُرْمُ وَالْحَدُّ.

(فَرْعٌ) وَإِذَا كَانَ مُعْسِرًا قُطِعَ وَلَمْ يُتْبَعْ بِشَيْءٍ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَلِأَنَّ إتْلَافَ الْمَالِ لَا تَجِبُ فِيهِ عُقُوبَتَانِ وَالِاتِّبَاعُ بِالْغُرْمِ عُقُوبَةٌ فَلَمَّا تَعَاقَبَ بِالْقَطْعِ لَمْ يُجْعَلْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ أُخْرَى وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ إحْدَى الْمُطَالَبَتَيْنِ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ، وَالثَّانِيَةَ مُنْفَصِلَةٌ عَنْهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَالِهِ فَلِذَلِكَ اجْتَمَعَتَا.

(فَرْعٌ) وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ إنَّمَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِالْقَطْعِ مَا أَتْلَفَهُ خَارِجَ الْحِرْزِ وَإِذَا مَا أَتْلَفَهُ دَاخِلَ الْحِرْزِ فَلَا يُسْقِطُهُ عَنْهُ بِالْقَطْعِ فِي يُسْرِهِ وَعُسْرِهِ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ إنَّمَا يَجِبُ بِمَا أَخْرَجَهُ مِنْ الْحِرْزِ، وَأَمَّا مَا أَتْلَفَهُ دَاخِلَ الْحِرْزِ فَلَمْ يَجِبْ بِهِ قَطْعٌ فَلَزِمَهُ قِيمَتُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَاسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْوَدِيِّ إنَّمَا اسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ فِي أَنْ يَرُدَّ إلَيْهِ وَدِيَّهُ، وَيُحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اسْتَعْدَاهُ بِمَعْنَى أَنَّهُ طَلَبَهُ بِأَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ فَيَكُونَ مَعْنَاهُ أَعْلَمَهُ مِنْهُ بِمَا يُوجِبُ الْقَطْعَ عَلَيْهِ، وَكَانَ سَبَبًا لِثُبُوتِ ذَلِكَ عِنْدَهُ إمَّا لِأَنَّهُ أَقَامَ عِنْدَهُ بِذَلِكَ بَيِّنَةً أَوْ لِأَنَّهُ كَانَ سَبَبًا لِإِقْرَارِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرِو بْنِ الْحَضْرَمِيِّ جَاءَ بِغُلَامٍ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهُ اقْطَعْ يَد غُلَامِي هَذَا فَإِنَّهُ سَرَقَ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ مَاذَا سَرَقَ فَقَالَ سَرَقَ مِرْآةً لِامْرَأَتِي ثَمَنُهَا سِتُّونَ دِرْهَمًا فَقَالَ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ) .

[المنتقى]

الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَوْ بَلَغَ ذَلِكَ مَرْوَانَ مِنْ غَيْرِ جِهَةِ صَاحِبِ الْوَدِيِّ لَكَانَ لَهُ قَطْعُهُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ فِي السَّرِقَةِ لَا يَفْتَقِرُ إلَى مُطَالَبَةِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ فَيُقْطَعُ غَابَ أَوْ حَضَرَ.

وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ يُحْبَسُ إلَى أَنْ يَحْضُرَ وَدَلِيلُنَا قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً} [المائدة: 38] ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ حَدٌّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَمْ يَفْتَقِرْ إلَى حُضُورِ مَنْ لَهُ حَقٌّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ أَصْلُ ذَلِكَ الزَّانِي.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَنَّ مَرْوَانَ سَجَنَ الْعَبْدَ، وَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَجَنَهُ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَتِمَّ عَلَيْهِ إذَا كَانَ مُنْكِرًا يَسْجُنُهُ لِتَتِمَّ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ وَيَكُونَ مَعْنَى أَرَادَ قَطْعَهُ أَنَّهُ اعْتَقَدَ ذَلِكَ إنْ تَمَّتْ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ ثَبَتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَاعْتَقَدَ هُوَ وُجُوبَ الْقَطْعِ وَلَكِنَّهُ سَجَنَهُ إلَى أَنْ يُشَاوِرَ فِي ذَلِكَ أَهْلَ الْعِلْمِ فَيَعْلَمَ مُوَافَقَتَهُمْ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَمُخَالَفَتَهُمْ فِيهِ، وَلَعَلَّهُ اعْتَقَدَ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ عُمُومِ الْآيَةِ أَوْ مِنْ جِهَةِ نَظَرٍ فَيُوقَفُ طَلَبًا أَوْ نَظَرًا أَوْ لِطَلَبِ نَصٍّ أَوْ ظَاهِرٍ مُخَالَفَةَ نَظَرِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَذَهَبَ سَيِّدُ الْعَبْدِ إلَى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ لِيَعْلَمَ مَا يَجِبُ ذَلِكَ فَإِنْ وَجَبَ الْقَطْعُ اسْتَسْلَمَ لِأَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَمَّا لَمْ يَجِبْ الْقَطْعُ رَفَعَهُ عَنْ عَبْدِهِ بِإِظْهَارِهِ إلَى مَرْوَانَ أَوْ لَعَلَّهُ رَجَا أَنْ يَجِدَ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ فَيَكُونَ ذَلِكَ سَبَبًا لِلْعُدُولِ عَنْ الْقَطْعِ فَأَخْبَرَهُ رَافِعٌ بِأَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ» وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ وَهَذَا خَاصٌّ يَخْتَصُّ بِمَوْضِعِ الْخِلَافِ، وَلَمَّا عَلِمَ ذَلِكَ سَيِّدُ الْعَبْدِ سَأَلَهُ أَنْ يَبْلُغَ مَعَهُ إلَى مَرْوَانَ وَيُعْلِمَهُ بِمَا عِنْدَهُ ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَعْلَمَهُ بِمَا يُرِيدُ مِنْ قَطْعِ يَدِهِ بِمَا اعْتَقَدَهُ مِنْ خِلَافِ مَا عِنْدَ رَافِعٍ فِي ذَلِكَ فَذَهَبَ مَعَهُ رَافِعٌ إلَى مَرْوَانَ قِيَامًا بِالْحَقِّ وَإِظْهَارًا لَهُ لَا سِيَّمَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ أَنْ يُنْفِذَ غَيْرُهُ خِلَافَهُ فَلَمَّا عَلِمَ مَرْوَانُ بِمَا عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - رَجَعَ عَنْ رَأْيِهِ وَمَا اعْتَقَدَهُ مِنْ قَطْعِ يَدِ الْعَبْدِ، وَأَمَرَ بِهِ فَأُرْسِلَ يُرِيدُ إلَى صَاحِبِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو وَاقْطَعْ يَدَ غُلَامِي يَقْتَضِي أَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ قَطْعُ يَدِهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ إلَى الْإِمَامِ وَالْحَاكِمِ بِخِلَافِ الْجَلْدِ فِي الزِّنَا وَالْخَمْرِ، فَإِنَّ لِلسَّيِّدِ إقَامَتَهُ عَلَى عَبْدِهِ، وَأَمَّا مَا فِيهِ قَطْعُ عُضْوٍ أَوْ قَتْلٌ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لِأَحَدٍ إقَامَتُهُ إلَّا الْإِمَامَ فَأَخْبَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو وَسَبَبُ مَا دَعَاهُ إلَيْهِ مِنْ قَطْعِ يَدِهِ هُوَ أَنَّهُ سَرَقَ، وَلَمْ يُبَيِّنْ مَعْنَى السَّرِقَةِ لَمَّا لَمْ يَخْتَلِفْ ذَلِكَ عِنْدَهُ، وَلَمَّا اخْتَلَفَ ذَلِكَ عِنْدَ ابْنِ عُمَرَ سَأَلَهُ

عَمَّا سَرَقَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ لِتَقْدِيرِ النِّصَابِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَهُ لِيَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إلَى مَا تَوَصَّلَ إلَيْهِ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمَالِكِ لِمَا سُرِقَ مِنْ مَعْرِفَةِ صِفَةِ الْحِرْزِ الَّذِي مِنْهُ سَرَقَ فَأَجَابَهُ عَنْ النِّصَابِ بِأَنَّ قِيمَتَهُ سِتُّونَ دِرْهَمًا وَهِيَ أَمْثَالُ النِّصَابِ، وَأَعْلَمَهُ أَنَّ مَا سَرَقَ هُوَ مِرْآةٌ وَالْمِرْآةُ مِمَّا يُقْطَعُ سَارِقُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَثْمُونٍ كَانَ أَصْلُهُ مُبَاحًا أَوْ غَيْرَ مُبَاحٍ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ حَتَّى الْمَاءِ إذَا أُحْرِزَ لِوُضُوءٍ أَوْ شُرْبٍ أَوْ غَيْرِهِ إذَا سَرَقَ مِنْهُ مَا قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ سَارِقُهُ، وَأَعْلَمَهُ أَنَّ الْمِرْآةَ كَانَتْ لِامْرَأَتِهِ فَرَأَى عُمَرُ أَنْ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ فُهِمَ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الْغُلَامَ كَانَ يَخْدُمُهُمْ وَيَدْخُلُ إلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي فِيهِ مَتَاعُ امْرَأَتِهِ، وَيَكُونُ فِيهِ مِثْلُ هَذَا مِمَّا يَحْتَاجُ أَنْ تَسْتَعْمِلَهُ لَهُ فِي كَثِيرٍ مِنْ أَوْقَاتِهَا.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا سَرَقَ مِنْ مَتَاعِ زَوْجَةِ سَيِّدِهِ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لَهُ فِي دُخُولِهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ وَإِنْ سَرَقَهُ مِنْ بَيْتٍ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي دُخُولِهِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، وَكَذَلِكَ عَبْدُ الزَّوْجَةِ يَسْرِقُ مِنْ مَالِ الزَّوْجَةِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيُقْطَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الزَّوْجَيْنِ بِسَرِقَةِ مَالِ الْآخَرِ إذَا سَرَقَهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ

(184/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ أُتِيَ بِإِنْسَانٍ قَدْ اخْتَلَسَ مَتَاعًا فَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ فَأَرْسَلَ إلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ لَيْسَ فِي الْخُلْسَةِ قَطْعٌ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ أَخْبَرَنِي أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ أَخَذَ نَبَطِيًّا قَدْ سَرَقَ خَوَاتِمَ مِنْ حَدِيدٍ فَحَبَسَهُ لِيَقْطَعَ يَدَهُ فَأَرْسَلَتْ إلَيْهِ عَمْرَةُ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مَوْلَاةً لَهَا يُقَالُ لَهَا أُمَيَّةُ قَالَ أَبُو بَكْرٍ فَجَاءَتْنِي وَأَنَا بَيْنَ ظَهْرَانَيْ النَّاسِ فَقَالَتْ تَقُولُ لَك خَالَتُك عَمْرَةُ يَا ابْنَ أُخْتِي أَخَذْتُ نَبَطِيًّا فِي شَيْءٍ يَسِيرٍ ذُكِرَ لِي فَأَرَدْتُ قَطْعَ يَدِهِ قُلْتُ نَعَمْ قَالَتْ فَإِنَّ عَمْرَةَ تَقُولُ لَك لَا قَطْعَ إلَّا فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَأَرْسَلْتُ النَّبَطِيَّ) .

[المنتقى]

خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِمَا لَا قَطْعَ فِي ذَلِكَ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا} [المائدة: 38] وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ مُكَلَّفٌ سَرَقَ مَا لَا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُقْطَعُ الْأَبُ بِسَرِقَةِ مَالِ ابْنِهِ وَاخْتُلِفَ فِي الْجَدِّ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُقْطَعُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: يُقْطَعُ وَيُقْطَعُ مَنْ سِوَاهُمْ مِنْ الْقَرَابَاتِ، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ مُدْلٍ بِأَبِيهِ كَالْأَبِ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّهُ لَا يُقْضَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِ فَقُطِعَ لِسَرِقَةِ مَالِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَيُقْطَعُ الِابْنُ بِسَرِقَةِ مَالِ أَبَوَيْهِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِمَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّ الِابْنَ لَا شُبْهَةَ لَهُ فِي مَالِ الْأَبِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ زَنَى بِأَمَتِهِ حُرٌّ فَهُوَ كَالْأَخِ وَالْأَجْنَبِيِّ وَإِذَا سَرَقَ الْعَبْدُ مِنْ مَالِ ابْنِ سَيِّدِهِ قُطِعَ قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ؛ لِأَنَّهُ سَرَقَ مَا لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَلَا نَفَقَةَ لَهُ مِنْهُ، وَلَيْسَ بِمَالٍ لِسَيِّدِهِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ كَمَا لَوْ سَرَقَ مَالَ الْأَجْنَبِيِّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ يَقْتَضِي أَنَّ الْخَادِمَ لَوْ سَرَقَ مَالَ مَنْ هُوَ خَادِمٌ لَهُ فَلَا يُقْطَعُ عَلَيْهِ وَهَذَا إذَا كَانَ جَمِيعُهُ مِلْكًا لَهُ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا فَسَرَقَ مَالَ بَعْضِ مَنْ لَهُ فِيهِ حِصَّةٌ فَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَرَقَ عَبْدُك أَوْ مُكَاتَبُك أَوْ مُدَبَّرُك مِنْ مَالِ سَيِّدِك أَوْ مُكَاتَبِك أَوْ مُدَبَّرِك مِمَّا حُجِرَ عَنْهُ لَمْ يُقْطَعْ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ مَرْوَانَ أُتِيَ بِسَارِقٍ قَدْ اخْتَلَسَ مَتَاعًا فَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَمَّاهُ سَارِقًا لِسَرِقَةٍ تَقَدَّمَتْ لَهُ قَبْلَ هَذَا الِاخْتِلَاسِ مِنْ حُكْمِ السَّرِقَةِ، وَلِذَلِكَ أَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ ظَهَرَ ذَلِكَ إلَيْهِ مِنْ حُكْمِهِ لَكِنَّهُ أَرَادَ الِاسْتِظْهَارَ عَلَى مَا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ تَحَقُّقَهُ إنْ كَانَ لَمْ يَتَحَقَّقْهُ بِسُؤَالِ أَهْلِ الْعِلْمِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَغَيْرِهِ فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَغَيْرُهُ لَيْسَ فِي الْخُلْسَةِ قَطْعٌ، وَالْخُلْسَةُ أَنْ يَأْخُذَ الشَّيْءَ مُسَارِعًا وَيُبَادِرَ بِأَخْذِهِ مِنْهُ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الِاسْتِسْرَارِ، وَالسَّرِقَةُ إنَّمَا هِيَ أَخْذُهُ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِسْرَارِ مِنْ غَيْرِ اخْتِلَاسٍ وَلَا مُبَادَرَةٍ وَقَالَ عَطَاءٌ تُقْطَعُ الْيَدُ الْمُخْتَفِيَةُ وَلَا تُقْطَعُ الْمُخْتَلِسَةُ.

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّهُ أُتِيَ بِنَبَطِيٍّ قَدْ سَرَقَ خَوَاتِمَ حَدِيدِ النَّبَطِيُّ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ وَعَلَى كِلَا الْحَالَتَيْنِ يُقْطَعُ فِي السَّرِقَةِ، وَكَذَلِكَ الْمُعَاهِدُ الْمُسْتَعْلِنُ وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ،

وَدَلِيلُهُ قَوْله تَعَالَى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا} [المائدة: 38] وَهَذَا عَامٌّ، وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِآدَمِيٍّ فَوَجَبَ أَنْ يُقَامَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْعَهْدُ كَحَدِّ الْقَذْفِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَحْبِسُهُ لِيَقْطَعَ يَدَهُ يُحْتَمَلُ مَا قُلْنَاهُ مِنْ أَنَّهُ اعْتَقَدَ وُجُوبَ الْقَطْعِ فَأَرَادَ أَنْ يَسْتَظْهِرَ بِفَتْوَى الْعُلَمَاءِ فَسَجَنَهُ إلَى أَنْ يَتَفَرَّغَ لِذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَجَنَهُ لِيَأْتِيَ مَنْ يُسْتَوْفَى ذَلِكَ مِنْهُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سَجَنَهُ لِشِدَّةِ وَقْتٍ خَافَ مِنْهُ عَلَيْهِ فَسَجَنَهُ إلَى أَنْ يَزُولَ الْمَانِعُ مِنْ شِدَّةِ بَرْدٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَخَذَ نَبَطِيًّا فِي شَيْءٍ يَسِيرٍ يَقْتَضِي اعْتِبَارَ النِّصَابِ، وَإِنَّ قِيمَةَ الْخَوَاتِمِ تَقْصُرُ عَنْ ذَلِكَ وَلَا يَثْبُتُ النِّصَابُ بِقَوْلِهَا، وَذَلِكَ رُبُعُ دِينَارٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(فَرْعٌ) وَإِرْسَالُهُ النَّبَطِيَّ عِنْدَ مَا انْتَهَى إلَيْهِ مِنْ قَوْلِهَا دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ فَتْوَى النِّسَاءِ وَصِحَّةِ الْأَخْذِ بِأَقْوَالِهِنَّ إذَا كُنَّ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَإِنَّ

(185/7)

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي اعْتِرَافِ الْعَبِيدِ أَنَّهُ مَنْ اعْتَرَفَ مِنْهُمْ عَلَى نَفْسِهِ بِشَيْءٍ يَقَعُ الْحَدُّ فِيهِ أَوْ الْعُقُوبَةُ فِيهِ فِي جَسَدِهِ فَإِنَّ اعْتِرَافَهُ جَائِزٌ عَلَيْهِ، وَلَا يُتَّهَمُ عَلَى أَنْ يُوقِعَ عَلَى نَفْسِهِ هَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَمَّا مَنْ اعْتَرَفَ مِنْهُمْ بِأَمْرٍ يَكُونُ غُرْمًا عَلَى سَيِّدِهِ فَإِنَّ اعْتِرَافَهُ غَيْرُ جَائِزٍ عَلَى سَيِّدِهِ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ لَيْسَ عَلَى الْأَجِيرِ وَلَا عَلَى الرَّجُلِ يَكُونَانِ مَعَ الْقَوْمِ يَخْدِمَانِهِمْ إنْ سَرَقَاهُمْ قُطِعَ؛ لِأَنَّ حَالَهُمَا لَيْسَتْ بِحَالِ السَّارِقِ، وَإِنَّمَا حَالُهُمَا حَالُ الْخَائِنِ وَلَيْسَ عَلَى الْخَائِنِ قَطْعٌ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَسْتَعِيرُ الْعَارِيَّةَ فَيَجْحَدُهَا إنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَجَحَدَهُ ذَلِكَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيمَا جَحَدَهُ قَطْعٌ) .

(ص) : (قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي السَّارِقِ يُوجَدُ فِي الْبَيْتِ قَدْ جَمَعَ الْمَتَاعَ، وَلَمْ يَخْرُجْ بِهِ

أَنَّهُ لَيسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ كَمَثَلِ رَجُلٍ وَضَعَ بَيْنَ يَدَيْهِ خَمْرًا لِيَشْرَبَهَا فَلَمْ يَفْعَلْ فَلَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ، وَمَثَلُ ذَلِكَ رَجُلٌ جَلَسَ مِنْ امْرَأَةٍ مَجْلِسًا، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُصِيبَهَا حَرَامًا فَلَمْ يَفْعَلْ، وَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ مِنْهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَيْضًا فِي ذَلِكَ حَدٌّ، قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْخِلْسَةِ قَطْعٌ بَلَغَ ثَمَنُهَا مَا يُقْطَعُ فِيهِ أَوْ لَمْ يَبْلُغْ) .

[المنتقى]

الْوَاحِدَةَ تُجْزِئُ فِي ذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْخَبَرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ مَنْ اعْتَرَفَ مِنْ الْعَبِيدِ بِشَيْءٍ يُوجِبُ عُقُوبَةً فِي جِسْمِهِ كَالْقَتْلِ وَالْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْحُدُودِ فَإِنَّ إقْرَارَهُ نَافِذٌ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَا كَانَ يُوجِبُ إقْرَارُهُ نَقْلَ رَقَبَتِهِ إلَى غَيْرِ سَيِّدِهِ مِثْلَ أَنْ يُقِرَّ بِجِنَايَةٍ خَطَأً، أَوْ يُقِرَّ بِمَا يُوجِبُ غُرْمًا عَلَى سَيِّدِهِ أَوْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ أَوْ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يُقْتَلُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ سَيِّدُهُ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ فَإِنَّهُ يُتَّهَمُ فِي ذَلِكَ وَلَا يَنْفُذُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ هَذَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.
قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ إذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِالسَّرِقَةِ وَأَنْكَرَ سَيِّدُهُ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ وَالْمَالُ لِلسَّيِّدِ دُونَ الْمُقَرِّ لَهُ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ: إنَّ الْأَجِيرَ وَالْخَادِمَ الْمُؤْتَمَنَ عَلَى الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ لَا قَطْعَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ أَخْذَ هَؤُلَاءِ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ السَّرِقَةِ، وَإِنَّمَا هُوَ عَلَى وَجْهِ الْخِيَانَةِ وَالْخَائِنُ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمَتَاعِ قَدْ ائْتَمَنَهُمْ عَلَى الْوُصُولِ إلَى مَا سَرَقُوهُ فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ يَجْحَدُ وَيَخُونُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ فِي السَّرِقَةِ مِنْ شُرُوطِهَا الْحِرْزُ، وَمَنْ أُبِيحَ لَهُ الْوُصُولُ إلَى مَوْضِعٍ فَلَيْسَ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ حِرْزًا.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فِي جَحْدِ الْعَارِيَّةِ خِلَافًا لِأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا مُؤْتَمَنٌ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَطْعُ بِجَحْدِ مَا أُؤْتُمِنَ عَلَيْهِ كَالْمُودَعِ.

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ إنَّ السَّارِقَ إذَا دَخَلَ الْحِرْزَ فَوَجَدَ الْمَتَاعَ فَأَخَذَ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ بِهِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ سَرِقَتَهُ لَمْ تَتِمَّ بَعْدُ بِإِخْرَاجِ الْمَتَاعِ مِنْ الْحِرْزِ وَنَقْلِهِ عَنْهُ، وَلَوْ قَرُبَ الْمَتَاعُ إلَى بَابِ الْحِرْزِ فَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجًا مِنْ الْحِرْزِ قُطِعَ الَّذِي دَخَلَ بِهَا، وَعُوقِبَ الْمُقَرِّبُ لِلْمَتَاعِ رَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَهُ ابْنُ

الْقَاسِمِ وَرَوَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ فِي الَّذِي يُقَرِّبُ الْمَتَاعَ إلَى النَّقْبِ يَتْرُكُهُ فَيُدْخِلُ صَاحِبُهُ مِنْ خَارِجِ الْحِرْزِ يَدَهُ فَيَأْخُذُهُ أَنَّ الْقَطْعَ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ، وَحُكِيَ عَنْ الشَّيْخِ أَبِي الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَالَ يُقْطَعُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ لَا يُقْطَعُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يُقْطَعُ وَاحِدٌ مِنْهَا وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: وَدَلِيلُنَا أَنَّ الْقَطْعَ يَجِبُ بِهَتْكِ حُرْمَةِ الْحِرْزِ وَإِخْرَاجِ السَّرِقَةِ مِنْهُ، وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ مِنْ الْخَارِجِ فَوَجَبَ أَنْ يَلْزَمَهُ الْقَطْعُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ إذَا أَدْخَلَ يَدَهُ الْخَارِجُ إلَى الْحِرْزِ فَنَاوَلَهُ الدَّاخِلُ قُطِعَا جَمِيعًا وَإِنْ أَخَذَ الدَّاخِلُ فِي الْحِرْزِ قَبْلَ خُرُوجِهِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَوْ اجْتَمَعَتْ أَيْدِيهِمَا فِي الْبَيْتِ فِي الْمُنَاوَلَةِ قُطِعَا جَمِيعًا فَيَحْتَمِلُ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ الْوِفَاقَ لِقَوْلِ أَشْهَبَ وَأَنَّهُ إذَا قَرَّبَهُ إلَى النَّقْبِ وَلَمْ يُنَاوِلْهُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ فَإِنْ تَنَاوَلَهُ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الدَّاخِلِ يَرْبِطُ الْمَتَاعَ لِيُخْرِجَهُ الْخَارِجُ فَالْحَقُّ أَنَّهُمَا

(186/7)

(ص) : (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (كِتَابُ الْجَامِعِ) الدُّعَاءُ لِلْمَدِينَةِ وَأَهْلِهَا (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُمْ فِي مِكْيَالِهِمْ، وَبَارِكْ لَهُمْ فِي صَاعِهِمْ وَمُدِّهِمْ يَعْنِي أَهْلَ الْمَدِينَةِ») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «كَانَ النَّاسُ إذَا رَأَوْا أَوَّلَ الثَّمَرِ جَاءُوا بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا أَخَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِي ثَمَرِنَا وَبَارِكْ لَنَا فِي مَدِينَتِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي

[المنتقى]

يُقْطَعَانِ جَمِيعًا وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مِنْ الْمَذْهَبِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ الْقَطْعُ عَلَى الْمُخْرِجِ وَحْدَهُ، وَدَلِيلُنَا عَلَى وُجُوبِ الْقَطْعِ عَلَيْهِمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَارِقٌ قَدْ هَتَكَ الْحِرْزَ بِإِخْرَاجِ الْمَتَاعِ مِنْهُ فَالَّذِي رَبَطَهُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ جَعَلَهُ عَلَى ظَهْرِ دَابَّةٍ فَخَرَجَتْ بِهِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الْقَطْعُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ رَمَى أَحَدُهُمَا بِالْمَتَاعِ مِنْ الْحِرْزِ إلَى خَارِجِهِ ثُمَّ يُؤْخَذُ هُوَ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ الْحِرْزِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ أَشْهَبُ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْهُ يُقْطَعُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ فِي خُرُوجِ

الْمَتَاعِ لَا فِي خُرُوجِ السَّارِقِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَوْ كَانَ أَحَدُ السَّارِقَيْنِ عَلَى ظَهْرِ الْبَيْتِ وَالْآخَرُ أَسْفَلَهُ فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنْ أَدْلَى لَهُ حَبْلًا فَرَبَطَ بِهِ الْأَسْفَلُ الْمَتَاعَ وَرَمَى بِهِ إلَيْهِ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: وَرَفَعَهُ الْأَعْلَى فَإِنَّهُمَا يُقْطَعَانِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَهَذَا أَحَبُّ إلَيَّ لِتَعَاوُنِهِمَا عَلَى إخْرَاجِهِ مَعَ حَاجَتِهِمَا إلَى التَّعَاوُنِ وَكَالَّذِي يَحْمِلُ عَلَى الْآخَرِ مَا يَخْرُجُ بِهِ، وَبِهَذَا أَخَذَ أَشْهَبُ وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، وَلَوْ نَاوَلَ الَّذِي أَسْفَلَ الْبَيْتِ وَالَّذِي عَلَى ظَهْرِ الْبَيْتِ دُونَ الَّذِي فِي الطَّرِيقِ، وَقَالَهُ رَبِيعَةُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ الْقَطْعُ عَلَى مَنْ أَخْرَجَهُ مِنْ الْحِرْزِ إلَى الطَّرِيقِ، أَوْ أَخْرَجَهُ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الْبَيْتِ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي أَسْفَلَهُ دُونَ الَّذِي يُنَاوِلُهُ مِنْ أَسْفَلَ الدَّارِ، قَالَ وَأَحْسَبُ أَنَّ فِي الْأَسْفَلِ رِوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الْبَيْتِ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي أَسْفَلَهُ، وَإِنَّمَا الْإِخْرَاجُ مِنْ الْحِرْزِ بِطَرْحِهِ فِي الطَّرِيقِ وَمَا دَامَ عَلَى ظَهْرِ الْبَيْتِ فَلَمْ يَخْرُجْ بَعْدُ عَنْ الْحِرْزِ وَوَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ بِنَفْيِ الْقَطْعِ عَنْ الْمُنَاوِلِ مِنْ أَسْفَلِ الدَّارِ أَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْ شَيْئًا مِنْ الْحِرْزِ، وَإِنَّمَا نَاوَلَهُ لِمَنْ كَانَ مَعَهُ فِي الْحِرْزِ فَالْقَطْعُ عَلَى مَنْ أَخْرَجَهُ مِنْ الْحِرْزِ.

وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ لَوْ أَخْرَجَ الَّذِي دَاخِلَ الْحِرْزِ يَدَهُ بِالسَّرِقَةِ فَيَتَنَاوَلُهَا مِنْهُ أَحَدٌ خَارِجَ الْحِرْزِ فَالْقَطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُخْرِجُ لَهَا مِنْ الْحِرْزِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[كِتَابُ الْجَامِعِ]

[الدُّعَاءُ لِلْمَدِينَةِ وَأَهْلِهَا]

(ش) : دُعَاؤُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يُبَارِكَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي مِكْيَالِهِمْ وَصَاعِهِمْ وَمُدِّهِمْ يَقْتَضِي تَفْضِيلَهُ لَهَا وَحِرْصًا عَلَى الرِّفْقِ بِمَنْ يَسْكُنُهَا لِمَا اُفْتُرِضَ عَلَى النَّاسِ فِي زَمَنِ الْهِجْرَةِ مِنْ سُكْنَاهَا، ثُمَّ زَالَ حُكْمُ الْفَرْضِ وَبَقِيَ النَّدْبُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْمِكْيَالِ الصَّاعَ وَالْمُدَّ فَذَكَرَهُمَا أَوَّلًا بِاللَّفْظِ الْعَامِّ، ثُمَّ أَكَّدَ بِاللَّفْظِ الْخَاصِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الْمَكَايِيلِ مَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ الْأَوْسُقِ وَغَيْرِهَا، وَمَا هُوَ أَصْغَرُ مِنْهَا كَنِصْفِ الْمُدِّ وَغَيْرِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْبَرَكَةِ أَنْ يُبَارِكَ بَرَكَةَ دُنْيَا وَآخِرَةٍ فَفِي الدُّنْيَا أَنْ يَكُونَ الطَّعَامُ الَّذِي يُكْتَالُ بِهَذَا الْكَيْلِ لِاخْتِصَاصِهِ بِأَهْلِ الْمَدِينَةِ تَكْثُرُ بَرَكَتُهُ بِأَنْ يُجْزِئَ مِنْهُ الْعَدَدُ مَا لَا يُجْزِئُ مَا كِيلَ بِغَيْرِهِ، أَوْ يُبَارِكَ فِي التَّصَرُّفِ بِهِ عَلَى وَجْهِ التِّجَارَةِ بِمَعْنَى الْأَرْبَاحِ، أَوْ يُرِيدُ بِهِ الْمَكِيلَ فَيَكُونُ ذَلِكَ دُعَاءً فِي كَثْرَةِ ثِمَارِهِمْ وَغَلَّاتِهِمْ وَتِجَارَاتِهِمْ، وَأَمَّا الْبَرَكَةُ الدِّينِيَّةُ فَإِنَّهَا بِهَذَا الْكَيْلِ يَتَعَلَّقُ بِكَثِيرٍ مِنْ الْعِبَادَاتِ

مِنْ أَدَاءِ زَكَاةِ الْحُبُوبِ وَزَكَاةِ الْفِطْرِ وَالْكَفَّارَاتِ.
(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «كَانَ النَّاسُ إذَا رَأَوْا أَوَّلَ الثَّمَرِ جَاءُوا بِهِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا أَخَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِي ثَمَرِنَا وَبَارِكْ لَنَا فِي مَدِينَتِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي

(187/7)

صَاعِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي مُدِّنَا اللَّهُمَّ إنَّ إبْرَاهِيمَ عَبْدُك وَخَلِيلُك وَنَبِيُّك، وَإِنِّي عَبْدُك وَنَبِيُّك وَإِنَّهُ دَعَا لِمَكَّةَ وَإِنِّي أَدْعُوك لِلْمَدِينَةِ بِمِثْلِ مَا دَعَاك بِهِ لِمَكَّةَ وَمِثْلِهِ مَعَهُ، ثُمَّ يَدْعُو أَصْغَرَ وَلِيدٍ رَآهُ فَيُعْطِيهِ ذَلِكَ الثَّمَرَ»)
.

مَا جَاءَ فِي سُكْنَى الْمَدِينَةِ وَالْخُرُوجِ مِنْهَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ قَطَنِ بْنِ وَهْبِ بْنِ عُمَيْرِ بْنِ الْأَجْدَعِ أَنَّ يُحَنَّسَ مَوْلَى الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فِي الْفِتْنَةِ فَأَتَتْهُ مَوْلَاةٌ لَهُ تُسَلِّمُ عَلَيْهِ، فَقَالَتْ: إنِّي أَرَدْت الْخُرُوجَ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ اشْتَدَّ عَلَيْنَا الزَّمَانُ فَقَالَ لَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ:
اُقْعُدِي لُكَعُ إنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «لَا يَصْبِرُ عَلَى لَأْوَائِهَا وَشِدَّتِهَا أَحَدٌ إلَّا كُنْت لَهُ شَفِيعًا وَشَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ»)

[المنتقى]
صَاعِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي مُدِّنَا اللَّهُمَّ إنَّ إبْرَاهِيمَ عَبْدُك وَخَلِيلُك وَنَبِيُّك، وَإِنِّي عَبْدُك وَنَبِيُّك وَإِنَّهُ دَعَا لِمَكَّةَ وَإِنِّي أَدْعُوك لِلْمَدِينَةِ بِمِثْلِ مَا دَعَاك بِهِ لِمَكَّةَ وَمِثْلِهِ مَعَهُ، ثُمَّ يَدْعُو أَصْغَرَ وَلِيدٍ رَآهُ فَيُعْطِيهِ ذَلِكَ الثَّمَرَ»)
.

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ النَّاسُ إذَا رَأَوْا أَوَّلَ الثَّمَرِ يُرِيدُ أَوَّلَ تَمْرِ النَّخْلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ مَقْصُودُ ثِمَارِهِمْ أَتَوْا بِهِ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – تَبَرُّكًا بِدُعَائِهِ وَإِعْلَامًا لَهُ بِبُدُوِّ صَلَاحِ الثِّمَارِ إمَّا لِمَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ إرْسَالِ الْخَرَّاصِ إلَى ثِمَارِهِمْ لِيَسْتَحِلُّوا أَكْلَهَا وَبَيْعَهَا وَالتَّصَرُّفَ فِيهَا، وَإِمَّا لِيُعْلِمُوهُ جَوَازَ بَيْعِ ثِمَارِهِمْ لِنَهْيِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ بَيْعِهَا قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ فَإِذَا أَخَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِي ثَمَرِنَا» يُرِيدُ أَخْذَهُ لِيَنْظُرَ

إلَيْهِ وَيَدْعُوَ لَهُمْ فِيهِ، ثُمَّ دَعَا لَهُمْ مَعَ ذَلِكَ فِي مَدِينَتِهِمْ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَرَافِقِهَا وَمَنَافِعِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «اللَّهُمَّ إنَّ إبْرَاهِيمَ عَبْدُك وَخَلِيلُك وَنَبِيُّك وَإِنِّي عَبْدُك وَنَبِيُّك» يُرِيدُ إظْهَارَ وَسِيلَتِهِ إلَى اللَّهِ تَعَالَى وَذِكْرَ نِعْمَتِهِ عَلَيْهِ كَمَا أَنْعَمَ عَلَى إبْرَاهِيمَ، ثُمَّ قَالَ وَإِنَّ إبْرَاهِيمَ دَعَا لِمَكَّةَ يُرِيدُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَوْلَهُ عَزَّ وَجَلَّ {رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَدًا آمِنًا وَارْزُقْ أَهْلَهُ مِنَ الثَّمَرَاتِ} [البقرة: 126] وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَإِنِّي أَدْعُوك لِلْمَدِينَةِ بِمِثْلِ مَا دَعَاك بِهِ لِمَكَّةَ» وَمِثْلِهِ مَعَهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: فِي هَذَا دَلِيلٌ عَلَى فَضْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى مَكَّةَ قَالَ: لِأَنَّ تَضْعِيفَ الدُّعَاءِ لَهَا إنَّمَا هُوَ لِفَضْلِهَا عَلَى مَا قَصَرَ عَنْهَا، قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّ وَجْهَ الدَّلِيلِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – دَعَا لِأَهْلِ مَكَّةَ بِمَا يَخْتَصُّ بِدُنْيَاهُمْ فَقَالَ وَارْزُقْ أَهْلَهُ مِنْ الثَّمَرَاتِ وَقَالَ وَاجْعَلْ أَفْئِدَةً مِنْ النَّاسِ تَهْوِي إلَيْهِمْ وَارْزُقْهُمْ مِنْ الثَّمَرَاتِ وَأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَعَا لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ بِمِثْلِ ذَلِكَ وَمِثْلِهِ مَعَهُ، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَبِدُعَاءٍ آخَرَ مَعَهُ وَهُوَ لِأَمْرِ آخِرَتِهِمْ فَتَكُونُ الْحَسَنَاتُ تُضَاعَفُ لِلْمَدِينَةِ بِمِثْلِ مَا تُضَاعَفُ بِمَكَّةَ، وَإِنَّمَا مَعْنَى فَضِيلَةِ إحْدَى الْبُقْعَتَيْنِ عَلَى الْأُخْرَى فِي تَضْعِيفِ الْحَسَنَاتِ وَغُفْرَانِ السَّيِّئَاتِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ إبْرَاهِيمَ أَيْضًا دَعَا لِأَهْلِ مَكَّةَ بِأَمْرِ آخِرَتِهِمْ، وَعَلِمَ هُوَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمِثْلِ ذَلِكَ وَبِمِثْلِهِ مَعَهُ فَيَعُودُ إلَى مِثْلِ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ إبْرَاهِيمَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَعَا لِأَهْلِ مَكَّةَ فِي ثَمَرَاتِهِمْ بِبَرَكَةٍ قَدْ أَجَابَ اللَّهُ دُعَاءَهُ فِيهِ، وَأَنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَعَا لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي ثَمَرَاتِهِمْ أَيْضًا بِمِثْلِ ذَلِكَ وَمِثْلِهِ مَعَهُ فَلَا يَكُونُ هَذَا دَلِيلًا عَلَى فَضْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى مَكَّةَ فِي أَمْرِ الْآخِرَةِ، وَإِنَّمَا يَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْبَرَكَةَ فِي ثِمَارِهِمْ مِثْلُ الْبَرَكَةِ فِي ثِمَارِ مَكَّةَ إمَّا لِقُرْبِ تَنَاوُلِهَا أَوْ لِكَثْرَتِهَا أَوْ لِفَضْلِهَا أَوْ لِلْبَرَكَةِ فِي الِاقْتِيَاتِ بِهَا، أَوْ لِيُوصَلَ مَنْ يَقْتَاتُ بِهَا مِنْ الْمَدِينَةِ إلَى مِثْلَيْ مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ مَنْ يَقْتَاتُ فِي مَكَّةَ بِثِمَارِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ ثُمَّ يَدْعُو أَصْغَرَ وَلِيدٍ يَرَاهُ فَيُعْطِيهِ ذَلِكَ الثَّمَرَ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ عِظَمَ الْأَجْرِ فِي إدْخَالِ الْمَسَرَّةِ عَلَى مَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ لِصِغَرِهِ، فَإِنَّ سُرُورَ ذَلِكَ بِهِ أَعْظَمُ مِنْ سُرُورِ الْكَبِيرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي سُكْنَى الْمَدِينَةِ وَالْخُرُوجِ مِنْهَا]

(ش) : قَوْلُ الْمَرْأَةِ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: إنِّي أَرَدْت الْخُرُوجَ تُرِيدُ مِنْ الْمَدِينَةِ، وَقَوْلُهَا اشْتَدَّ عَلَيْهَا الزَّمَانُ تُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لِقِلَّةِ الْأَقْوَاتِ وَلِضِيقِ التَّصَرُّفِ بِهَا مِنْ أَجْلِ الْفِتْنَةِ، وَلَعَلَّهُ قَدْ اقْتَرَنَ بِذَلِكَ مِنْ مَنْعِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ أَعْرَابِيًّا بَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى الْإِسْلَامِ فَأَصَابَ الْأَعْرَابِيَّ وَعْكٌ بِالْمَدِينَةِ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ جَاءَهُ فَقَالَ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى، ثُمَّ جَاءَهُ فَقَالَ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى، فَخَرَجَ الْأَعْرَابِيُّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمَدِينَةُ كَالْكِيرِ تَنْفِي خَبَثَهَا وَيَنْصَعُ طِيبُهَا)

[المنتقى]

جَلْبِ الْأَقْوَاتِ إلَيْهَا مَا أَغْلَى الْأَقْوَاتَ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ابْنِ عُمَرَ اُقْعُدِي لُكَعُ عَلَى وَجْهِ الْإِنْكَارِ عَلَيْهَا وَالتَّبَسُّطِ بِالسَّبِّ عَلَى وَجْهِ النُّصْحِ لَهَا وَالْإِشْفَاقِ عَلَيْهَا لِخَطَئِهَا فِيمَا تُرِيدُ مِنْ الِانْتِقَالِ عَنْ الْمَدِينَةِ مَا فِي مُلَازَمَتِهَا وَالصَّبْرِ عَلَى شِدَّتِهَا مِنْ الْأَجْرِ الْجَزِيلِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَصْبِرُ عَلَى لَأْوَائِهَا وَشِدَّتِهَا أَحَدٌ» اللَّأْوَاءُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ هُوَ الْجُوعُ وَتَعَذُّرُ التَّكَسُّبِ وَالشِّدَّةُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا اللَّأْوَاءَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا كُلَّ مَا يَشْتَدُّ بِهِ سُكْنَاهَا، وَتَعْظُمُ مَضَرَّتُهُ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «إلَّا كُنْت لَهُ شَفِيعًا أَوْ شَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ شَكًّا مِنْ ابْنِ عُمَرَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ شَكًّا مِنْ الرَّاوِي عَنْهُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ: هُوَ شَكٌّ مِنْ الْمُحَدِّثِ وَقَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَالشَّفَاعَةُ عَلَى قِسْمَيْنِ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ السُّنَّةِ، وَهِيَ شَفَاعَةٌ فِي زِيَادَةِ الدَّرَجَاتِ لِمَنْ دَخَلَ الْجَنَّةَ، وَشَفَاعَةٌ فِي الْخُرُوجِ مِنْ النَّارِ خَاصَّةً، وَقَدْ تَظَاهَرَتْ الْأَخْبَارُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشَفَاعَتِهِ لِمُذْنِبِي أُمَّتِهِ وَخُرُوجِهِمْ مِنْ النَّارِ بِشَفَاعَتِهِ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي هَذِهِ الشَّفَاعَةِ أَهْلُ السُّنَّةِ فَإِنْ كَانَ لَفْظُ الْحَدِيثِ كُنْت لَهُ شَفِيعًا، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الشَّفَاعَةَ لِمُذْنِبِهِمْ فِي الْخُرُوجِ مِنْ النَّارِ، وَالشَّفَاعَةَ لِمُحْسِنِهِمْ فِي زِيَادَةِ الدَّرَجَاتِ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ إلَّا كُنْت لَهُ شَفِيعًا مِنْ النَّارِ إنْ اُمْتُحِنَ بِهَا، أَوْ شَفِيعًا فِي زِيَادَةِ دَرَجَاتِهِ فِي الْجَنَّةِ إنْ سَلِمَ مِنْهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ إلَّا كُنْت لَهُ شَفِيعًا فِي الْخُرُوجِ مِنْ النَّارِ إنْ احْتَاجَ ذَلِكَ فَتَخْتَصُّ شَفَاعَتُهُ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ بِالْمُذْنِبِينَ، وَالْأَوَّلُ أَعَمُّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ، وَقَوْلُهُ أَوْ شَهِيدًا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ شَهِيدٌ لَهُ بِالْمَقَامِ الَّذِي فِيهِ الْأَجْرُ، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّ لِشَهَادَتِهِ فَضْلًا فِي الْأَجْرِ وَإِحْبَاطًا لِلْوِزْرِ، فَإِنَّهُ لَا شَكَّ أَنَّ سُكْنَاهُ فِي الْمَدِينَةِ يَثْبُتُ وَيُوجَدُ ثَابِتًا

فِي جُمْلَةِ حَسَنَاتِهِ إلَّا أَنَّ لِشَهَادَةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – زِيَادَةَ أَجْرٍ وَمَزِيَّةً، وَلِذَلِكَ «قَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي قَتْلَى أُحُدٍ هَؤُلَاءِ أَنَا شَهِيدٌ عَلَيْهِمْ» ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَهَذَا الْحَدِيثُ يَقْتَضِي أَنَّ فَضِيلَةَ اسْتِيطَانِ الْمَدِينَةِ وَالْبَقَاءِ بِهَا بَاقِيَةٌ بَعْدَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ أَعْرَابِيًّا بَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى الْإِسْلَامِ فَأَصَابَ الْأَعْرَابِيَّ وَعْكٌ بِالْمَدِينَةِ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ جَاءَهُ فَقَالَ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى، ثُمَّ جَاءَهُ فَقَالَ أَقِلْنِي بَيْعَتِي فَأَبَى، فَخَرَجَ الْأَعْرَابِيُّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمَدِينَةُ كَالْكِيرِ تَنْفِي خَبَثَهَا وَيَنْصَعُ طِيبُهَا) .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ أَعْرَابِيًّا بَايَعَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى الْإِسْلَامِ، ثُمَّ طَلَبَ أَنْ يُقِيلَهُ بَيْعَتَهُ لَمَّا وُعِكَ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ مِنْ حُكْمِ الْإِسْلَامِ حِينَئِذٍ الْهِجْرَةُ إلَى الْمَدِينَةِ عَلَى الْمُقَامِ بِهَا مَعَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَأَنَّ ذَلِكَ تَضَمَّنَتْهُ بَيْعَتُهُ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَلِذَلِكَ كَانَ سَأَلَهُ أَنْ يُقِيلَهُ بَيْعَتَهُ يُؤَيِّدُ هَذَا التَّأَوُّلَ أَنَّهُ نَقَضَ ذَلِكَ بِالْخُرُوجِ، وَهُوَ الَّذِي نُقِلَ إلَيْنَا مِنْ حَالِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ بَعْدَ انْقِضَاءِ أَمَدِ فَرْضِ الْهِجْرَةِ، وَإِنَّمَا بَايَعَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ جَاءَ يَسْأَلُهُ أَنْ يُقِيلَهُ فِي ذَلِكَ لَمَّا اسْتَجَازَ الْكُفْرَ وَلَمْ يَسْتَجِزْ نَقْضَ الْعَهْدِ، وَاعْتَقَدَ أَنَّهُ تَسُوغُ إقَالَتُهُ فِيهِ لَمْ يُقِلْهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –؛ لِأَنَّ إقَالَتَهُ تَتَضَمَّنُ إبَاحَةَ الْكُفْرِ، وَاَللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَعْصِمُ نَبِيَّهُ مِنْ ذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ سَبَّبَ لَهُ ذَلِكَ أَنَّهُ اسْتَوْخَمَ الْمَدِينَةَ لَمَّا وُعِكَ بِهَا كَمَا فَعَلَ الْعُرَنِيُّونَ الَّذِينَ اجْتَوَوْا الْمَدِينَةَ فَأَذِنَ لَهُمْ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَكُونُوا مَعَ نَعَمِهِ فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا فَقَتَلُوا رَاعِيَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَاسْتَاقُوا النَّعَمَ مُرْتَدِّينَ عَنْ الْإِسْلَامِ فَبَعَثَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَتَى بِهِمْ فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَلَ أَعْيُنَهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمَّا خَرَجَ الْأَعْرَابِيُّ إنَّمَا الْمَدِينَةُ كَالْكِيرِ تَنْفِي خَبَثَهَا وَيَنْصَعُ طِيبُهَا

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ سَمِعْت أَبَا الْحُبَابِ سَعِيدَ بْنَ يَسَارٍ يَقُولُ: سَمِعْت أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «أُمِرْت بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ الْقُرَى» يَقُولُونَ يَثْرِبُ وَهِيَ الْمَدِينَةُ تَنْفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ

رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَخْرُجُ أَحَدٌ مِنْ الْمَدِينَةِ رَغْبَةً عَنْهَا إلَّا أَبْدَلَهَا اللَّهُ خَيْرًا مِنْهُ») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ سُفْيَانَ بْنِ أَبِي زُهَيْرٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «يُفْتَحُ الْيَمَنُ فَيَأْتِي قَوْمٌ يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، وَيُفْتَحُ الشَّامُ فَيَأْتِي قَوْمٌ

[المنتقى]

يَقْتَضِي أَنَّهُ خَرَجَ نَاقِضًا لِلْعَهْدِ وَالْمَدِينَةُ لَا يَبْقَى عَلَى شِدَّتِهَا إلَّا مَنْ أَخْلَصَ إيمَانَهُ، وَأَمَّا مَنْ خَبُثَتْ سَرِيرَتُهُ فَإِنَّهَا تَنْفِيهِ كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ، وَهُوَ مَا يُخَلِّصُ بِهِ الْحَدَّادُ حَدِيدَهُ، فَالْمَدِينَةُ تَنْفِي مَنْ لَمْ يُخَلِّصْ إيمَانَهُ وَيَبْقَى مَنْ خَلَّصَ إيمَانَهُ، وَمَعْنَى يَنْصَعُ طِيبُهَا يَخْلُصُ وَفِي كِتَابِ أَبِي الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيِّ يَنْصَعُ طِيبُهَا أَيْ يَبْقَى وَيَظْهَرُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ يَخْلُصُ لِلْبَقَاءِ بِالْمَدِينَةِ أَهْلُ الْإِيمَانِ وَأَهْلُ الْفَضْلِ.

وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «تَنْفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ تَنْفِي أَهْلَ الْخَبَثِ مِنْ النَّاسِ، وَالْخَبَثُ الرَّدِيءُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَمَا يُفْسِدُهُ، وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ الْمَدِينَةِ فَالْتَفَتَ إلَى مُزَاحِمٍ مَوْلَاهُ فَقَالَ يَا مُزَاحِمُ أَتَخْشَى أَنْ نَكُونَ مِمَّنْ نَفَتْهُ الْمَدِينَةُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ سَمِعْت أَبَا الْحُبَابِ سَعِيدَ بْنَ يَسَارٍ يَقُولُ: سَمِعْت أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «أُمِرْت بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ الْقُرَى» يَقُولُونَ يَثْرِبُ وَهِيَ الْمَدِينَةُ تَنْفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ) .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أُمِرْت بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ الْقُرَى» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ أُمِرْت بِالْخُرُوجِ إلَيْهَا، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَعْنَاهُ فِي رَأْيِي تَفْتَحُ الْقُرَى قَالَ: وَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْمَدِينَةِ {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً} [التوبة: 123] قَالَ الَّذِينَ يَلُونَ الْمَدِينَةَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَمَعْنَى أَكْلِهَا الْقُرَى عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَنَّهُ مِنْهَا يَغْلِبُ عَلَى سَائِرِ الْقُرَى، وَيَفْتَحُ جَمِيعَهَا وَيَأْخُذُ أَهْلُ الْمَدِينَةِ أَكْثَرَ أَمْوَالِهَا، وَيَنْتَقِلُ حُكْمُهُمْ إلَى أَمِيرٍ سَاكِنِ الْمَدِينَةِ وَتَعُودُ طَاعَةً لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَقُولُونَ يَثْرِبُ وَهِيَ الْمَدِينَةُ» قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ مَعْنَاهُ أَنَّ النَّاسَ يُسَمُّونَهَا يَثْرِبَ، وَأَنَا أُسَمِّيهَا الْمَدِينَةَ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَيُقَالُ أَنَّ مَنْ سَمَّاهَا يَثْرِبَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ خَطِيئَةً، وَإِنَّمَا سَمَّاهَا اللَّهُ تَعَالَى فِي الْقُرْآنِ يَثْرِبَ فَقَالَ: إنَّمَا الْقُرْآنُ عَلَى مَا يَعْرِفُ النَّاسُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُ – وَعِنْدِي أَنَّهُ يُشِيرُ إلَى قَوْله تَعَالَى {وَإِذْ قَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ يَا أَهْلَ يَثْرِبَ لا مُقَامَ لَكُمْ فَارْجِعُوا} [الأحزاب: 13] وَهَذَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إخْبَارٌ عَنْ الْمُنَافِقِينَ؛ لِأَنَّ قَبْلَ هَذِهِ الْآيَةِ {وَإِذْ يَقُولُ الْمُنَافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ مَا وَعَدَنَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ إِلا غُرُورًا} [الأحزاب: 12] ثُمَّ قَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {وَإِذْ قَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ يَا أَهْلَ يَثْرِبَ لا مُقَامَ لَكُمْ فَارْجِعُوا} [الأحزاب: 13] وَهَذَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَوْلُ الْمُنَافِقِينَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ فَارْجِعُوا، فَإِنَّمَا هُوَ قَوْلُ مَنْ كَانَ يُرِيدُ رَدَّ أَصْحَابِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ نُصْرَتِهِ وَالْمُقَامِ مَعَهُ، فَهَؤُلَاءِ إنَّمَا كَانُوا يُسَمُّونَهَا يَثْرِبَ عَلَى حَسَبِ مَا كَانَتْ تُسَمَّى عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَأَمَّا بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَإِنَّ اسْمَهَا طَيْبَةُ وَطَابَةُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَخْرُجُ أَحَدٌ مِنْ الْمَدِينَةِ رَغْبَةً عَنْهَا إلَّا أَبْدَلَهَا اللَّهُ خَيْرًا مِنْهُ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَخْرُجُ أَحَدٌ مِنْ الْمَدِينَةِ رَغْبَةً عَنْهَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَغْبَةً عَنْ ثَوَابِ السَّاكِنِ فِيهَا، وَأَمَّا مَنْ خَرَجَ لِضَرُورَةِ شِدَّةِ زَمَانٍ أَوْ فِتْنَةٍ فَلَيْسَ مِمَّنْ يَخْرُجُ رَغْبَةً عَنْهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَالظَّاهِرُ عِنْدِي أَنَّهُ إنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْخُرُوجَ عَنْ اسْتِيطَانِهَا إلَى اسْتِيطَانِ غَيْرِهَا، وَأَمَّا مَنْ كَانَ مُسْتَوْطِنًا غَيْرَهَا فَقَدِمَ عَلَيْهَا طَالِبًا لِلْقُرْبَةِ بِإِتْيَانِهَا أَوْ مُسَافِرًا فَخَرَجَ عَنْهَا رَاجِعًا إلَى وَطَنِهِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَسْفَارِهِ، فَلَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا رَغْبَةً عَنْهَا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إلَّا أَبْدَلَهَا اللَّهُ خَيْرًا مِنْهُ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَبْدَلَهَا اللَّهُ مُسْتَوْطِنًا بِهَا خَيْرًا مِنْهُ، إمَّا بِمُنْتَقِلٍ يَنْتَقِلُ إلَيْهَا مِنْ غَيْرِهَا أَوْ مَوْلُودٍ يُولَدُ فِيهَا.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ سُفْيَانَ بْنِ أَبِي زُهَيْرٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «يُفْتَحُ الْيَمَنُ فَيَأْتِي قَوْمٌ يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، وَيُفْتَحُ الشَّامُ فَيَأْتِي قَوْمٌ

(190/7)

يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، وَيُفْتَحُ الْعِرَاقُ فَيَأْتِي قَوْمٌ يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ») . (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ حِمَاسٍ عَنْ عَمِّهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَتُتْرَكَنَّ الْمَدِينَةُ عَلَى أَحْسَنِ مَا كَانَتْ حَتَّى يَدْخُلَ الْكَلْبُ أَوْ الذِّئْبُ فَيُغَذِّي عَلَى بَعْضِ سَوَارِي الْمَسْجِدِ أَوْ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: فَلِمَنْ تَكُونُ الثِّمَارُ ذَلِكَ الزَّمَانَ قَالَ لِلْعَوَافِي الطَّيْرِ وَالسِّبَاعِ») (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ

بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ حِينَ خَرَجَ مِنْ الْمَدِينَةِ الْتَفَتَ

[المنتقى]

يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، وَيُفْتَحُ الْعِرَاقُ فَيَأْتِي قَوْمٌ يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُفْتَحُ الْيَمَنُ فَيَأْتِي قَوْمٌ يَبُسُّونَ فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ» مَعْنَى يَبُسُّونَ يُقَالُ فِي زَجْرِ الدَّابَّةِ إذَا سَبَقَتْ بِسْ بِسْ، وَهُوَ مِنْ كَلَامِ الْعَرَبِ يُقَالُ بَسَسْت وَأَبْسَسْت قَالَ ذَلِكَ أَبُو عُبَيْدَةَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى يَبُسُّونَ يَسُوقُونَ، وَقَدْ قِيلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَبُسَّتِ الْجِبَالُ بَسًّا} [الواقعة: 5] أَيْ سِيقَتْ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى يَبُسُّونَ يَسِيرُونَ عَنْهَا سَيْرًا أَفْوَاجًا، وَقَرَأَ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَبُسَّتْ الْجِبَالُ بَسًّا قَالَ: سُيِّرَتْ الْجِبَالُ سَيْرًا قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَقَوْلُهُ يَبُسُّونَ مَعْنَاهُ يُؤَلِّفُونَ أَهْلَ الْمَدِينَةِ إلَى غَيْرِهَا وَيُزَيِّنُونَ لَهُمْ الْخُرُوجَ مِنْهَا وَقَالَهُ ابْنُ وَهْبٍ، وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يَبُسُّونَ يَدْعُونَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ وَمَنْ أَطَاعَهُمْ» يُرِيدُ مَنْ يَخْتَصُّ بِهِمْ مِنْ الْأَهْلِ الَّذِينَ يَرْحَلُونَ بِرَحِيلِهِ، وَمَنْ أَطَاعَهُ مِمَّنْ لَا يَرْحَلُ بِرَحِيلِهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا يَفُوتُهُمْ مِنْ الْأَجْرِ بِالِانْتِقَالِ عَنْهَا أَعْظَمُ وَأَفْضَلُ مِمَّا يَنَالُونَهُ مِنْ الْخِصْبِ وَسَعَةِ الْعَيْشِ حَيْثُ يَنْتَقِلُونَ إلَيْهِ مِنْ الْيَمَنِ وَالشَّامِ وَالْعِرَاقِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ حَمَاسٍ عَنْ عَمِّهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَتُتْرَكَنَّ الْمَدِينَةُ عَلَى أَحْسَنِ مَا كَانَتْ حَتَّى يَدْخُلَ الْكَلْبُ أَوْ الذِّئْبُ فَيُغَدِّي عَلَى بَعْضِ سَوَارِي الْمَسْجِدِ أَوْ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: فَلِمَنْ تَكُونُ الثِّمَارُ ذَلِكَ الزَّمَانَ قَالَ لِلْعَوَافِي الطَّيْرِ وَالسِّبَاعِ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَتُتْرَكَنَّ الْمَدِينَةُ عَلَى أَحْسَنِ مَا كَانَتْ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ فِي وَقْتٍ تَكُونُ فِيهِ أَحْسَنَ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِي أَمْرِ دِينٍ أَوْ دُنْيَا أَوْ فِيهِمَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ حُسْنَ ثِمَارِهَا وَنَمَاءَهَا، وَلِذَلِكَ قَالُوا لَهُ فَلِمَنْ تَكُونُ الثِّمَارُ يَوْمَئِذٍ؟

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ حُسْنِهَا فِي وَقْتِ صَلَاحِهَا وَعِمَارَةِ الْمُسْلِمِينَ لَهَا، فَيَكُونُ أَحْسَنَ بِمَعْنَى الْحُسْنِ كَمَا قَالُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَهُوَ أَهْوَنُ عَلَيْهِ} [الروم: 27] مَعْنَاهُ وَهُوَ هَيِّنٌ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَتُتْرَكَنَّ الْمَدِينَةُ» ظَاهِرُهُ تَرْكُ سُكْنَاهَا فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَانِعٍ يَمْنَعُ سُكْنَاهَا مِنْ فِتْنَةٍ أَوْ شِدَّةِ حَالٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِإِيثَارِهِمْ غَيْرَهَا عَلَيْهَا لِخِصْبٍ أَوْ مَعْنًى مِنْ الْمَعَانِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «حَتَّى يَدْخُلَ الْكَلْبُ أَوْ الذِّئْبُ فَيُعَدِّي عَلَى بَعْضِ سَوَارِي الْمَسْجِدِ» يَقْتَضِي إخْلَاءَهَا جُمْلَةً حَتَّى لَا يَكُونَ بِهَا مِنْ سُكَّانِهَا مَنْ لَا يَمْنَعُ هَذَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَمَعْنَى يُعَدِّي عَلَى سَوَارِي الْمَسْجِد قَالَ ابْنُ بُكَيْر مَعْنَاهُ يَبُولُ، وَعِنْدِي أَنَّ حَقِيقَةَ هَذِهِ اللَّفْظَةِ أَنَّهُ يَقْطَعُ بَوْلَهُ دَفْعَةً دَفْعَةً، يُقَالُ عَدَا بِبَوْلِهِ إذَا دَفَعَهُ دَفْعَةً.

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ وَمِنْهُ عَدَا الْعِرْقُ وَغَيْرُهُ يُعَدِّي وَمِنْهُ قِيلَ الْبَعِيرُ يَعْدُو بِبَوْلِهِ إذَا رَمَى بِهِ مُتَقَطِّعًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمْ فَلِمَنْ تَكُونُ الثِّمَارُ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ سُؤَالٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدُوا بِهِ الِاسْتِفْهَامَ عَنْ انْقِطَاعِ النَّاسِ عَنْهَا جُمْلَةً، وَهَلْ يَكُونُونَ مِنْهَا عَلَى حَالٍ مِنْ شَأْنِهَا فِي وَقْتِ الثِّمَارِ؟ فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «تَكُونُ لِلْعَوَافِي الطَّيْرِ وَالسِّبَاعِ» .

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ الْعَوَافِي مِنْ الْوَحْشِ وَالسِّبَاعِ وَالطَّيْرِ مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِك عَفَوْت فُلَانًا أَعْفُوهُ إذَا أَتَيْته تَطْلُبُ مَعْرُوفَهُ، وَيُقَالُ فُلَانٌ كَثِيرُ الْغَاشِيَةِ وَالْعَافِي أَيْ يَغْشَاهُ السُّؤَالُ وَالطَّالِبُونَ فَاقْتَضَى ذَلِكَ انْقِطَاعَ أَهْلِهَا عَنْهَا وَتَرْكَ ثِمَارِهَا حَتَّى لَا تَكُونَ إلَّا لِلطَّيْرِ وَالسِّبَاعِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَإِضَافَتُهَا إلَيْهَا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهَا تَعِيشُ مِنْهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهَا تَنْفَرِدُ بِهَا دُونَ أَرْبَابِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ حِينَ خَرَجَ مِنْ الْمَدِينَةِ الْتَفَتَ

(191/7)

إلَيْهَا فَبَكَى، ثُمَّ قَالَ يَا مُزَاحِمُ أَتَخْشَى أَنْ نَكُونَ مِمَّنْ نَفَتْ الْمَدِينَةُ) .

مَا جَاءَ فِي تَحْرِيمِ الْمَدِينَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عُمَرَ وَمَوْلَى الْمُطَّلِبِ «عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – طَلَعَ لَهُ أُحُدٌ فَقَالَ هَذَا جَبَلٌ يُحِبُّنَا وَنُحِبُّهُ اللَّهُمَّ إنَّ إبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ وَإِنِّي أُحَرِّمُ مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا»)

إِلَيْهَا فَبَكَى، ثُمَّ قَالَ يَا مُزَاحِمُ أَتَخْشَى أَنْ نَكُونَ مِمَّنْ نَفَتْ الْمَدِينَةُ) .

(ش) : يُرِيدُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا تَنْفِي خَبَثَهَا، فَخَافَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ نَفَتْهُ الْمَدِينَةُ لِكَوْنِهِ مِنْ الْخَبَثِ لِمُخَالَفَةِ سُنَّةٍ أَوْ ضَلَالٍ عَنْ هُدًى، وَمِثْلُهُ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ وَالدِّينِ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ أَدْرَكْت ثَلَاثِينَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كُلُّهُمْ يَخَافُ النِّفَاقَ عَلَى نَفْسِهِ، وَقَالَ الْحَسَنُ مَا خَافَهُ إلَّا مُؤْمِنٌ، وَلَا أَمِنَهُ إلَّا مُنَافِقٌ.

وَقَالَ إبْرَاهِيمُ التَّمِيمِيُّ: مَا عَرَضْت قَوْلِي عَلَى عَمَلِي إلَّا خَشِيت أَنْ أَكُونَ مُكَذِّبًا فَعَلَى هَذَا أَهْلُ الدِّينِ وَالْعِلْمِ وَالْفَضْلِ مِنْ الْخَوْفِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَالِاتِّهَامِ لَهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي تَحْرِيمِ الْمَدِينَةِ]

(ش) : قَوْلُ أَنَسٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – طَلَعَ لَهُ أُحُدٌ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ بَدَا لَهُ، فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «هَذَا جَبَلٌ يُحِبُّنَا وَنُحِبُّهُ» قَالَ مَعْنَاهُ يُحِبُّنَا أَهْلُهُ وَنُحِبُّهُمْ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ انْتِفَاعُنَا بِهِ انْتِفَاعُنَا بِمَنْ يُحِبُّنَا فِي الْحِمَايَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوهِ الْمَنَافِعِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ مَحَبَّتَنَا لَهُ مَحَبَّتُنَا لِمَنْ يَعْتَقِدُ فِيهِ أَنَّهُ يُحِبُّنَا فَهُوَ آكَدُ لِلْمَحَبَّةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «اللَّهُمَّ إنَّ إبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ» وَرَوَى يَحْيَى بْنُ مُزَيْنٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ خَالِدٍ الزِّنْجِيِّ حَرَّمَ مَكَّةَ مِمَّا يَلِي الْمَدِينَةَ نَحْوَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَمْيَالٍ أَوْ دَنَا شَيْئًا نَحْوَ التَّنْعِيمِ، وَمِمَّا يَلِي طَرِيقَ الْعِرَاقِ عَلَى ثَمَانِيَةِ أَمْيَالٍ، وَمِمَّا يَلِي طَرِيقَ نَجْدٍ سَبْعَةَ أَمْيَالٍ، وَمِمَّا يَلِي طَرِيقَ الْيَمَنِ سَبْعَةَ أَمْيَالٍ بِمَوْضِعٍ يُقَالُ لَهُ أَضَاءَةُ وَمِمَّا يَلِي جُدَّةَ عَشَرَةَ أَمْيَالٍ بِالْحُدَيْبِيَةِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِيهِ نَظَرٌ وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّ بَيْنَ مَكَّةَ وَعَرَفَةَ نَحْوَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ مِيلًا، وَهُوَ نَحْوَ مَا بَيْنَ مَكَّةَ وَالْحُدَيْبِيَةِ وَبَيْنَ مَكَّةَ وَالْجِعْرَانَةِ وَبَيْنَ مَكَّةَ وَحُنَيْنٍ هَذِهِ مَسَافَاتٌ مُتَقَارِبَةٌ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَ مَكَّةَ وَالْحُدَيْبِيَةِ تِسْعَةُ أَمْيَالٍ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مَكَّةَ وَجُدَّةَ مَا تُقْصَرُ فِيهِ الصَّلَاةُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنَّ بَيْنَهُمَا ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ مِيلًا، وَتُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ، وَإِنَّمَا يَقَعُ الْوَهْمُ مَعَ اخْتِلَافِ النَّاسِ فِي الْحَزْرِ فِي قَدْرِ الْمِيلِ، وَالَّذِي حَكَى ابْنُ حَبِيبٍ أَلْفَ بَاعٍ كُلُّ بَاعٍ مِنْ ذِرَاعَيْنِ، وَأَهْلُ الْحِسَابِ وَكَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ مُعْتَمِدُونَ عَلَى أَنَّ كُلَّ بَاعٍ أَرْبَعَةُ أَذْرُعٍ فَتَفَاوَتَ الْأَمْرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَأَمَّا التَّنْعِيمُ فَإِنِّي أَقَمْت

بِمَكَّةَ مُدَّةً وَسَمِعْت أَكْثَرَ النَّاسِ يَذْكُرُونَ أَنَّهَا خَمْسَةُ أَمْيَالٍ، وَلَمْ أَسْمَعْ فِي ذَلِكَ خِلَافًا مُدَّةَ مَقَامِي بِهَا، وَلَوْ كَانَ بَيْنَ مَكَّةَ وَالتَّنْعِيمِ أَرْبَعَةُ أَمْيَالٍ أَوْ دُونَ لَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ مَكَّةَ وَالْحُدَيْبِيَةِ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ قَرِيبٌ مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ مِيلًا فَإِنَّهَا أَزْيَدُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَمْثَالِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ إبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ» وَقَدْ رَوَى ابْنُ شُرَيْحٍ الْعَدَوِيُّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إنَّ مَكَّةَ حَرَّمَهَا إبْرَاهِيمُ وَلَمْ يُحَرِّمْهَا النَّاسُ» ، وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ قَوْلَهُ إنَّ إبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ دَعَا فِي تَحْرِيمِهَا، وَأَنَّ الْبَارِئَ تَعَالَى أَجَابَ دُعَاءَهُ وَحَرَّمَهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ إبْرَاهِيمَ كُلِّفَ أَنْ يَحْكُمَ بِاجْتِهَادِهِ، وَأَنَّهُ أَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ إلَى تَحْرِيمِهَا فَأُضِيفَ ذَلِكَ إلَى تَحْرِيمِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لِأَنَّهُ بِأَمْرِهِ حُرِّمَتْ، وَيُضَافُ تَحْرِيمُهَا إلَى إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لِأَنَّهُ الَّذِي حَكَمَ بِذَلِكَ، وَيَكُونُ الْمَعْنَى أَنَّ مَكَّةَ حَرَّمَهَا اللَّهُ، وَلَمْ يُحَرِّمْهَا النَّاسُ أَنَّهُ لَمْ يُحَرِّمْهَا أَحَدٌ مِنْ النَّاسِ مِمَّنْ لَا يَلْزَمُ تَحْرِيمُهُ، وَلَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ بِالِاجْتِهَادِ فِي ذَلِكَ، وَلَمْ يُسَوَّغْ لَهُ التَّحْرِيمُ فَلَا يَلْزَمُ النَّاسَ امْتِثَالُ أَمْرِهِ وَاجْتِنَابُ مَا نَهَى عَنْهُ وَحَرَّمَهُ

(192/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لَوْ رَأَيْت الظِّبَاءَ بِالْمَدِينَةِ تَرْتَعُ مَا ذَعَرْتهَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا حَرَامٌ») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ وَجَدَ غِلْمَانًا قَدْ أَلْجَئُوا ثَعْلَبًا إلَى زَاوِيَةٍ فَطَرَدَهُمْ عَنْهُ قَالَ مَالِكٌ لَا أَعْلَمُ إلَّا أَنَّهُ قَالَ أَفِي حَرَمِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُصْنَعُ هَذَا مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ قَالَ دَخَلَ عَلَيَّ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأَنَا بِالْأَسْوَاقِ، وَقَدْ اصْطَدْت نُهَسًا فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِي فَأَرْسَلَهُ) .

مَا جَاءَ فِي وَبَاءِ الْمَدِينَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ «لَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمَدِينَةَ وُعِكَ أَبُو بَكْرٍ وَبِلَالٌ قَالَ فَدَخَلْت عَلَيْهِمَا فَقُلْت: يَا أَبَتِ كَيْفَ تَجِدُك وَيَا بِلَالُ كَيْفَ تَجِدُك قَالَتْ فَكَانَ أَبُو بَكْرٍ إذَا أَخَذَتْهُ الْحُمَّى يَقُولُ

كُلُّ امْرِئٍ مُصَبَّحٌ فِي أَهْلِهِ ... وَالْمَوْتُ أَدْنَى مِنْ شِرَاكِ نَعْلِهِ

وَكَانَ بِلَالٌ إذَا أُقْلِعَ عَنْهُ يَرْفَعُ عَقِيرَتَهُ فَيَقُولُ

أَلَّا لَيْتَ شِعْرِي هَلْ أَبِيتَنَّ لَيْلَةً ... بِوَادٍ وَحَوْلِي إذْخِرٌ وَجَلِيلُ
وَهَلْ أَرِدَنْ يَوْمًا مِيَاهَ مَجَنَّةٍ ... وَهَلْ يَبْدُوَنْ لِي شَامَةٌ وَطَفِيلُ
قَالَتْ عَائِشَةُ فَجِئْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ اللَّهُمَّ حَبِّبْ إلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَإِنِّي أُحَرِّمُ مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا» يُرِيدُ حَرَّتَيْهَا، وَاللَّابَةُ الْحَرَّةُ قَالَهُ ابْنُ نَافِعٍ قَالَ وَالْحَرَّتَانِ إحْدَاهُمَا الَّتِي يَنْزِلُ بِهَا الْحَاجُّ، وَالْأُخْرَى تُقَابِلُهَا مِنْ نَاحِيَةِ شَرْقِيِّ الْمَدِينَةِ وَهُوَ أَيْضًا فِي أَقْصَى الْعُمْرَانِ خَارِجَةً عَنْهُ.

وَقَالَ وَحَرَّتَانِ أُخْرَيَانِ أَيْضًا مِنْ نَاحِيَةِ الْقِبْلَةِ وَالْجَوْفِ مِنْ الْمَدِينَةِ، وَهُمَا أَيْضًا فِي طَرَفِ الْعُمْرَانِ مِنْ جَانِبَيْ الْمَدِينَةِ جَمِيعًا عَلَى مِثْلِ الْآخَرَيْنِ، قَالَ ابْنُ نَافِعٍ فَمَا بَيْنَ هَذِهِ الْحَرَّاتِ فِي الدُّورِ كُلِّهِ مُحَرَّمٌ أَنْ يُصَادَ فِيهِ صَيْدٌ، وَمَنْ عَصَى فَاسْتَحَلَّ فَقَدْ اسْتَحَلَّ مَا قَدْ نُهِيَ عَنْهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيهِ جَزَاءٌ، وَحُرِّمَ قَطْعُ الشَّجَرِ مِنْهَا عَلَى بَرِيدٍ مِنْ كُلِّ شَقٍّ حَوْلَهَا كُلِّهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ مُقْتَضَى تَفْضِيلِ مَالِكٍ الْمَدِينَةَ عَلَى مَكَّةَ أَنَّ عَلَيْهِ الْجَزَاءَ فِيمَا أَصَابَ مِنْ الصَّيْدِ فِي حَرَمِ الْمَدِينَةِ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لَوْ رَأَيْت الظِّبَاءَ بِالْمَدِينَةِ تَرْتَعُ مَا ذَعَرْتُهَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا حَرَامٌ») .

(ش) : قَوْلُ أَبِي هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَوْ رَأَيْت الظِّبَاءَ تَرْتَعُ بِالْمَدِينَةِ مَا ذَعَرْتُهَا يُرِيدُ مَا نَفَّرْتُهَا.

وَقَدْ رَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إنَّ اللَّهَ حَرَّمَ مَكَّةَ لَا يُخْتَلَى خَلَاهَا، وَلَا يُعْضَدُ شَجَرُهَا وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا» قَالَ عِكْرِمَةُ مَعْنَى يُنَفَّرُ صَيْدُهَا أَنْ يُنَحِّيَهُ مِنْ الظِّلِّ فَيُقِيلَ مَكَانَهُ، فَهَذَا مَعْنَى الذُّعْرِ الَّذِي ذَكَرَ أَبُو هُرَيْرَةَ، وَقَوْلُ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا حَرَامٌ» يَقْتَضِي أَنَّ ذَعْرَ الصَّيْدِ مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ تَحْرِيمُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، قَالَ ابْنُ وَهْبٍ يَعْنِي مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا مَا بَيْنَ حَرَّتَيْهَا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

وَقَالَ الْأَصْمَعِيُّ الْحَرَّةُ هِيَ الْأَرْضُ الَّتِي تَعْلُوهَا حِجَارَةٌ سَوْدَاءُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ وَجَدَ غِلْمَانًا قَدْ أَلْجَئُوا ثَعْلَبًا إلَى زَاوِيَةٍ فَطَرَدَهُمْ عَنْهُ قَالَ مَالِكٌ لَا أَعْلَمُ إلَّا أَنَّهُ قَالَ أَفِي حَرَمِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُصْنَعُ هَذَا مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ قَالَ دَخَلَ عَلَيَّ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأَنَا بِالْأَسْوَاقِ، وَقَدْ اصْطَدْت نُهَسًا

فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِي فَأَرْسَلَهُ) .

(ش) : قَوْلُ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِلَّذِينَ أَلْجَئُوا ثَعْلَبًا إلَى زَاوِيَةٍ أَفِي حَرَمِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُصْنَعُ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا اسْتِبَاحَةٌ لِحُرَمِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَيُنْكِرُ عَلَى مَنْ فَعَلَهُ، وَلِذَلِكَ طَرَدَهُمْ عَنْهُ، وَالنُّهَسُ الَّذِي اصْطَادَ الرَّجُلُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ هُوَ طَائِرٌ يُقَالُ لَهُ النُّهَسُ، وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ الْأَسْوَاقُ عَلَى هَذَا مَوْضِعًا بِبَعْضِ أَطْرَافِ الْمَدِينَةِ بَيْنَ الْحَرَّتَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(193/7)

أَشَدَّ، وَصَحِّحْهَا وَبَارِكْ لَنَا فِي مُدِّهَا وَصَاعِهَا وَانْقُلْ حُمَّاهَا فَاجْعَلْهَا بِالْجُحْفَةِ») .

(قَالَ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَتْ: وَكَانَ عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ يَقُولُ

قَدْ رَأَيْت الْمَوْتَ قَبْلَ ذَوْقِهِ ... إنَّ الْجَبَانَ حَتْفُهُ مِنْ فَوْقِهِ

مَالِكٌ عَنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمُجْمِرِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «عَلَى أَنْقَابِ الْمَدِينَةِ مَلَائِكَةٌ لَا يَدْخُلُهَا الطَّاعُونُ وَلَا الدَّجَّالُ») .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي وَبَاءِ الْمَدِينَةِ]

(ش) : قَوْلُهَا – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمَدِينَةَ وُعِكَ أَبُو بَكْرٍ الْوَعْكُ إزْعَاجُ الْحُمَّى الْمَرِيضَ وَتَحْرِيكُهَا إيَّاهُ، يُقَالُ وَعَكَتْهُ وَعْكًا وَدُخُولُ عَائِشَةِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – عَلَى أَبِيهَا وَبِلَالٍ عَلَى وَجْهِ الْعِيَادَةِ لَهُمَا وَهِيَ مِنْ الْقُرَبِ.

وَقَدْ رَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ «أَمَرَنَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ نَتْبَعَ الْجَنَائِزَ وَنَعُودَ الْمَرْضَى وَنُفْشِيَ السَّلَامَ» ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَنْزِلَ الْحِجَابُ وَقَوْلُهَا: وَكَانَ بِلَالٌ إذَا أُقْلِعَ عَنْهُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ تَذْهَبُ عَنْهُ الْحُمَّى فَأَفَاقَ، وَقَوْلُهَا – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – يَرْفَعُ عَقِيرَتَهُ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَعِيسَى بْنُ دِينَارٍ تُرِيدُ صَوْتَهُ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَالْإِذْخِرُ وَالْجَلِيلُ شَجَرَتَانِ طَيِّبَتَانِ تَكُونَانِ بِأَوْدِيَةِ مَكَّةَ، وَأَرَاهُ يُرِيدُ الْعُنَّابَ فَإِنَّ الْإِذْخِرَ وَالْجَلِيلَ إنَّمَا هُمَا نَبْتٌ وَلَيْسَا بِشَجَرٍ، قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى وَشَامَةٌ وَطَفِيلٌ جَبَلَانِ مِنْ جِبَالِ مَكَّةَ.

(فَصْلٌ) :

وَمَعْنَى إنْشَادِ بِلَالٍ الْبَيْتَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ عَلَى مَعْنَى التَّمَنِّي لِمَكَّةَ وَنَوَاحِيهَا، وَالتَّأَسُّفِ لِمَا فَاتَهُ مِمَّا أَلِفَ مِنْهَا، وَالتَّوَجُّعِ بِالْمُقَامِ بِالْمَدِينَةِ الَّتِي لَمْ يَعْهَدْ حَالَهَا وَلَا أَلِفَ هَوَاهَا.

وَقَدْ رَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ «أَنَّ أُنَاسًا مِنْ عُكْلٍ أَوْ عُرَيْنَةَ قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ إنَّا كُنَّا أَهْلَ ضَرْعٍ، وَلَمْ نَكُنْ أَهْلَ رِيفٍ وَاسْتَوْخَمُوا الْمَدِينَةَ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِذَوْدٍ وَبِرَاعٍ وَأَمَرَهُمْ أَنْ يَخْرُجُوا فِيهِ فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – فَجِئْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَخْبَرْته بِذَلِكَ تُرِيدُ بِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَبِلَالٍ فَقَالَ: اللَّهُمَّ حَبِّبْ إلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ، دُعَاءٌ مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يُذْهِبَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ الْإِشْفَاقَ عَنْ مُفَارَقَةِ مَكَّةَ وَسُكْنَى الْمَدِينَةِ، وَالدُّعَاءُ فِي أَنْ يُحَبِّبَ اللَّهُ إلَيْهِمْ الْمَدِينَةَ كَحُبِّهِمْ مَكَّةَ فَيَكْرَهُونَ الِانْتِقَالَ عَنْهَا كَمَا كَرِهُوا الِانْتِقَالَ مِنْ مَكَّةَ.

(فَصْلٌ) :

وَلَمْ يُنْكِرْ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنْشَادَ الشِّعْرِ عَلَى أَبِي بَكْرٍ وَبِلَالٍ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِهِ، وَقَدْ أَنْشَدَهُ حَسَّانُ وَكَعْبُ بْنُ زُهَيْرٍ وَمَدَحَهُ الْأَعْشَى وَكَعْبُ بْنُ مَالِكٍ وَجَمَاعَةٌ مِنْ شُعَرَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَإِنَّمَا الشِّعْرُ كَلَامٌ فَحَسَنُهُ كَحَسَنِ الْكَلَامِ وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِ الْكَلَامِ، وَمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «لَأَنْ يَمْتَلِئَ جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحًا حَتَّى يَرِيَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمْتَلِئَ شِعْرًا» ، فَقَدْ قَالَ قَوْمٌ مَعْنَاهُ مِنْ الشِّعْرِ الَّذِي هُجِيَ بِهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهَذَا لَيْس بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ أَنْ يُحْفَظُ بَيْتٌ وَاحِدٌ مِنْهُ وَلَا إنْشَادُهُ وَلَا إصْغَاءٌ إلَيْهِ إلَّا لِمَنْ يُرِيدُ الرَّدَّ عَلَى قَائِلِهِ وَالِانْتِصَارَ مِنْهُ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ مَعْنَاهُ مَنْ غَلَبَ عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِنْ التَّحَفُّظِ عَلَى الشَّرِيعَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُحْتَاجُ إلَيْهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّ مَالِكًا سُئِلَ عَنْ إنْشَادِ الشِّعْرِ فَقَالَ: مَا يَخِفُّ مِنْهُ وَلَا يَكْثُرُ وَمِنْ عَيْبِهِ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ {وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ} [يس: 69] قَالَ مَالِكٌ وَبَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنْ اجْمَعْ الشُّعَرَاءَ وَاسْأَلْهُمْ عَنْ الشِّعْرِ وَهَلْ بَقِيَتْ مَعَهُمْ مَعْرِفَتُهُ وَأَحْضِرْ لَبِيدًا ذَلِكَ قَالَ فَجَمَعَهُمْ وَسَأَلَهُمْ فَقَالُوا: إنَّا لَنَعْرِفُهُ وَنَقُولُهُ.

وَقَالَ لَبِيدٌ مَا قُلْت بَيْتَ شِعْرٍ مُنْذُ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقْرَأُ قَوْلَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ {الم} [البقرة: 1] {ذَلِكَ الْكِتَابُ لا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِلْمُتَّقِينَ} [البقرة: 2] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَصَحِّحْهَا وَانْقُلْ حُمَّاهَا إلَى الْجُحْفَةِ» يُرِيدُ أَنْ يُذْهِبَ عَنْهَا الْوَخَامَةَ الَّتِي

مَا جَاءَ فِي إجْلَاءِ الْيَهُودِ مِنْ الْمَدِينَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقُولُ كَانَ مِنْ آخِرِ مَا تَكَلَّمَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ قَالَ «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ لَا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ بِأَرْضِ الْعَرَبِ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ بِجَزِيرَةِ الْعَرَبِ» قَالَ مَالِكٌ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فَفَحَّصَ عَنْ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ حَتَّى أَتَاهُ الثَّلْجُ وَالْيَقِينُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ» فَأَجْلَى يَهُودَ خَيْبَرَ قَالَ مَالِكٌ: وَقَدْ أَجْلَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَهُودَ نَجْرَانَ وَفَدَكَ، فَأَمَّا يَهُودُ خَيْبَرَ فَخَرَجُوا مِنْهَا لَيْسَ لَهُمْ مِنْ الثَّمَرِ وَلَا مِنْ الْأَرْضِ شَيْءٌ، وَأَمَّا يَهُودُ فَدَكَ فَكَانَ لَهُمْ نِصْفُ الثَّمَرِ وَنِصْفُ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –كَانَ صَالَحَهُمْ عَلَى نِصْفِ الثَّمَرِ وَنِصْفِ الْأَرْضِ فَأَقَامَ لَهُمْ عُمَرُ نِصْفَ الثَّمَرِ وَنِصْفَ الْأَرْضِ قِيمَةً مِنْ ذَهَبٍ وَوَرِقٍ وَإِبِلٍ وَحِبَالٍ وَأَقْتَابٍ، ثُمَّ أَعْطَاهُمْ الْقِيمَةَ وَأَجْلَاهُمْ مِنْهَا) .

[المنتقى]

أَضَرَّتْ بِهِمْ، وَالْحُمَّى الَّتِي وُعِكُوا بِهَا، وَيَنْقُلَ ذَلِكَ إلَى الْجُحْفَةِ.

وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ: إنَّ الْجُحْفَةَ وَهِيَ مَهْيَعَةٌ كَانُوا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ عَلَى غَيْرِ الْإِسْلَامِ فَدَعَا عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَمِنْ دَعْوَةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – صَارَتْ الْجُحْفَةُ وَبِئَةً، قَلَّ مَنْ يَشْرَبُ مِنْ عَيْنِهَا، وَيُقَالُ لَهُ خُمَّ الْأَحَمُّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «عَلَى أَنْقَابِ الْمَدِينَةِ مَلَائِكَةٌ» قَالَ ابْنُ نَافِعٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى هِيَ الْفِجَاجُ الَّتِي حَوْلَهَا خَارِجًا مِنْهَا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَدْخُلُهَا الطَّاعُونُ وَلَا الدَّجَّالُ» يَقْتَضِي مَنْعَ الْمَلَائِكَةِ الدَّجَّالَ مِنْ دُخُولِهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونُوا أَيْضًا قَدْ وُكِّلُوا بِمَنْعِ الطَّاعُونِ مِنْ دُخُولِهَا.

وَقَدْ رَوَى أَبُو سَعِيدٍ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا حَدَّثَنَا بِهِ عَنْ الدَّجَّالِ قَالَ «يَأْتِي الدَّجَّالُ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ أَنْ يَدْخُلَ أَنْقَابَ الْمَدِينَةِ بَعْضَ السِّبَاخِ الَّتِي تَلِي الْمَدِينَةَ فَيَخْرُجُ إلَيْهِ يَوْمَئِذٍ رَجُلٌ هُوَ خَيْرُ النَّاسِ أَوْ مِنْ خِيَارِ النَّاسِ فَيَقُولُ أَشْهَدُ إنَّك الدَّجَّالُ الَّذِي حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» حَدِيثَهُ.

[مَا جَاءَ فِي إجْلَاءِ الْيَهُودِ مِنْ الْمَدِينَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَعَنَهُمْ اللَّهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ» إظْهَارًا لِقُبْحِ مَا صَنَعُوهُ وَعِظَمِ مَا ابْتَدَعُوهُ مِمَّا اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ بِأَرْضِ الْعَرَبِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالْأَرْضِ الَّتِي كَانَتْ مُخْتَصَّةً بِسُكْنَى الْعَرَبِ وَتَقَلُّبِهِمْ عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ.

وَقَالَ فِي حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ جَزِيرَةُ الْعَرَبِ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَنُ وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ جَزِيرَةُ الْعَرَبِ مِنْ أَقْصَى عَدَنٍ أَبْيَنَ وَمَا وَالَاهَا مِنْ أَرْضِ الْيَمَنِ كُلِّهَا إلَى رِيفِ الْعِرَاقِ فِي الطُّولِ، وَأَمَّا الْعَرْضُ فَمِنْ جُدَّةَ وَمَا وَالَاهَا مِنْ سَاحِلِ الْبَحْرِ إلَى أَطْوَارِ الشَّامِ وَمِصْرَ فِي الْغَرْبِ، وَفِي الشَّرْقِ مَا بَيْنَ يَثْرِبَ إلَى مُنْقَطَعِ السَّمَاوَةِ، وَقَالَ مَالِكٌ: جَزِيرَةُ الْعَرَبِ مَنْبَتُ الْعَرَبِ قِيلَ لَهَا جَزِيرَةُ الْعَرَبِ لِإِحَاطَةِ الْبَحْرِ وَالْأَنْهَارِ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ بِأَرْضِ الْعَرَبِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا يَبْقَى فِيهَا غَيْرُ دِينِ الْإِسْلَامِ، وَأَنْ يُخْرَجَ مِنْهَا كُلُّ مَنْ يَتَدَيَّنُ بِغَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ قَالَ مَالِكٌ يَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ الْبُلْدَانِ كُلُّ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ ذِمِّيٍّ كَانَ عَلَى غَيْرِ مِلَّةِ الْإِسْلَامِ، وَلَا مَنَعَ ذَلِكَ مِنْ دُخُولِهِمْ إيَّاهَا مُسَافِرِينَ، فَقَدْ كَانَ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَجْلِبُ النَّصَارَى مِنْ الشَّامِ إلَى الْمَدِينَةِ الْحِنْطَةَ وَالزَّيْتَ وَالْأَمْتِعَةَ

(195/7)

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْمَدِينَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - طَلَعَ لَهُ أُحُدٌ فَقَالَ هَذَا جَبَلٌ يُحِبُّنَا وَنُحِبُّهُ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ زَارَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَيَّاشٍ الْمَخْزُومِيَّ فَرَأَى عِنْدَهُ نَبِيذًا، وَهُوَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ فَقَالَ لَهُ أَسْلَمُ إنَّ هَذَا لَشَرَابٌ يُحِبُّهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، فَحَمَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَيَّاشٍ قَدَحًا عَظِيمًا فَجَاءَ بِهِ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَوَضَعَهُ فِي يَدَيْهِ فَقَرَّبَهُ عُمَرُ إلَى فِيهِ، ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ فَقَالَ عُمَرُ: إنَّ

هَذَا لَشَرَابٌ طَيِّبٌ فَشَرِبَ مِنْهُ، ثُمَّ نَاوَلَهُ رَجُلًا عَنْ يَمِينِهِ فَلَمَّا أَدْبَرَ عَبْدُ اللَّهِ نَادَاهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ أَنْتَ الْقَائِلُ لَمَكَّةُ خَيْرٌ مِنْ الْمَدِينَةِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ فَقُلْت: هِيَ حَرَمُ اللَّهِ وَأَمْنُهُ وَفِيهَا بَيْتُهُ فَقَالَ عُمَرُ: لَا أَقُولُ فِي بَيْتِ اللَّهِ وَلَا فِي حَرَمِهِ شَيْئًا، فَقَالَ عُمَرُ أَنْتَ الْقَائِلُ لَمَكَّةُ خَيْرٌ مِنْ الْمَدِينَةِ قَالَ فَقُلْت هِيَ حَرَمُ اللَّهِ وَأَمْنُهُ وَفِيهَا بَيْتُهُ فَقَالَ عُمَرُ لَا أَقُولُ فِي حَرَمِ اللَّهِ وَلَا فِي بَيْتِهِ شَيْئًا، ثُمَّ انْصَرَفَ) .

[المنتقى]
فَيَأْخُذُ مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ الْعُشْرَ أَوْ نِصْفَ الْعُشْرِ، قَالَ مَالِكٌ فِي الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ إذَا قَدِمُوا الْمَدِينَةَ أَيُضْرَبُ لَهُمْ أَجَلٌ؟ قَالَ: نَعَمْ يُضْرَبُ لَهُمْ أَجَلٌ ثَلَاثُ لَيَالٍ يَسْتَقُونَ وَيَنْظُرُونَ فِي حَوَائِجِهِمْ، وَقَدْ ضَرَبَ لَهُمْ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ ابْنِ شِهَابٍ فَفَحَّصَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَنْ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ مَعْنَاهُ كَشَفَ عَنْ هَذَا الْقَوْلِ هَلْ يَصِحُّ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حِينَ جَاءَهُ الثَّلْجُ قَالَ مَعْنَاهُ الْيَقِينُ الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ، يُرِيدُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ ذَلِكَ فَأَجْلَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَهُودَ خَيْبَرَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا الْإِجْلَاءُ إنَّمَا هُوَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ سَوَاءٌ وُجِدَ مِنْهُمْ غَدْرٌ أَوْ لَمْ يُوجَدْ، وَأَمَّا إنْ وُجِدَ مِنْهُمْ غَدْرٌ بِغَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ سُئِلَ عَنْ أَهْلِ فَارِسَ وَظَهَرَتْ لَهُمْ عُهُودٌ كَثِيرَةٌ مِنْ مُعَاوِيَةَ وَعَبْدِ الْمَلِكِ وَسُلَيْمَانَ أَتَرَى أَنْ يُجْلَوْا مِنْهَا إنْ عُرِفَ مِنْهُمْ غَدْرٌ؟ قَالَ نَعَمْ إذَا تَبَيَّنَ ذَلِكَ، فَعَلَى هَذَا لَا يَكُونُ الْإِجْلَاءُ فِي غَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ إلَّا لِلْغَدْرِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَعِنْدِي أَنَّهُمْ يُجْلَوْنَ إذَا خِيفَ مِنْهُمْ الْمَيْلُ إلَى أَهْلِ مِلَّتِهِمْ لِمُجَاوَرَتِهِمْ أَهْلَ الْحَرْبِ فَيُنْقَلُونَ إلَى حَيْثُ يُؤْمَنُ ذَلِكَ مِنْهُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَجْلَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَهُودَ نَجْرَانَ وَفَدَكَ، قَالَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ فَأَمَّا يَهُودُ نَجْرَانَ فَخَرَجُوا مِنْهَا لَيْسَ لَهُمْ مِنْ الثَّمَرِ وَلَا مِنْ الْأَرْضِ شَيْءٌ، وَأَمَّا يَهُودُ فَدَكَ فَكَانَ لَهُمْ نِصْفُ الْأَرْضِ وَنِصْفُ الثَّمَرِ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَ صَالَحَهُمْ عَلَى نِصْفِ النَّخْلِ وَنِصْفِ الْأَرْضِ فَأَقَامَ لَهُمْ عُمَرُ نِصْفَ ذَلِكَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْإِبِلِ وَالْحِبَالِ وَالْأَقْتَابِ فَأَعْطَاهُمْ ذَلِكَ وَأَجْلَاهُمْ مِنْهَا.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْمَدِينَةِ]

(ش) : قَوْلُ أَسْلَمَ فِي النَّبِيذِ أَنَّ هَذَا لَشَرَابٌ يُحِبُّهُ عُمَرُ حَثٌّ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَيَّاشٍ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ إلَيْهِ مِنْهُ، وَتَنْبِيهُهُ عَلَى ذَلِكَ لِمَا كَانَ بَيْنَهُمَا مِنْ الْقَرَابَةِ فَإِنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَيَّاشٍ مِنْ أَخْوَالِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، فَكَانَ مِمَّنْ يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ قَبْلَ الْوِلَايَةِ وَبَعْدَهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اسْتَجَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ لَهُ «مَا أَتَاك مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ فَخُذْهُ» مَعَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَا كَانَ يُهْدَى إلَيْهِ فَإِنَّمَا كَانَ كَشَيْءٍ يُهْدَى إلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَتَنَاوَلُ مِنْهُ الْيَسِيرَ وَيُنَاوِلُ الْبَاقِيَ جُلَسَاءَهُ، وَلِذَلِكَ قَالَ إنَّ عَبْدَ اللَّهِ وَضَعَهُ فِي يَدِ عُمَرَ وَقَرَّبَهُ إلَى فِيهِ، لَعَلَّهُ يُرِيدُ عَلَى وَجْهِ الِاخْتِبَارِ لَهُ وَمَعْرِفَةِ حَالِهِ بِرَائِحَتِهِ، ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ وَقَالَ: إنَّ هَذَا لَشَرَابٌ طَيِّبٌ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ حَلَالًا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ لَذِيذًا مَعَ كَوْنِهِ حَلَالًا فَشَرِبَهُ يُرِيدُ شَرِبَ مِنْهُ، ثُمَّ نَاوَلَهُ رَجُلًا عَنْ يَمِينِهِ، وَهُوَ الْمَشْرُوعُ بِأَنْ يُنَاوِلَ الْإِمَامُ بَعْدَهُ مَنْ عَنْ يَمِينِهِ، وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

(196/7)

مَا جَاءَ فِي الطَّاعُونِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ نَوْفَلٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ إلَى الشَّامِ حَتَّى إذَا كَانَ بِسَرْغَ لَقِيَهُ أُمَرَاءُ الْأَجْنَادِ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ وَأَصْحَابُهُ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَمَّا أَدْبَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَيَّاشٍ نَادَاهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَقَالَ أَأَنْتَ الْقَائِلُ لَمَكَّةُ خَيْرٌ مِنْ الْمَدِينَةِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ كَأَنَّهُ كَرِهَ تَفْضِيلَهُ مَكَّةَ عَلَى الْمَدِينَةِ دَارِ الْهِجْرَةِ، قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى وَلَوْ أَقَرَّهُ بِذَلِكَ لَضَرَبَهُ يُرِيدُ لَأَدَّبَهُ عَلَى تَفْضِيلِهِ مَكَّةَ، وَهَذَا مِنْ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إنْكَارَ تَفْضِيلِ مَكَّةَ عَلَى الْمَدِينَةِ لِاعْتِقَادِهِ تَفْضِيلَ الْمَدِينَةِ عَلَى مَكَّةَ، أَوْ هُوَ يَرَى تَرْكَ الْأَخْذِ فِي تَفْضِيلِ إحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، إلَّا أَنَّ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ أَظْهَرُ لِمَا شُهِرَ مِنْ أَخْذِ الصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ دُونَ نَكِيرٍ، وَمَعْنَى أَفْضَلُ أَنَّ لِسَاكِنِهَا الْعَامِلِ فِيهَا بِالطَّاعَةِ مِنْ الثَّوَابِ أَكْثَرَ مِمَّا لِلسَّاكِنِ وَالْعَامِلِ بِذَلِكَ فِي الْأُخْرَى، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ كَانَ السُّكْنَى بِمَكَّةَ وَغَيْرِهَا مَمْنُوعًا، وَالِانْتِقَالَ إلَى الْمَدِينَةِ مُفْتَرَضًا قَبْلَ الْفَتْحِ، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي ذَلِكَ بَعْدَ الْفَتْحِ فِي حَقِّ مَنْ تَقَدَّمَتْ هِجْرَتُهُ قَبْلَ الْفَتْحِ فَقَالَ الْجُمْهُورُ: إنَّ ذَلِكَ

بَقِيَ فِي حَقِّهِمْ.

وَقَالَ جَمَاعَةٌ: إنَّ لِمَنْ هَاجَرَ قَبْلَ الْفَتْحِ أَنْ يَرْجِعَ إلَى مَكَّةَ بَعْدَ الْفَتْحِ إلَّا أَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ الْمُقَامَ بِالْمَدِينَةِ كَانَ أَفْضَلَ، وَلِذَلِكَ أَقَامَ بِهَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَالْمُهَاجِرُونَ.

وَقَدْ انْتَقَلَ جَمَاعَةٌ مِنْ الْمَدِينَةِ إلَى الْعِرَاقِ وَالشَّامِ، وَلَمْ يَرْجِعْ مِنْهُمْ مَشْهُورٌ بِالْفَضْلِ إلَى سُكْنَى مَكَّةَ، وَإِنَّمَا رَجَعَ إلَيْهَا مَنْ صَغُرَ سِنُّهُ عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُ حُكْمُ الْهِجْرَةِ كَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، وَالْجُمْهُورُ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْمَدِينَةَ أَفْضَلُ لَهُ فِي حَقِّ هَؤُلَاءِ، وَأَمَّا مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ هِجْرَةٌ فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ سُكْنَى مَكَّةَ وَسُكْنَى الْمَدِينَةِ، وَذَهَبَ مَالِكٌ أَنَّ سُكْنَى الْمَدِينَةِ أَفْضَلُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ سُكْنَى مَكَّةَ أَفْضَلُ لَهُ، وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَلَى ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ الْإِيمَانَ لَيَأْرِزُ إلَى الْمَدِينَةِ كَمَا تَأْرِزُ الْحَيَّةُ إلَى جُحْرِهَا» .

قَالَ يَخُصُّ بِذَلِكَ الْمَدِينَةَ وَبِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «أُمِرْت بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ الْقُرَى» قَالَ: فَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ تَأْكُلُ الْقُرَى إلَّا عَلَى تَرْجِيحِ فَضْلِهَا عَلَى غَيْرِهَا وَزِيَادَتِهَا عَلَيْهَا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «اللَّهُمَّ حَبِّبْ إلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ» وَلَا يَدْعُو – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي أَنْ يُحَبِّبَ إلَيْنَا سُكْنَى الْمَدِينَةِ وَسُكْنَى غَيْرِهَا أَفْضَلُ، وَوَجْهُهُ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اخْتَارَ سُكْنَاهَا بَعْدَ الْفَتْحِ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَدْ افْتُرِضَ عَلَيْهِ، فَلَا يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ السُّكْنَى إلَّا فِي أَفْضَلِ الْبِقَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مُفْتَرَضًا عَلَيْهِ، وَاخْتَارَهُ فَلَا يَخْتَارُ لِاسْتِيطَانِهِ وَاسْتِيطَانِ الْإِمَامَةِ وَفُضَلَاءِ الصَّحَابَةِ إلَّا أَفْضَلَ الْبِقَاعِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ مَكَّةَ وَبَكَّةَ فَقَالَ بَكَّةُ مَوْضِعُ الْبَيْتِ وَمَكَّةُ غَيْرُ ذَلِكَ يُرِيدُ الْقَرْيَةَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَيَّاشٍ هِيَ حَرَمُ اللَّهِ وَأَمْنُهُ، وَفِيهَا بَيْتُهُ فَلَمْ يَزِدْ عَلَى إظْهَارِ مَا عِنْدَهُ مِنْ فَضِيلَةِ مَكَّةَ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِذَلِكَ لَضَرَبَهُ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ لَهُ بِتَفْضِيلِ مَكَّةَ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ لَهُ بِفَضْلِ مَكَّةَ وَهَذَا لَا خِلَافَ فِي صِحَّتِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ، وَلِذَلِكَ قَالَ لَهُ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَا أَقُولُ فِي بَيْتِ اللَّهِ وَلَا فِي حَرَمِهِ شَيْئًا مَعْنَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إنِّي لَا أُنْكِرُ فَضِيلَتَهُ، وَلَكِنْ أَأَنْتَ الْقَائِلُ لَمَكَّةُ خَيْرٌ مِنْ الْمَدِينَةِ مَا مَعْنَاهُ أَنِّي لَا أُنْكِرُ ذَلِكَ عَلَيْك، وَإِنَّمَا أُنْكِرُ عَلَيْك مَا بَلَغَنِي عَنْك مِنْ تَفْضِيلِهَا عَلَى الْمَدِينَةِ فَهَلْ كَانَ ذَلِكَ مِنْك؟ فَعَادَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَيَّاشٍ إلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلِ لَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ وَلَا أَظْهَرَ إلَيْهِ مَا سَأَلَهُ عَنْهُ، ثُمَّ انْصَرَفَ وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ رَأَى عُمَرُ إقْرَارَهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ إذَا أَمْسَكَ عَمَّا سِوَاهُ غَيْرَ مَمْنُوعٍ.

فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ اُدْعُ لِي الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ فَدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ وَأَخْبَرَهُمْ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ فَاخْتَلَفُوا فَقَالَ بَعْضُهُمْ قَدْ خَرَجْت لِأَمْرٍ وَلَا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَعَك بَقِيَّةُ النَّاسِ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَلَا نَرَى أَنْ تُقْدِمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ فَقَالَ ارْتَفِعُوا عَنِّي ثُمَّ قَالَ: اُدْعُ لِي الْأَنْصَارَ فَدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ فَسَلَكُوا سَبِيلَ الْمُهَاجِرِينَ، وَاخْتَلَفُوا كَاخْتِلَافِهِمْ فَقَالَ ارْتَفِعُوا عَنِّي، ثُمَّ قَالَ اُدْعُ لِي مَنْ كَانَ هَاهُنَا مِنْ مَشْيَخَةِ قُرَيْشٍ مِنْ مُهَاجِرَةِ الْفَتْحِ فَدَعَاهُمْ فَلَمْ يَخْتَلِفْ عَلَيْهِ مِنْهُمْ رَجُلَانِ، فَقَالُوا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ بِالنَّاسِ وَلَا تُقْدِمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ فَنَادَى عُمَرُ فِي النَّاسِ إنِّي مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرٍ فَأَصْبِحُوا عَلَيْهِ، فَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ أَفِرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ لَوْ غَيْرُك قَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ نَعَمْ نَفِرُّ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إلَى قَدَرِ اللَّهِ أَرَأَيْت لَوْ كَانَ لَك إبِلٌ فَهَبَطَتْ وَادِيًا لَهُ عُدْوَتَانِ إحْدَاهُمَا مُخْصِبَةٌ وَالْأُخْرَى جَدْبَةٌ أَلَيْسَ إنْ رَعَيْت الْمُخْصِبَةَ رَعَيْتهَا بِقَدَرِ اللَّهِ، وَإِنْ رَعَيْت الْجَدْبَةَ رَعَيْتهَا بِقَدَرِ اللَّهِ «، فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَكَانَ غَائِبًا فِي بَعْضِ حَاجَتِهِ فَقَالَ: إنَّ عِنْدِي مِنْ هَذَا عِلْمًا سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ إذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدَمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ» قَالَ فَحَمِدَ اللَّهَ عُمَرُ ثُمَّ انْصَرَفَ)

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي الطَّاعُونِ]

(ش) : قَوْلُهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – خَرَجَ إلَى الشَّامِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَقْصِدَهَا لِيُطَالِعَ أَحْوَالَهَا فَإِنَّهَا كَانَتْ ثَغْرَ الْمُسْلِمِينَ وَعَلَى الْإِمَامِ إذَا بَعُدَ عَهْدُهُ بِالثُّغُورِ أَنْ يَتَطَلَّعَهَا بِالْمُشَاهَدَةِ إنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ حَتَّى إذَا كَانَ بِسَرْغَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ سَرْغٌ قَرْيَةٌ بِوَادِي تَبُوكَ فِي طَرِيقِ الشَّامِ، وَقِيلَ سَرْغٌ مِنْ أَدْنَى الشَّامِ إلَى الْحِجَازِ لَقِيَهُ أُمَرَاءُ الْأَجْنَادِ يُرِيدُ جُنْدَ الشَّامِ، إمَّا لِأَنَّهُمْ كَانُوا مُقْبِلِينَ إلَى جِهَةٍ فَلَقُوهُ هُنَاكَ، أَوْ لِأَنَّهُمْ خَرَجُوا مِنْ الْوَبَاءِ وَاعْتَقَدُوا أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لَهُمْ، أَوْ لِأَنَّهُمْ خَرَجُوا يَتَلَقَّوْنَهُ مِنْ قُرْبٍ مِنْهُمْ مِنْ طَرِيقِهِ بِمَوْضِعِهِ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ الْوَبَاءُ هُوَ الطَّاعُونُ، وَهُوَ مَرَضٌ يَعُمُّ الْكَثِيرَ مِنْ النَّاسِ فِي جِهَةٍ مِنْ الْجِهَاتِ دُونَ غَيْرِهَا بِخِلَافِ الْمُعْتَادِ مِنْ أَحْوَالِ النَّاسِ وَأَمْرَاضِهِمْ، وَيَكُونُ مَرَضُهُمْ غَالِبًا مَرَضًا وَاحِدًا بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَوْقَاتِ فَإِنَّ أَمْرَاضَ النَّاسِ مُخْتَلِفَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أُدْعُ لِي الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ وَرُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّ الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ مَنْ صَلَّى إلَى الْقِبْلَتَيْنِ وَمَنْ لَمْ يُسَلِّمْ إلَّا بَعْدَ تَحْوِيلِ الْقِبْلَةِ إلَى الْكَعْبَةِ فَلَيْسَ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ فَدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ عُمَرُ فِي ذَلِكَ فَاخْتَلَفُوا عَلَيْهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ قَدْ خَرَجْت لِأَمْرٍ يُرِيدُونَ لِمُطَالَعَةِ الثُّغُورِ وَالنَّظَرِ فِيهَا لَا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ يُرِيدُونَ تَوَكُّلًا عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَتَيَقُّنًا أَنَّهُ لَا يُصِيبُهُمْ إلَّا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَهُمْ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَعَك بَقِيَّةُ النَّاسِ يُرِيدُونَ فُضَلَاءَ النَّاسِ وَأَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَرَوْنَ بِذَلِكَ إظْهَارَ فَضْلِهِمْ لِيَحُضُّوهُ بِذَلِكَ عَلَى الْإِشْفَاقِ عَلَيْهِمْ، وَيُعْظِمَ حَالَ التَّغْرِيرِ بِهِمْ وَإِقْدَامِهِمْ عَلَى الْوَبَاءِ الَّذِي يُخَافُ اسْتِئْصَالُهُ لَهُمْ، فَلَمَّا اخْتَلَفُوا عَلَيْهِ أَمَرَهُمْ بِأَنْ يَرْتَفِعُوا عَنْهُ، ثُمَّ دَعَا الْأَنْصَارَ فَاسْتَشَارَهُمْ كَمَا اسْتَشَارَ الْمُهَاجِرِينَ فَاخْتَلَفُوا كَاخْتِلَافِهِمْ فَأَمَرَهُمْ أَيْضًا أَنْ يَرْتَفِعُوا، ثُمَّ قَالَ أُدْعُوا إلَيَّ مَنْ كَانَ هَاهُنَا مِنْ مَشْيَخَةِ قُرَيْشٍ مِنْ مُهَاجِرَةِ الْفَتْحِ يُرِيدُ مَنْ هَاجَرَ بِقُرْبِ الْفَتْحِ فَثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْهِجْرَةِ أَوْ هَاجَرَ بَعْدَ الْفَتْحِ فَثَبَتَ لَهُ اسْمُ الْهِجْرَةِ دُونَ حُكْمِهَا، فَشَاوَرَهُمْ فَلَمْ يَخْتَلِفُوا، وَقَالُوا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ بِالنَّاسِ فَرَأَى عُمَرُ رَأْيَهُمْ.

وَقَالَ: إنِّي مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرٍ يُرِيدُ السَّفَرَ وَصَفَهُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ وَمَتَاعَهُ يَصِيرُ عَلَى ظَهْرِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالدَّوَابِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ عَلَى ظَهْرِ طَرِيقٍ وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ قَرَنَ بِذَلِكَ مَا يَقْتَضِي الرُّجُوعَ عَنْ

(198/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ وَعَنْ سَالِمِ بْنِ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَسْأَلُ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ مَا سَمِعْت مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الطَّاعُونِ، فَقَالَ أُسَامَةُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الطَّاعُونُ رِجْزٌ أُرْسِلَ عَلَى طَائِفَةٍ مِنْ بَنِي إسْرَائِيلَ أَوْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ فَإِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ إلَى الشَّامِ فَلَمَّا جَاءَ سَرْغٌ بَلَغَهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ فَأَخْبَرَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ إذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ فَرَجَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ سَرْغٍ مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

الشَّامِ، أَوْ يَكُونَ ذَلِكَ مَوْضِعَ إقَامَتِهِ بِالشَّامِ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بَلَغَ بَعْدُ مَوْضِعَ الْوَبَاءِ، فَلَوْ كَانَ مَوْضِعُهُ يُرِيدُ أَنْ يُقِيمَ بِهِ وَلَا وَبَاءَ بِهِ لَمَا احْتَاجَ إلَى الرُّجُوعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ أَبِي عُبَيْدَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَفِرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ عَلَى مَعْنَى الْإِنْكَارِ لِانْصِرَافِهِ يُرِيدُ أَنَّهُ يَنْجُو بِذَلِكَ وَيُنْجِي الصَّحَابَةَ مِنْ الْوَبَاءِ الَّذِي لَا يُصِيبُ إلَّا مَنْ قَدَّرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُصِيبَهُ، وَأَنَّهُ لَا يَنْجُو مِنْهُ مَنْ قُدِّرَ لَهُ أَنْ لَا يُصِيبَهُ فَقَالَ عُمَرُ لَوْ غَيْرُك قَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى: وَكَانَ عُمَرُ يُحِبُّ مُوَافَقَتَهُ فِي جَمِيعِ أُمُورِهِ، وَيَكْرَهُ مُخَالَفَتَهُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَا تَحَقَّقَ مِنْ فَضْلِهِ وَأَمَانَتِهِ فَقَدْ سَمَّاهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمِينَ هَذِهِ الْأُمَّةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ لَوْ غَيْرُك قَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى يُرِيدُ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بِذَلِكَ لَنَكَّلْته نَعَمْ نَفِرُّ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إلَى قَدَرِ اللَّهِ، يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَعْتَمِدُ أَنَّهُ بِالْفِرَارِ يَنْجُو مِمَّا قُدِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَمَّا يَخَافُ أَنْ يَكُونَ قَدْ قُدِّرَ عَلَيْهِ مِنْ الْوَبَاءِ إنْ وَصَلَ إلَى مَا يَرْجُو أَنْ يَكُونَ قَدْ قُدِّرَ لَهُ مِنْ السَّلَامَةِ إنْ رَجَعَ، وَلِذَلِكَ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَّخِذَ الدِّرْعَ وَالْمِجَنَّ وَيَفِرَّ مِنْ الْعَدُوِّ الَّذِي يَجُوزُ الْفِرَارُ مِنْهُ لِكَثْرَتِهِ وَيَجْتَنِبَ الْغَرَرَ وَالْمَخَاوِفَ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ فِرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْجُوَ بِهِ مِمَّا قَدَّرَ اللَّهُ تَعَالَى بَلْ أَكْثَرُهُ مَأْمُورٌ بِهِ، وَقَدْ مَثَّلَ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ تَمْثِيلًا صَحِيحًا بِمَا سَلَّمَهُ أَبُو عُبَيْدَةَ وَهُوَ أَنَّ مَنْ كَانَتْ لَهُ إبِلٌ يُرِيدُ حِفْظَهَا، وَحُسْنَ الْقِيَامِ عَلَيْهَا فَهَبَطَ بِهَا وَادِيًا لَهُ عُدْوَتَانِ إحْدَاهُمَا خِصْبَةٌ وَالْأُخْرَى جَدْبَةٌ أَلَيْسَ إنْ رَعَى الْخِصْبَةَ رَعَاهَا بِقَدَرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنْ رَعَى الْجَدْبَةَ رَعَاهَا بِقَدَرِ اللَّهِ، يُرِيدُ أَنَّهُ مِثْلُ أَمْرِهِ إنْ انْصَرَفَ بِهِمْ إلَى مَوْضِعٍ يَأْمَنُ بِهِ الْوَبَاءَ انْصَرَفَ بِقَدَرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنْ أَقْدَمَهُمْ عَلَى مَا يَخَافُهُ عَلَيْهِمْ مِنْ الْوَبَاءِ أَقْدَمَهُمْ عَلَيْهِ بِقَدَرِ اللَّهِ، فَكَمَا يَلْزَمُ صَاحِبَ الْإِبِلِ أَنْ يَنْزِلَ بِهَا الْجَانِبَ الْخِصْبَ، وَلَا يُعَدُّ بِذَلِكَ أَنَّهُ فَارٌّ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ بَلْ مُصِيبًا مُحَبَّتَنَا مُمْتَثِلًا لِمَا أَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَمُسَلِّمًا لِقَدْرِهِ وَرَاجِيًا خَيْرَهُ، فَكَذَلِكَ الْإِمَامُ بِالْمُسْلِمِينَ إذَا انْصَرَفَ بِهِمْ عَنْ بِلَادِ الْوَبَاءِ إلَى بِلَادِ الصِّحَّةِ وَالسَّلَامَةِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ فَقَالَ إنَّ عِنْدِي مِنْ هَذَا عِلْمًا يَقْتَضِي أَنَّ مَا عِنْدَهُ مِنْ الْعِلْمِ فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا كَانَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ الرَّأْيِ فَإِنْ كَانَ مُوَافِقًا لَهُ صَحَّحَهُ، وَإِنْ كَانَ مُخَالِفًا لَهُ وَجَبَ تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِ إلَّا أَنَّهُ قَدْ وَقَعَ الْإِجْمَاعُ مِنْ جَمِيعِهِمْ عَلَى صِحَّةِ الْقَوْلِ بِالرَّأْيِ وَالْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَالَ فِي ذَلِكَ بِرَأْيِهِ، وَلَمْ يَكُنْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَثَرٌ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَلَا

غَيْرُهُ مَعَ أَنَّ الْقَضِيَّةَ شَاعَتْ وَانْتَشَرَتْ فِي جَمِيعِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدَمُوا عَلَيْهِ» يُرِيدُ لِمَا فِيهِ مِنْ التَّغْرِيرِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ اسْتِسْلَامًا لِلْأَقْدَارِ فَحَمِدَ اللَّهَ عُمَرُ إذْ وَافَقَ رَأْيُهُ الَّذِي اخْتَارَهُ مَا صَحَّ عِنْدَهُ مِنْ أَمْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ وَعَنْ سَالِمِ بْنِ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَسْأَلُ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ مَا سَمِعْت مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الطَّاعُونِ، فَقَالَ أُسَامَةُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الطَّاعُونُ رِجْزٌ أُرْسِلَ عَلَى طَائِفَةٍ مِنْ بَنِي إسْرَائِيلَ أَوْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ فَإِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ إلَى الشَّامِ فَلَمَّا جَاءَ سَرْغٌ بَلَغَهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ فَأَخْبَرَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ إذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ فَرَجَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ سَرْغٍ مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

(199/7)

أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إنَّمَا رَجَعَ بِالنَّاسِ مِنْ سَرْغٍ عَنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ) (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لَبَيْتٌ بِرُكْبَةٍ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ عَشَرَةِ أَبْيَاتٍ بِالشَّامِ قَالَ مَالِكٌ يُرِيدُ لِطُولِ الْأَعْمَارِ وَالْبَقَاءِ وَلِشِدَّةِ الْوَبَاءِ بِالشَّامِ) .

[المنتقى]

أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إنَّمَا رَجَعَ بِالنَّاسِ مِنْ سَرْغٍ عَنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ) .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «رِجْزٌ أُرْسِلَ عَلَى طَائِفَةٍ مِنْ بَنِي إسْرَائِيلَ، أَوْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ» يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ أَوَّلُ مَا نَزَلَ إلَى الْأَرْضِ وَحَدَثَ بِالنَّاسِ حَدَثَ بِهِمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ نَزَلَ فِي بَلَدٍ عَلَى أَنَّهُ غَرِيبٌ، وَأَنَّهُ تَكَرَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ عَذَابًا لِأُولَئِكَ وَرَحْمَةً لِلْمُؤْمِنِينَ لِمَنْ ظَهَرَ بِبَلَدِهِ أَوْ قَامَ صَابِرًا مُحْتَسِبًا فَأُصِيبَ بِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «الطَّاعُونُ شَهَادَةٌ لِكُلِّ مُسْلِمٍ» وَرَوَتْ عَائِشَةُ –

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «الطَّاعُونُ شَهَادَةٌ لِكُلِّ مُسْلِمٍ» وَرَوَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «كَانَ عَذَابًا يَبْعَثُهُ اللَّهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ فَجَعَلَهُ رَحْمَةً لِلْمُؤْمِنِينَ فَلَيْسَ مِنْ عَبْدٍ يَمْنَعُ الطَّاعُونَ فَيَمْكُثُ فِي بَلَدِهِ صَابِرًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَنْ يُصِيبَهُ إلَّا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَهُ إلَّا كَانَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِ الشَّهِيدِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ» خَصَّ بِالْمَنْعِ الْخُرُوجَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَجَوَّزَ لِمَنْ أَرَادَ الْخُرُوجَ مِنْهُ لِغَيْرِ ذَلِكَ الْوَجْهِ مِنْ حَاجَةٍ تَنْزِلُ بِهِ إلَى السَّفَرِ مِنْهُ أَوْ الِانْتِقَالِ عَنْهُ، وَيَجُوزُ لِمَنْ اسْتَوْخَمَ أَرْضًا أَنْ يَخْرُجَ مِنْهَا إلَى بَلَدٍ يُوَافِقُ جِسْمَهُ لِمَا رُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «أَنَّ نَاسًا مِنْ عُكْلٍ أَوْ عُرَيْنَةَ قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَتَكَلَّمُوا بِالْإِسْلَامِ فَقَالُوا يَا نَبِيَّ اللَّهِ إنَّا كُنَّا أَهْلَ ضَرْعٍ، وَلَمْ نَكُنْ أَهْلَ رِيفٍ وَاسْتَوْخَمُوا الْمَدِينَةَ فَأَمَرَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِذَوْدٍ وَبِرَاعٍ وَأَمَرَهُمْ أَنْ يَخْرُجُوا فِيهِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ سَالِمٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّمَا رَجَعَ بِالنَّاسِ عَنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَمْ يَبْلُغْهُ مَا نَادَى بِهِ عُمَرُ فِي النَّاسِ أَنَّهُ مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرٍ، وَمَا رَاجَعَهُ بِهِ أَبُو عُبَيْدَةَ مِنْ إنْكَارِ الرُّجُوعِ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَلَغَهُ ذَلِكَ فَتَأَوَّلَ فِي قَوْلِهِ إنِّي مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرٍ أَيْ عَلَى سَفَرٍ أَبْهَمَهُ، وَلَمْ يُعَيِّنْهُ، وَإِنَّمَا أَبْقَى الِاسْتِخَارَةَ فِيهِ وَمُعَاوَدَةَ الْمُشَاوَرَةِ إلَى الْغَدِ، وَأَنَّ مَعْنَى قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ لَهُ: أَفِرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ؟ مَعْنَاهُ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِ الِارْتِيَاءَ فِي مِثْلِ هَذَا وَالتَّوَقُّفِ عَنْ الْإِقْدَامِ عَلَيْهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لَبَيْتٌ بِرُكْبَةٍ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ عَشْرَةِ أَبْيَاتٍ بِالشَّامِ قَالَ مَالِكٌ يُرِيدُ لِطُولِ الْأَعْمَارِ وَالْبَقَاءِ وَلِشِدَّةِ الْوَبَاءِ بِالشَّامِ) .

(ش) : قَوْلُهُ لَبَيْتٌ بِرُكْبَةٍ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ عَشْرَةِ أَبْيَاتٍ بِالشَّامِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى رُكْبَةُ هِيَ أَرْضُ بَنِي عَامِرٍ، وَهِيَ مَا بَيْنَ مَكَّةَ وَالْعِرَاقِ.

وَقَالَ ابْنُ قَعْنَبٍ رُكْبَةُ مِنْ أَرْضِ الطَّائِفِ فِي أَرْضٍ مُصَحَّحَةٍ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى وَهِيَ أَرْضٌ صَحْرَاوِيَّةٌ فَأَرَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ سَاكِنِيهَا أَطْوَلُ أَعْمَارًا وَأَصَحُّ أَبْدَانًا مِنْ الْوَبَاءِ وَالْمَرَضِ مِمَّنْ سَكَنَ الشَّامَ وَغَيْرَهَا مِنْ الْبُلْدَانِ قَالَ عِيسَى، وَلَمْ يُرِدْ بِهَذَا أَنَّ سُكْنَى الْأَرْضِ يَزِيدُ فِي أَعْمَارِهِمْ، وَلَكِنْ لَمَّا قَدَّرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْمَارَهُمْ طَوِيلَةً أَسْكَنَهُمْ تِلْكَ الْبَلْدَةَ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ يُرِيدُ صِحَّةَ رُكْبَةَ وَوَبَاءَ الشَّامِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ أَجْرَى الْعَادَةَ بِصِحَّةِ مَنْ سَكَنَ رُكْبَةَ وَطَوَّلَ أَعْمَارَهُمْ، وَأَمْرَضَ مَنْ سَكَنَ الْمَوْضِعَ الَّذِي

أَرَادَ مِنْ الشَّامِ وَقَصَّرَ أَعْمَارَهُمْ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ زُكْبَةَ وَمَا قَارَبَهَا كَمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنَّ مَنْ تَنَاوَلَ نَوْعًا مِنْ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ صَحَّ جِسْمُهُ، وَمَنْ تَنَاوَلَ نَوْعًا آخَرَ كَثُرَتْ أَمْرَاضُهُ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَمْرَاضُ مُعَلَّقَةً بِالْقَدَرِ تَعَلُّقَ الْمَوْتِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(200/7)

النَّهْيُ عَنْ الْقَوْلِ بِالْقَدَرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «تَحَاجَّ آدَم وَمُوسَى فَحَجَّ آدَم مُوسَى قَالَ لَهُ مُوسَى أَنْتَ آدَم الَّذِي أَغْوَيْت النَّاسَ وَأَخْرَجْتَهُمْ مِنْ الْجَنَّةِ فَقَالَ لَهُ آدَم أَنْتَ مُوسَى الَّذِي أَعْطَاهُ اللَّهُ عِلْمَ كُلِّ شَيْءٍ، وَاصْطَفَاهُ عَلَى النَّاسِ بِرِسَالَتِهِ قَالَ نَعَمْ قَالَ أَفَتَلُومُنِي عَلَى أَمْرٍ قَدْ قُدِّرَ عَلَيَّ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَبِي أُنَيْسَةَ «عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ الْآيَةِ {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ} [الأعراف: 172] فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُسْأَلُ عَنْهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى خَلَقَ آدَمَ ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ بِيَمِينِهِ حَتَّى اسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً، فَقَالَ خَلَقْت هَؤُلَاءِ لِلْجَنَّةِ وَبِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ يَعْمَلُونَ ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً فَقَالَ خَلَقْت هَؤُلَاءِ لِلنَّارِ وَبِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ يَعْمَلُونَ فَقَالَ رَجُلٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَفِيمَ الْعَمَلُ قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ اللَّهَ إذَا خَلَقَ الْعَبْدَ لِلْجَنَّةِ

[المنتقى]

[النَّهْيُ عَنْ الْقَوْلِ بِالْقَدَرِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تَحَاجَّ آدَم وَمُوسَى» يَقْتَضِي صِحَّةَ جَوَازِ الْمُحَاجَّةِ لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ شَرِيعَةَ مَنْ قَبْلَنَا شَرِيعَةٌ لَنَا وَقَوْلُ مُوسَى – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لِآدَمَ أَنْتَ الَّذِي أَغْوَيْت النَّاسَ وَأَخْرَجْتهمْ مِنْ الْجَنَّةِ مَعْنَى أَغْوَيْت، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ عَرَّضْتَهُمْ لِلْإِغْوَاءِ لَمَّا كُنْت سَبَبَ خُرُوجِهِمْ مِنْ الْجَنَّةِ وَتَعْرِيضِهِمْ لِلتَّكْلِيفِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ جَعَلْتهمْ غَاوِينَ لِكَوْنِهِمْ مِنْ ذُرِّيَّتِك حِينَ غَوَيْت مِنْ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَى} [طه: 121] وَقَوْلُ آدَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لَهُ

أَنْتَ مُوسَى الَّذِي أَعْطَاهُ اللَّهُ عِلْمَ كُلِّ شَيْءٍ يُرِيدُ أَعْلَمَهُ بِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مِمَّا أَعْلَمَ بِهِ الْبَشَرَ، وَقَوْلُهُ وَاصْطَفَاهُ عَلَى النَّاسِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ آثَرَهُ بِإِرْسَالِهِ عَلَى مَنْ لَمْ يُرْسِلْهُ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى وَجْهِ التَّقْرِيرِ لَهُ عَلَى فَضْلِهِ الَّذِي لَا يَقْتَضِي الْإِصَابَةَ فِي مُحَاجَّتِهِ، وَأَنْ لَا يَلُومَ أَبَاهُ عَلَى مَا يَعِي وَاسِعُ عِلْمِهِ وَفَضْلِهِ، وَلَوْمُهُ عَلَيْهِ فَلَمَّا قَالَ مُوسَى نَعَمْ لَزِمَهُ ذَلِكَ بِحُكْمِ الْمُنَاظَرَةِ وَالْمُحَاجَّةِ لَا عَلَى وَجْهِ الْفَخْرِ وَالْمُبَاهَاةِ.

وَقَالَ لَهُ آدَم أَتَلُومُنِي عَلَى أَمْرٍ قَدْ قُدِّرَ عَلَيَّ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ بِمَعْنَى أَنَّ لَوْمَك لِي عَلَى ذَلِكَ غَيْرُ سَائِغٍ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «فَحَجَّ آدَم مُوسَى مَعْنَاهُ ظَهَرَ عَلَيْهِ فِي الْحُجَّةِ» وَاحْتِجَاجُ آدَمَ بِالْقَدَرِ عَلَى نَفْيِ اللَّوْمِ عَنْهُ يَجِبُ أَنْ يُبَيَّنَ، فَإِنَّ الْعَاصِيَ إذَا عَصَى يَسْتَحِقُّ اللَّوْمَ، وَإِنْ كُنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ قَدْ قُدِّرَتْ عَلَيْهِ الْمَعْصِيَةُ قَبْلَ أَنْ يُخْلَقَ وَلَا حُجَّةَ لَهُ عَلَى مَنْ لَامَهُ عَلَى مَعْصِيَتِهِ بِأَنْ يَقُولَ إنَّ ذَلِكَ قُدِّرَ عَلَيَّ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ، وَلَوْ كَانَ هَذَا بِمُجَرَّدِهِ حُجَّةً لَمَا وَجَبَ أَنْ يُلَامَ أَحَدٌ عَلَى مَعْصِيَةٍ وَلَا يُنْكَرَ عَلَيْهِ وَلَا يُتَوَعَّدَ عَلَيْهَا بِعَذَابٍ فِي دُنْيَا وَلَا آخِرَةٍ، وَلَكِنَّ آدَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – إنَّمَا أَنْكَرَ عَلَى مُوسَى أَنْ لَامَهُ فَقَالَ أَتَلُومُنِي عَلَى أَمْرٍ قَدْ قُدِّرَ عَلَيَّ وَآدَمُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – قَدْ كَانَ تَابَ مِنْ مَعْصِيَتِهِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَى} [طه: 121] {ثُمَّ اجْتَبَاهُ رَبُّهُ فَتَابَ عَلَيْهِ وَهَدَى} [طه: 122] التَّائِبُ مِنْ الْمَعْصِيَةِ إذَا تَابَ وَحَسُنَتْ تَوْبَتُهُ فَلَا يَحْسُنُ أَنْ يُلَامَ عَلَيْهِ.

وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ آدَمَ أَبٌ لِمُوسَى وَلَمْ يَسُغْ لِلِابْنِ لَوْمَ أَبِيهِ فِي مَعْصِيَتِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا} [لقمان: 15] ، وَقَالَ إبْرَاهِيمُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لِأَبِيهِ لَمَّا امْتَنَعَ مِنْ الْإِيمَانِ {سَلامٌ عَلَيْكَ سَأَسْتَغْفِرُ لَكَ رَبِّي إِنَّهُ كَانَ بِي حَفِيًّا} [مريم: 47] فَهَذَا بَيَّنَ حُجَّةَ آدَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(201/7)

اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ الْجَنَّةَ، وَإِذَا خُلِقَ الْعَبْدُ لِلنَّارِ اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ النَّارِ فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ النَّارَ») .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُ مُسْلِمِ بْنِ يَسَارٍ الْجُهَنِيِّ سُئِلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَنْ هَذِهِ الْآيَةِ {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ} [الأعراف: 172] الْآيَةَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الصَّحَابَةَ كَانَتْ تَتَكَلَّمُ فِي هَذِهِ الْمَعَانِي مِنْ الِاعْتِقَادَاتِ، وَتَبْحَثُ عَنْ حَقَائِقِهَا وَتَعْتَنِي بِذَلِكَ حَتَّى تُظْهِرَهُ وَتَسْأَلُ عَنْهُ الْأَئِمَّةَ وَالْخُلَفَاءَ لِتَقِفَ عَلَى

الصَّوَابِ مِنْهُ، وَتَنْقُلَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ ذَلِكَ مَا حَفِظَتْهُ عَنْهُ، وَأَنَّ قَوْلَ مَنْ قَالَ مِنْ عُلَمَاءِ التَّابِعِينَ كَانُوا يَكْرَهُونَ الْكَلَامَ فِيمَا لَيْسَ تَحْتَهُ عَمَلٌ إنَّمَا يَنْصَرِفُ إلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا أَنْ يَتَوَجَّهَ الْمَنْعُ فِي ذَلِكَ إلَى مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مِمَّنْ يَخَافُ أَنْ تَزِلَّ قَدَمُهُ وَيَتَعَلَّقَ قَلْبُهُ بِشُبْهَةٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّخَلُّصِ مِنْهَا قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: كَانَ يُقَالُ لَا تُمَكِّنْ زَائِغَ الْقَلْبِ مِنْ أُذُنِك فَإِنَّك لَا تَدْرِي مَا يُقْلِقُك مِنْ ذَلِكَ، وَلَقَدْ سَمِعَ رَجُلٌ مِنْ الْأَنْصَارِ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ شَيْئًا مِنْ بَعْضِ أَهْلِ الْقَدَرِ فَعَلِقَ قَلْبَهُ فَكَانَ يَأْتِي إخْوَانَهُ الَّذِينَ يَسْتَصْحِبُهُمْ فَإِذَا نَهَرَهُ قَالَ فَكَيْفَ بِمَا عَلِقَ قَلْبِي لَوْ عَلِمْت أَنَّ اللَّهَ رَضِيَ أَنْ أُلْقِيَ نَفْسِي مِنْ فَوْقِ هَذِهِ الْمَنَارَةِ فَعَلْت، وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يَتَوَجَّهَ الْمَنْعُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَتَكَلَّمَ فِي ذَلِكَ بِمَذَاهِبِ أَهْلِ الْبِدَعِ وَمُخَالِفِي السُّنَّةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ بِيَمِينِهِ يَقْتَضِي أَنَّ الْبَارِيَ تَعَالَى مَوْصُوفٌ بِأَنَّ لَهُ يَمِينًا قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَالسَّمَاوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ} [الزمر: 67] » وَرَوَى أَبُو الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «يَدُ اللَّهِ مَلْأَى لَا تَغِيضُهَا نَفَقَةٌ» وَرَوَاهُ مَعْمَرٌ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «يَمِينُ اللَّهِ مَلْأَى لَا يَغِيضُهَا شَيْءٌ سَحَّاءُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْفَقَ مُنْذُ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقُصْ مِمَّا فِي يَدِهِ وَعَرْشُهُ عَلَى الْمَاءِ وَبِيَدِهِ الْأُخْرَى الْقَبْضُ أَوْ الْفَيْضُ يَرْفَعُ وَيَخْفِضُ» ، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ صَعْصَعَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «فِي الَّذِي يَقْرَأُ قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ إنَّهَا لَتَعْدِلُ ثُلُثَ الْقُرْآنِ. وَقَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنْفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ} [المائدة: 64] » .

وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «أَوَّلُ شَيْءٍ خَلَقَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْقَلَمَ خَلَقَهُ فَأَخَذَهُ بِيَمِينِهِ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ» وَأَجْمَعَ أَهْلُ السُّنَّةِ عَلَى أَنَّ يَدَيْهِ صِفَةٌ وَلَيْسَتْ بِجَوَارِحَ كَجَوَارِحِ الْمَخْلُوقِينَ؛ لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – «جَاءَ جِبْرِيلُ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا مُحَمَّدُ إنَّ اللَّهَ يَضَعُ السَّمَاوَاتِ عَلَى أُصْبُعٍ وَالْأَرَضِينَ عَلَى أُصْبُعٍ وَالْجِبَالَ عَلَى أُصْبُعٍ وَالشَّجَرَ عَلَى أُصْبُعٍ وَالْأَنْهَارَ عَلَى أُصْبُعٍ وَسَائِرَ الْخَلْقِ عَلَى أُصْبُعٍ، ثُمَّ يَقُولُ بِيَدِهِ أَنَا الْمَلِكُ أَيْنَ مُلُوكُ الْأَرْضِ فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – تَعَجُّبًا مِنْهُ وَتَصْدِيقًا لَهُ، ثُمَّ قَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَالسَّمَاوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ» .

وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ الْأُصْبُعُ النِّعْمَةُ.

– 1

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً فَقَالَ هَؤُلَاءِ لِلْجَنَّةِ وَبِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ يَعْمَلُونَ ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً فَقَالَ هَؤُلَاءِ لِلنَّارِ وَبِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ يَعْمَلُونَ يَقْتَضِي» وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ خَلَقَ هَؤُلَاءِ لِيُدْخِلَهُمْ الْجَنَّةَ، وَخَلَقَ هَؤُلَاءِ لِيُدْخِلَهُمْ النَّارَ، وَخَلَقَ هَؤُلَاءِ لِيَعْمَلُوا بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَخَلَقَ هَؤُلَاءِ لِيَعْمَلُوا بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ، وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ «حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ أَنَّ خَلْقَ أَحَدِكُمْ يُجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا أَوْ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَهُ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَهُ ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ إلَيْهِ الْمَلَكَ فَيُؤَذِّنُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ فَيُكْتَبُ رِزْقُهُ وَأَجَلُهُ وَعَمَلُهُ

(202/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «تَرَكْت فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ مُسْلِمٍ «عَنْ طَاوُسٍ الْيَمَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ أَدْرَكْت نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُونَ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ قَالَ طَاوُسٌ وَسَمِعْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كُلُّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ حَتَّى الْعَجْزِ وَالْكَيْسِ أَوْ الْكَيْسِ وَالْعَجْزِ») .

[المنتقى]

وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ، ثُمَّ يَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى لَا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ عَمَلَ أَهْلِ النَّارِ فَيَدْخُلُ النَّارَ وَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى لَا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّارِ إلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلَ عَمَلَ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيَدْخُلُهَا» ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ سَبَقَ الْكِتَابُ بِمَا يَعْمَلُ وَبِمَا يَصِيرُ إلَيْهِ، وَأَنَّهُ قَدْ سَبَقَ الْكِتَابُ بِأَنْ يَعْمَلَ فِي أَوَّلِ عُمُرِهِ عَمَلًا صَالِحًا، ثُمَّ فِي آخِرِهِ عَمَلًا سَيِّئًا، ثُمَّ يَمُوتُ عَلَيْهِ وَيَنْقَلِبُ إلَيْهِ وَقَدْ سَبَقَ الْكِتَابُ بِأَنْ يَعْمَلَ فِي أَوَّلِ عُمُرِهِ عَمَلًا سَيِّئًا وَفِي آخِرِهِ عَمَلًا صَالِحًا، ثُمَّ يَمُوتُ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ إلَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَقَالَ رَجُلٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَفِيمَ الْعَمَلُ» مَعْنَاهُ فَإِذَا كَانَ قَدْ يَسْبِقُ الْكِتَابُ بِمَكَانِ أَحَدِنَا مِنْ الْجَنَّةِ أَوْ النَّارِ، وَأَنَّهُ لَا مَحِيدَ عَنْهُ وَلَا بُدَّ مِنْهُ فَلِمَ نَتَكَلَّفُ الْعَمَلَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ اللَّهَ تَعَالَى إذَا خَلَقَ الْعَبْدَ لِلْجَنَّةِ اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ، وَإِذَا خَلَقَهُ لِلنَّارِ اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ» يُرِيدُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ قَدْ سَبَقَ الْكِتَابُ بِمَا عَمِلَ مِنْ خَيْرٍ أَوْ شَرٍّ كَمَا قَدْ سَبَقَ الْكِتَابُ بِمَا يَصِيرُ إلَيْهِ مِنْ الْجَنَّةِ أَوْ النَّارِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ السُّلَمِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كُنَّا فِي جِنَازَةٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا مِنْ نَفْسٍ مَنْفُوسَةٍ إلَّا كُتِبَ مَكَانُهَا مِنْ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ وَإِلَّا قَدْ كُتِبَتْ شَقِيَّةً أَوْ سَعِيدَةً فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفَلَا نَتَّكِلُ عَلَى كِتَابِنَا وَنَدَعُ الْعَمَلَ قَالَ أَمَّا أَهْلُ السَّعَادَةِ فَيُيَسَّرُونَ لِعَمَلِ السَّعَادَةِ، وَأَمَّا أَهْلُ الشَّقَاوَةِ فَيُيَسَّرُونَ لِعَمَلِ الشَّقَاوَةِ، ثُمَّ قَرَأَ {فَأَمَّا مَنْ أَعْطَى وَاتَّقَى} [الليل: 5] {وَصَدَّقَ بِالْحُسْنَى} [الليل: 6] الْآيَةَ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ الْجَنَّةَ، وَفِي أَهْلِ النَّارِ حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ النَّارِ فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ النَّارَ» يَقْتَضِي أَنَّ آخِرَ الْإِنْسَانِ أَحَقُّ بِهِ، وَعَلَيْهِ يُجَازَى.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إذَا كَانَ أَوَّلُ عَمَلِهِ سَيِّئًا، وَآخِرُهُ حَسَنًا فَقَدْ تَابَ مِنْ السَّيِّئِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ التَّائِبِينَ وَمَنْ انْتَقَلَ مِنْ الْعَمَلِ الصَّالِحِ إلَى السَّيِّئِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ، وَالْمُنْتَقِلِ إلَى الْفُسُوقِ عَلَى ذَلِكَ يَكُونُ جَزَاؤُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تَرَكْت فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا» عَلَى سَبِيلِ الْحَضِّ عَلَى تَعَلُّمِهَا أَوْ التَّمَسُّكِ بِهِمَا وَالِاقْتِدَاءِ بِمَا فِيهِمَا وَبَيَّنَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْأَمْرَيْنِ فَقَالَ «كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ رَسُولِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَا سَنَّهُ وَشَرَّعَهُ، وَأَنْبَأَنَا عَنْ تَحْلِيلِهِ وَتَحْرِيمِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ سُنَنِهِ، وَهَذَا فِيمَا كَانَ فِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ، وَمَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ كِتَابٌ وَلَا سُنَّةٌ فَمَرْدُودٌ إلَيْهِمَا وَمُعْتَبَرٌ بِهِمَا.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْمُوعَةِ الْحُكْمُ عَلَى وَجْهَيْنِ فَالَّذِي يَحْكُمُ بِالْقُرْآنِ فَذَلِكَ الصَّوَابُ، وَالَّذِي يُجْهِدُ الْعَالِمُ نَفْسَهُ فِيهِ فِيمَا لَمْ يَأْتِ فِيهِ شَيْءٌ فَلَعَلَّهُ يُوَفَّقُ، وَثَالِثٌ مُتَكَلِّفٌ بِمَا لَا يَعْلَمُ فَمَا أَشْبَهَ أَنْ لَا يُوَفَّقَ مُقْتَضَى هَذَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْحُكْمَ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مُقَدَّمٌ فِيمَا فِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ، وَمَا عُدِمَ ذَلِكَ فِيهِ اجْتَهَدَ الْعَالِمُ فِيهِ بِالرَّأْيِ وَالْقِيَاسِ وَالرَّدِّ إلَى مَا ثَبَتَ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَأَمَّا الْجَاهِلُ فَلَا يَتَعَرَّضُ لِذَلِكَ

فَإِنَّهُ مُتَكَلِّفٌ بِمَا لَا يَعْلَمُ وَبِمَا لَمْ يُكَلِّفْهُ، وَيُوشِكُ أَنْ لَا يُوَفَّقَ.

(ش) : قَوْلُ طَاوُسٍ أَدْرَكْت نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُونَ عَلَى وَجْهِ التَّصْحِيحِ لِمَا حَكَاهُ لِفَضْلِ الْقَابِلِينَ لَهُ وَعِلْمِهِمْ وَدِينِهِمْ، وَأَنَّهُمْ

(203/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ سَمِعْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ: إنَّ اللَّهَ هُوَ الْهَادِي وَالْفَاتِنُ) .

[المنتقى]
الَّذِينَ صَحِبُوا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَعَلِمُوا مَا جَاءَ بِهِ، وَتَكَرَّرَ أَخْذُهُمْ وَسَمَاعُهُمْ لِمَا قَالَهُ وَفَهَّمَهُمْ الْمُرَادَ وَسُؤَالِهِمْ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَمَّا أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ، وَاتِّفَاقِهِمْ عَلَى صِحَّةِ النَّقْلِ عَنْهُ فَسَمِعَهُمْ يَقُولُونَ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ} [القمر: 49] وَيُحْتَمَلُ مِنْ جِهَةِ مُقْتَضَى لِسَانِ الْعَرَبِ مَعَانِيَ أَحَدِهَا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ خَلَقْنَا مِنْهُ شَيْئًا مُقَدَّرًا لَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْقُصُ مِنْهُ، الثَّانِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ خَلَقْنَاهُ عَلَى قَدَرٍ مَا لَا يُزَادُ فِيهِ وَلَا يَنْقُصُ مِنْهُ، قَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا} [الطلاق: 3] ، وَالثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ نُقَدِّرُهُ عَلَيْهِ قَالَ جَلَّ ذِكْرُهُ {بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ} [القيامة: 4] الرَّابِعُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ بِقَدَرٍ أَنْ نَخْلُقَهُ فِي وَقْتِهِ فَقَدَّرَ لَهُ عَزَّ وَجَلَّ وَقْتًا يَخْلُقُهُ فِيهِ.
وَقَالَ الْحَسَنُ الْحُلْوَانِيُّ أَمْلَى عَلَيَّ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ سَأَلْت عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ مَهْدِيٍّ عَنْ الْقَدَرِ فَقَالَ كُلُّ شَيْءٍ بِالْقَدَرِ وَالطَّاعَةُ وَالْمَعْصِيَةُ بِقَدَرٍ، وَقَدْ أَعْظَمَ الْفِرْيَةَ مَنْ قَالَ إنَّ الْمَعَاصِيَ لَيْسَتْ بِقَدَرٍ.
وَقَالَ وَالْعِلْمُ وَالْقَدَرُ وَالْكِتَابُ سَوَاءٌ، وَعَرَضْت كَلَامَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَلَى يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ فَقَالَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ هَذَا قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ مَهْدِيٍّ فِي الْجُمْلَةِ هُوَ مَذْهَبُ أَهْلِ السُّنَّةِ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَعْنَى الْحَدِيثِ غَيْرَ أَنَّ الْعِلْمَ وَالْقَدَرَ وَالْكِتَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا رَاجِعٌ إلَى مَعْنًى مُخْتَصٍّ بِهِ غَيْرَ أَنَّهَا مَعَانٍ مُتَقَارِبَةٌ، وَقَدْ تُسْتَعْمَلُ مِنْ طَرِيقِ تَقَارُبِهَا بِمَعْنًى وَاحِدٍ.
قَالَ مَالِكٌ: وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ إنَّ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَعِلْمًا بَيِّنًا عَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ وَجَهِلَهُ مَنْ جَهِلَهُ يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِنَّكُمْ وَمَا تَعْبُدُونَ} [الصافات: 161] {مَا أَنْتُمْ عَلَيْهِ

بِفَاتِنِينَ} [الصافات: 162] {إِلا مَنْ هُوَ صَالِ الْجَحِيمِ} [الصافات: 163] .
وَقَالَ نُوحٌ {رَبِّ لا تَذَرْ عَلَى الأَرْضِ مِنَ الْكَافِرِينَ دَيَّارًا} [نوح: 26] {إِنَّكَ إِنْ تَذَرْهُمْ يُضِلُّوا عِبَادَكَ وَلا يَلِدُوا إِلا فَاجِرًا كَفَّارًا} [نوح: 27] ، وَأَخْبَرَ نُوحٌ عَمَّنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنَّهُ فَاجِرٌ كَفَّارٌ بِمَا سَبَقَ لَهُمْ مِنَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَقُدْرَتِهِ عَلَيْهِمْ قَالَ مَالِكٌ وَمَا رَأَيْت أَهْلَهُ مِنْ النَّاسِ إلَّا أَهْلَ سَخَافَةِ عُقُولٍ وَخِفَّةٍ وَطَيْشٍ، وَقَدْ اعْتَمَدْت فِي هَذَا الْبَابِ عَلَى إيرَادِ أَقْوَالِ الْفُقَهَاءِ وَالْحَدِيثِ لِمَا فِي أَقْوَالِ غَيْرِهِمْ مِنْ الْغُمُوضِ، وَمَا فِي احْتِجَاجِهِمْ مَعَ الْمُخَالِفِ مِنْ التَّطْوِيلِ، وَقَدْ بَلَغَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرِ بْنُ الطَّيِّبِ الْمَالِكِيُّ فِي كُتُبِهِ مِنْ هَذَا الْبَابِ مَا لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ وَلَا حَاجَةَ بِالطَّالِبِ إلَّا الْيَسِيرُ مِنْهُ، وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو ذَرٍّ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْهَرَوِيُّ مَالِكِيًّا، وَكَانَ عَلَى مَذْهَبِهِ، وَمِمَّنْ أَخَذَ عَنْهُ، وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو عِمْرَانَ مُوسَى بْنُ حَاجٍّ الْفَاسِيُّ قَدْ رَحَلَ إلَيْهِ وَأَخَذَ عَنْهُ وَتَبِعَهُ، وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ أَبِي زَيْدٍ وَالشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ الْقَابِسِيُّ يَتْبَعَانِ مَذْهَبَهُ، وَقَرَأَ عَلَيْهِ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ نَصْرٍ، وَهُوَ مِمَّنْ أَخَذَ عَنْهُ وَاتَّبَعَهُ وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْت عُلَمَاءَ شُيُوخِنَا بِالْمَشْرِقِ وَأَهْلِ هَذِهِ الْمَقَالَةِ هُمْ الَّذِينَ يُشَارُ إلَيْهِمْ بِأَنَّهُمْ أَهْلُ السُّنَّةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: سَمِعْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَقُولُ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ حَتَّى الْعَجْزِ وَالْكَيْسِ أَوْ الْكَيْسِ وَالْعَجْزِ» عَلَى وَجْهِ الشَّكِّ مِنْ الرَّاوِي، وَمَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ، وَأَنَّ الْعَاجِزَ قَدْ قُدِّرَ عَجْزُهُ وَالْكَيِّسُ قَدْ قُدِّرَ كَيْسُهُ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ الْعَجْزَ عَنْ الطَّاعَةِ وَالْكَيْسَ فِيهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ فِي أَمْرِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِي خُطْبَتِهِ إنَّ اللَّهَ هُوَ الْهَادِي وَالْفَاتِنُ يُرِيدُ الرَّاوِي أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فَاشِيًا عِنْدَ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ مُتَدَاوَلًا النُّطْقُ وَالْحَضُّ عَلَى الْأَخْذِ فِيهِ وَالِاعْتِقَادِ لَهُ وَالْإِشَاعَةِ لِلَفْظِهِ، وَمَعْنَاهُ وَلِذَلِكَ كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ يُعْلِنُ فِي خُطْبَتِهِ وَفِي الْمَحَافِلِ وَمُجْتَمَعِ النَّاسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، قَالَ اللَّهُ جَلَّ ذِكْرُهُ إخْبَارًا عَنْ كَلِيمِهِ مُوسَى – عَلَيْهِ السَّلَامُ – فِي مُنَاجَاتِهِ لَهُ {إِنْ هِيَ إِلا فِتْنَتُكَ تُضِلُّ بِهَا مَنْ تَشَاءُ وَتَهْدِي مَنْ تَشَاءُ} [الأعراف: 155] وَالْهِدَايَةُ تَكُونُ عَلَى مَعْنَيَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: بِمَعْنَى الْإِيضَاحِ وَالْإِرْشَادِ يُقَالُ أَهْدَيْت فُلَانًا الطَّرِيقَ أَيْ أَرْشَدْته إلَيْهِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ كُنْت أَسِيرُ مَعَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فَقَالَ مَا رَأْيُك فِي هَؤُلَاءِ الْقَدَرِيَّةِ قَالَ فَقُلْت رَأْيِي أَنْ تَسْتَتِيبَهُمْ فَإِنْ قَبِلُوا وَإِلَّا عَرَضْتهمْ عَلَى السَّيْفِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَذَلِكَ رَأْيِي قَالَ مَالِكٌ وَذَلِكَ رَأْيِي)

[المنتقى]

وَالْآخَرُ بِمَعْنَى التَّوْفِيقِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّكَ لا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ} [القصص: 56] مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا تُوَفِّقُ مَنْ أَحْبَبْت، وَلَكِنَّ اللَّهَ يُوَفِّقُ مَنْ يَشَاءُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ هَاهُنَا الْإِرْشَادَ وَالْإِيضَاحَ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَدْ أَرْشَدَ وَبَيَّنَ وَأَوْضَحَ وَبَلَّغَ مَنْ يُحِبُّ وَمَنْ لَا يُحِبُّ، وَأَمَّا الْفِتْنَةُ فَمَعْنَاهَا فِي كَلَامِ الْعَرَبِ الِاخْتِبَارُ إلَّا أَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِي عُرْفِ التَّخَاطُبِ بِمَعْنَى الْخِذْلَانِ، يُقَالُ فُتِنَ فُلَانٌ إذَا أُخْذِلَ وَضَلَّ وَفُلَانٌ مَفْتُونٌ، وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا التَّأْوِيلِ أَنَّهُ قَالَ الْهَادِي بِمَعْنَى الْمُوَفِّقِ فَمَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ الْمُوَفِّقُ بِفَضْلِهِ، وَالْخَاذِلُ لِمَنْ شَاءَ بِعَدْلِهِ لَا إلَهَ إلَّا هُوَ الْفَعَّالُ لِمَا يُرِيدُ.

(ش) : قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَا رَأْيُك فِي هَؤُلَاءِ الْقَدَرِيَّةِ اخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِيمَا سُمُّوا بِهِ قَدَرِيَّةً، فَقَالَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ سُمُّوا بِذَلِكَ لِأَنَّهُمْ نَفَوْا الْقَدَرَ كَمَا سُمِّيَ دَاوُد بْنُ عَلِيٍّ الْأَصْبَهَانِيُّ الْقِيَاسِيُّ لِأَنَّهُ نَفَى الْقِيَاسَ.

وَقَالَ قَوْمٌ سُمُّوا بِذَلِكَ لِأَنَّهُمْ ادَّعَوْا أَنَّ لَهُمْ قُدْرَةً عَلَى خَلْقِ أَفْعَالِهِمْ، وَنَفَوْا قُدْرَةَ الْبَارِي سُبْحَانَهُ عَلَيْهَا قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونَ: وَيَدَّعِي الْقَدَرِيُّ أَنَّ الْأَمْرَ إلَيْهِ، وَأَنَّهُ مَا شَاءَ فَعَلَ وَأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَعْصِيَ، وَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُرِيدُ أَنْ يُطِيعَ فَيَكُونُ مَا أَرَادَ هُوَ، وَلَا يَكُونُ مَا أَرَادَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَأَمَّا الْمُعْتَزِلَةُ فَهُمْ طَائِفَةٌ مِنْ الْقَدَرِيَّةِ، وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَسْمِيَتِهِمْ بِذَلِكَ فَقَالَتْ طَائِفَةٌ سُمِّيَتْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَمْرَو بْنَ عُبَيْدٍ كَانَ يَلْزَمُ مَجْلِسَ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ثُمَّ أَنَّهُ قَالَ بِالْقَدَرِ وَمَعَانٍ خَالَفَ فِيهَا الْحَسَنَ، ثُمَّ اعْتَزَلَ هُوَ وَمَنْ تَبِعَهُ مَجْلِسَ الْحَسَنِ، فَسُمُّوا بِذَلِكَ مُعْتَزِلَةً، وَقِيلَ أَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - كَانَ جَمِيعُهُمْ عَلَى مَذْهَبِ أَهْلِ السُّنَّةِ يَقُولُونَ أَنَّ الْمُذْنِبِينَ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ فِي الْمَشِيئَةِ، ثُمَّ حَدَّثَ الْخَوَارِجُ فَكَفَرُوا بِالذُّنُوبِ، ثُمَّ حَدَّثْت الْمُعْتَزِلَةُ فَاعْتَزَلُوا الطَّائِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالُوا إنَّ الْمُرْتَكِبَ لِلْكَبَائِرِ لَيْسَ بِمُؤْمِنٍ وَلَا كَافِرٍ، وَإِنَّمَا هُوَ فَاسِقٌ لَكِنَّهُ مُخَلَّدٌ فِي النَّارِ.

وَأَمَّا الْمُرْجِئَةُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ هُمْ الَّذِينَ يَدَّعُونَ أَنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ بِلَا عَمَلٍ يُرِيدُونَ أَنَّ بِنَفْسِ الْإِيمَانِ وَهُوَ التَّصْدِيقُ يَسْتَحِقُّ النَّجَاةَ مِنْ النَّارِ وَدُخُولَ الْجَنَّةِ، وَإِنَّمَا مَذْهَبُ أَهْلِ السُّنَّةِ أَنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ وَعَمَلٌ، يُرِيدُونَ

أَنَّ الْإِيمَانَ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ النَّجَاةَ مِنْ النَّارِ وَدُخُولَ الْجَنَّةِ، فَسَمُّوا الْأَعْمَالَ إيمَانًا وَهِيَ فِي الْحَقِيقَةِ شَرَائِعُ الْإِيمَانِ الَّتِي تُنَجِّي مِنْ النَّارِ بِامْتِثَالِ مَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ مِنْهَا، وَالْإِيمَانُ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ التَّصْدِيقُ لَكِنَّهُ مَنْ وُجِدَ مِنْهُ الْإِيمَانُ دُونَ شَرَائِعِهِ فَلَا يُقْطَعُ بِأَنَّهُ يَنْجُو مِنْ النَّارِ، وَإِنَّمَا يُقْطَعُ بِأَنَّهُ يَدْخُلُ الْجَنَّةَ إمَّا بِأَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُ ابْتِدَاءً فَيُدْخِلُهُ الْجَنَّةَ أَوْ يُعَاقِبُهُ عَلَى تَرْكِ الْعَمَلِ، ثُمَّ يُدْخِلُهُ الْجَنَّةَ بِفَضْلِ رَحْمَتِهِ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّ اللَّهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ} [النساء: 48] فَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ أَهْلِ السُّنَّةِ إنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ وَعَمَلٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَرَى أَنْ تَسْتَتِيبَهُمْ فَإِنْ تَابُوا وَإِلَّا قُتِلُوا، قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ فِي الْقَدَرِيَّةِ أَرَى أَنْ يُسْتَتَابُوا فَإِنْ تَابُوا، وَإِلَّا قُتِلُوا وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْإِبَاضِيَّةِ وَالْحَرُورِيَّةِ وَأَهْلِ الْأَهْوَاءِ كُلُّهُمْ يُسْتَتَابُونَ فَإِنْ تَابُوا وَإِلَّا قُتِلُوا إذَا كَانَ الْإِمَامُ عَدْلًا. وَذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ إلَى أَنَّهُمْ مِنْ الْخَوَارِجِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ يُسْتَتَابُ سَائِرُ الْخَوَارِجِ وَالْإِبَاضِيَّةِ وَالصُّفْرِيَّةِ وَالْقَدَرِيَّةِ وَالْمُعْتَزِلَةِ وَيُسْتَتَابُ الْمُرْجِئَةُ الَّذِينَ يَقُولُونَ إنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ بِلَا عَمَلٍ.

وَأَمَّا الشِّيعَةُ مِنْهُمْ فَمَنْ أَحَبَّ مِنْهُمْ عَلِيًّا وَلَمْ يَغْلُ فَهَذَا دِينُنَا، وَمَنْ غَلَا إلَى بُغْضِ عُثْمَانَ وَالْبَرَاءَةِ مِنْهُ أُدِّبَ أَدَبًا شَدِيدًا، وَمَنْ زَادَ غُلُوُّهُ إلَى بُغْضِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ مَعَ عُثْمَانَ وَشَتَمَهُمْ فَالْعُقُوبَةُ عَلَيْهِ أَشَدُّ، وَيُكَرَّرُ ضَرْبُهُ وَيَطُولُ سِجْنُهُ حَتَّى يَمُوتَ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ الْقَتْلَ إلَّا فِي سَبِّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْأَنْبِيَاءِ، وَأَمَّا مَنْ تَجَاوَزَ مِنْهُمْ

(205/7)

. . . .

[المنتقى]

إلَى الْإِلْحَادِ فَزَعَمَ أَنَّ عَلِيًّا رُفِعَ، وَلَمْ يَمُتْ وَسَيَنْزِلُ إلَى الْأَرْضِ، وَأَنَّهُ دَابَّةُ الْأَرْضِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ كَانَ الْوَحْيُ يَأْتِيهِ وَبَعْدَهُ ذُرِّيَّتُهُ مُفْتَرَضَةٌ طَاعَتُهُمْ وَنَحْوُهُ مِنْ الْإِلْحَادِ فَهَذَا كُفْرٌ يُسْتَتَابُ قَائِلُهُ وَيُقْتَلُ إنْ لَمْ يَتُبْ، ذُكِرَ أَنَّ قَوْمًا بِالْغَرْبِ اتَّخَذُوا نَبِيًّا سَمَّوْهُ صَالِحًا أَظْهَرَ لَهُمْ كِتَابًا بِلِسَانِ الْبَرْبَرِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ نَبِيُّ الْعَرَبِ فَأَكَلُوا رَمَضَانَ وَصَامُوا رَجَبَ وَاسْتَحَلُّوا تَزْوِيجَ تِسْعِ نِسْوَةٍ وَشِبْهَهُ فَهَؤُلَاءِ مُرْتَدُّونَ يُقْتَلُونَ، وَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا

وَيُجَاهِدُونَ وَلَا تُسْبَى ذَرَارِيُّهُمْ كَالْمُرْتَدِّينَ وَمِيرَاثُهُمْ لِلْمُسْلِمِينَ.

وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ فِي الْحَرُورِيِّ إذَا لَمْ يَخْرُجْ عَلَى الْإِمَامِ الْعَدْلِ فَيَدْعُ إلَى بِدْعَتِهِ أَوْ يَقْتُلْ أَحَدًا لَمْ يَقْتُلْهُ فَأَمَّا إنْ قَتَلَ أَحَدًا عَلَى دِينِهِ ذَلِكَ، أَوْ خَرَجَ عَلَى الْإِمَامِ الْعَدْلِ فَلْيُسْتَتَبْ فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ وَإِلَّا قُتِلَ، وَكَذَلِكَ الْجَمَاعَةُ مِنْهُمْ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ أَمَّا مَنْ كَانَ بَيْنَ أَظْهُرِنَا وَفِي جَمَاعَتِنَا فَلَا يُقْتَلُ وَلْيُضْرَبْ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ وَيُحْبَسُ وَيُنْهَى عَنْ مُجَالَسَتِهِ وَالسَّلَامِ عَلَيْهِ تَأْدِيبًا لَهُ.

وَقَدْ ضَرَبَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ضُبَيْعًا وَنَهَى عَنْ كَلَامِهِ حَتَّى حَسُنَتْ تَوْبَتُهُ فَأَمَّا مَنْ بَانَ مِنْهُمْ عَنْ الْجَمَاعَةِ وَدَعَوْا إلَى بِدْعَتِهِمْ وَمَنَعُوا فَرِيضَةً مِنْ الْفَرَائِضِ فَلْيَدْعُهُمْ الْإِمَامُ الْعَدْلُ إلَى السُّنَّةِ وَالرُّجُوعِ إلَى الْجَمَاعَةِ فَإِنْ أَبَوْا قَاتَلَهُمْ كَمَا فَعَلَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِمَنْ مَنَعَ الزَّكَاةَ، وَكَمَا فَعَلَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِالْحَرُورِيَّةِ فَفَارَقُوهُ وَشَهِدُوا عَلَيْهِ بِالْكُفْرِ فَلَمْ يَهْجِمْ حَتَّى خَرَجُوا وَنَزَلُوا بِالنَّهْرِ، فَأَقَامُوا شَهْرًا فَلَمْ يَهْجِمْ حَتَّى سَفَكُوا الدِّمَاءَ وَقَطَعُوا الطَّرِيقَ فَقَاتَلَهُمْ.

وَقَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ يُسْتَتَابُونَ فَإِنْ لَمْ يَتُوبُوا عَلَى وَجْهِ النَّهْيِ فَمَعْنَى قَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هَذَا وَمَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - إنَّمَا هُوَ مَنْ خَرَجَ وَبَانَ بِدَارِهِ، وَخَرَجَ عَنْ سُلْطَانِ الْإِمَامِ فَأَمَّا مَنْ هُوَ فِي سُلْطَانِهِ مِنْ الْمُعْتَزِلَةِ مِمَّنْ يَتَبَرَّأُ مِنْ عَلِيٍّ وَعُثْمَانَ أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَوْ يُظْهِرُ بِدْعَةَ الْقَدَرِ أَنَّ الْأَمْرَ إلَيْهِ، وَأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ، وَاَللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُطِيعَهُ فَيَكُونَ مَا أَرَادَ هُوَ دُونَ مَا أَرَادَ اللَّهُ فَاسْتَتِبْهُ فَإِنْ تَابَ فَأَوْجِعْهُ ضَرْبًا فِيمَا مَضَى، وَكَذَلِكَ مَنْ كَفَّرَ عَلِيًّا أَوْ عُثْمَانَ أَوْ أَحَدًا مِنْ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فَأَوْجِعْهُ ضَرْبًا.

1 -

وَرُوِيَ عَنْ سَحْنُونٍ مَنْ كَفَّرَ الْخُلَفَاءَ الْأَرْبَعَةَ يُقْتَلُ وَيُؤَدَّبُ فِي غَيْرِهِمْ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيُّ رَوَى مَعْنُ بْنُ عِيسَى سَمِعْت مَالِكَ بْنَ أَنَسٍ يَقُولُ لَيْسَ لِمَنْ سَبَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي هَذَا الْفَيْءِ حَقٌّ قَدْ قَسَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْفَيْءَ فَقَالَ {لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ} [الحشر: 8] الْآيَةَ. وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ {وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ} [الحشر: 9] الْآيَةَ، وَقَالَ تَعَالَى {وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالإِيمَانِ} [الحشر: 10] وَإِنَّمَا الْفَيْءُ لِهَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ الْأَصْنَافِ.

وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عَمَّارٍ سَمِعْت مَالِكَ بْنَ أَنَسٍ يَقُولُ مَنْ سَبَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ جُلِدَ وَمَنْ سَبَّ عَائِشَةَ قُتِلَ قِيلَ لَهُ وَلِمَ يُقْتَلُ فِي عَائِشَةَ قَالَ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ {يَعِظُكُمُ اللَّهُ أَنْ تَعُودُوا لِمِثْلِهِ أَبَدًا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ} [النور: 17] فَمَنْ رَمَاهَا فَقَدْ خَالَفَ الْقُرْآنَ، وَمَنْ خَالَفَ الْقُرْآنَ قُتِلَ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَرَوَى ابْنُ الْمَوَّازِ فِي الْخَوَارِجِ أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِكُفَّارٍ، وَمَنْ لَمْ يَتُبْ مِنْهُمْ فَقُتِلَ يُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلِّي عَلَيْهِ غَيْرُ الْإِمَامِ وَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ وَتَنْفُذُ وَصِيَّتُهُ، وَكَذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ فِي جَمِيعِ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ لَا يَخْرُجُونَ مِنْ الْإِيمَانِ بِبِدْعَتِهِمْ.

وَقَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – فِي أَهْلِ الْقَدَرِ مَنْ قُتِلَ مِنْهُمْ فَمِيرَاثُهُ لِوَرَثَتِهِ أَسَرَّ ذَلِكَ أَوْ أَعْلَنَهُ، وَلَا يُصَلَّى عَلَى الْقَدَرِيَّةِ وَلَا الْإِبَاضِيَّةِ فَإِنْ قُتِلُوا بِذَلِكَ أَحْرَى قَالَ سَحْنُونٌ يَعْنِي أَدَبًا لَهُمْ فَإِنْ ضَاعُوا فَلْيُصَلَّ عَلَيْهِمْ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ ابْنُ دَاوُد عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ قَالَ أَهْلُ الْأَهْوَاءِ أَهْلُ بِدَعٍ وَضَلَالَةٍ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالَّذِي يُخْرِجُهُمْ عِنْدَنَا مِنْ الْإِسْلَامِ، وَتَأْوِيلُ سَحْنُونٍ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا عِنْدَ مَالِكٍ مُؤْمِنِينَ لَمْ يَرِثْهُمْ وَرَثَتُهُمْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَا تُعَادُ الصَّلَاةُ خَلْفَ أَهْلِ الْبِدَعِ فِي وَقْتٍ وَلَا غَيْرِهِ وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَأَشْهَبَ وَالْمُغِيرَةِ وَابْنِ كِنَايَةَ وَغَيْرِهِمْ

(206/7)

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي أَهْلِ الْقَدَرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا تَسْأَلْ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَفْرِغَ صَحْفَتَهَا وَلِتَنْكِحَ فَإِنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ» مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ كَعْبٍ الْقُرَظِيِّ قَالَ «قَالَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ: أَيُّهَا النَّاسُ إنَّهُ لَا مَانِعَ لِمَا أَعْطَى اللَّهُ وَلَا مُعْطِيَ لِمَا مَنَعَ اللَّهُ وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجَدِّ مِنْهُ الْجَدُّ مَنْ يُرِدْ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ، ثُمَّ قَالَ سَمِعْت هَؤُلَاءِ الْكَلِمَاتِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى هَذِهِ الْأَعْوَادِ» .

مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كَانَ يُقَالُ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ كَمَا يَنْبَغِي الَّذِي لَا يُعَجَّلُ شَيْءٌ أَنَاهُ وَقَدَّرَهُ حَسْبِي اللَّهُ وَكَفَى سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ دَعَا لَيْسَ وَرَاءَ اللَّهِ مَرْمَى مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كَانَ يُقَالُ أَنَّ أَحَدًا لَنْ يَمُوتَ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ رِزْقَهُ فَأَجْمِلُوا الطَّلَبَ) .

[المنتقى]

وَلَيْسَ بِكَافِرٍ وَلَيْسَ يُخْرِجُهُ ذَنْبُهُ مِنْ الْإِيمَانِ، وَمَنْ كَفَّرَهُمْ رَكِبَ قَوْلَ الْحَرُورِيَّةِ فِي التَّكْفِيرِ بِالذُّنُوبِ، وَذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ إلَى أَنَّ الْخَوَارِجَ الَّذِينَ كَفَّرُوا النَّاسَ بِالذُّنُوبِ كُفَّارٌ، وَأَنَّهُ يُسْتَتَابُ مَنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنْهُمْ أَيَّامًا

وَيُسْجَنُ خَرَجُوا لِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَخْرُجُوا إذَا أَظْهَرُوا ذَلِكَ فَمَنْ لَمْ يَتُبْ قُتِلَ وَمَنْ تَابَ تُرِكَ، وَمَنْ رَدَّ هَذَا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ مُعَانِدٌ كَافِرٌ وَلَا يَحِلُّ سَبْيُ ذَرَارِيِّهِمْ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْخَوَارِجِ مِنْ الْإِبَاضِيَّةِ وَالصُّفْرِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الْقَدَرِيَّةُ وَالْمُعْتَزِلَةُ وَكَذَلِكَ تُسْتَتَابُ الْمُرْجِئَةُ الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ بِلَا عَمَلٍ، وَأَمَّا الشِّيعَةُ فَلَا يَبْلُغُ بِهِمْ الْقَتْلُ إلَّا أَنْ يَرْقَى إلَى سَبِّ نَبِيٍّ، وَأَمَّا مَنْ قَرَنَ بِذَلِكَ شَيْئًا مِنْ الْإِلْحَادِ فَقَدْ كَفَرَ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو مُسْهِرٍ قَالَ قُلْت لِمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ خَطَبَ إلَيَّ رَجُلٌ مِنْ الْقَدَرِيَّةِ أَفَأُزَوِّجُهُ فَقَالَ لَا قَالَ اللَّهُ: عَزَّ وَجَلَّ: {وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ} [البقرة: 221] .

وَقَالَ إبْرَاهِيمُ بْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الضَّحَّاكِ قَالَ قَالَ مَالِكٌ لَا أَرَى أَنْ يُصَلَّى وَرَاءَ الْقَدَرِيِّ وَمَنْ صَلَّى وَرَاءَهُ رَأَيْت أَنْ يُعِيدَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يُسَلَّمُ عَلَى أَهْلِ الْقَدَرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَكَأَنِّي رَأَيْته يَرَى ذَلِكَ فِي أَهْلِ الْأَهْوَاءِ كُلِّهِمْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُوَ رَأْيِي لَا يُسَلَّمُ عَلَيْهِمْ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ لَا تُجَالِسْ الْقَدَرِيَّ وَلَا تُكَلِّمْهُ إلَّا أَنْ تَجْلِسَ إلَيْهِ بِغِلَظٍ عَلَيْهِ يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ} [المجادلة: 22] فَلَا تُوَادُّوهُمْ.

(فَرْعٌ) وَتَوْبَةُ الْقَدَرِيِّ فِيمَا قَالَ مَالِكٌ تَرْكُهُ مَا هُوَ عَلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَتُبْ قُتِلَ وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ إنْ خَرَجُوا عَلَى الْإِمَامِ الْعَدْلِ يُقْتَلُ مُنْهَزِمُهُمْ وَيُجْهَزُ عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَمَنْ أُسِرَ مِنْهُمْ فَلِلْإِمَامِ قَتْلُهُ مَا لَمْ يَنْقَطِعْ الْحَرْبُ فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ قَدْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ بِنَفْسٍ فَلَا يُقْتَلُ، وَيُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ قُبِلَ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَتُبْ وَلَمْ يَرْجِعْ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَا يُقْتَلُ وَلْيُؤَدَّبْ إنْ لَمْ يَتُبْ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي أَهْلِ الْقَدَرِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَسْأَلْ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَفْرِغَ صَحْفَتَهَا» نَهَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ الْبَغْيِ وَالْأَذَى وَالظُّلْمِ لِلَّتِي تَشْتَرِطُ طَلَاقَهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا يَشْتَرِطُ النِّسَاءُ عِنْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ أَنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ مَعَهُ طَالِقٌ، وَأَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَلَا يَتَسَرَّى مَعَهَا وَلَا يَتَّخِذَ أُمَّ وَلَدٍ وَيُبَيِّنُ هَذَا التَّأْوِيلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلِتَنْكِحَ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلِتُنْكَحَ وَلَا تَسْأَلْ طَلَاقَ غَيْرِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ النَّهْيَ عَنْ أَنْ تَفْعَلَهُ الْمَرْأَةُ ابْتِدَاءً إذَا عَلِمَتْ إيثَارَ الزَّوْجِ لَهَا أَنْ تَسْأَلَهُ طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا، أَوْ قَالَ أُخْتَهَا وَإِنَّمَا أَرَادَ أُخْتَهَا فِي الدِّينِ وَوَصَفَهَا بِذَلِكَ لِيُذَكِّرَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ الْحُرْمَةِ الَّتِي تُوجِبُ إشْفَاقَهَا عَلَيْهَا وَتَرْكَ مُضَارَّتِهَا بِأَنْ تَسْأَلَ طَلَاقَهَا، وَقَوْلُهُ

– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لِتَسْتَفْرِغَ إنَاءَهَا» يُحْتَمَلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنْ تَنْفَرِدَ بِنَفَقَةِ الزَّوْجِ وَمَالِهِ وَلَا تُشْرِكَهَا بِذَلِكَ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلِتَنْكِحَ فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا» يُرِيدُ أَنَّهُ مَا قُدِّرَ لَهَا أَنْ تَنَالَهُ مِنْ خَيْرِ

(207/7)

مَا جَاءَ فِي حُسْنِ الْخُلُقِ (ص) : (مَالِكٌ «أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ قَالَ آخِرُ مَا أَوْصَانِي بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حِينَ وَضَعْت رِجْلِي فِي الْغَرْزِ أَنْ قَالَ أَحْسِنْ خُلُقَك لِلنَّاسِ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ»)

[المنتقى]
الزَّوْجِ وَنَفَقَتِهِ لَا بُدَّ أَنْ تَصِلَ إلَيْهِ، وَلَا سَبِيلَ إلَى الزِّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ بِفِرَاقِهِ الزَّوْجَةَ وَلَا النَّقْصِ مِنْهُ بِإِمْسَاكِهِ لَهَا، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّ الرِّزْقَ مُقَدَّرٌ وَالْإِجْمَالَ فِي الطَّلَبِ مَشْرُوعٌ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا مَانِعَ لِمَا أَعْطَى اللَّهُ وَلَا مُعْطِيَ لِمَا مَنَعَ اللَّهُ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا أَعْطَى اللَّهُ مِنْ خَيْرِ دِينٍ أَوْ دُنْيَا فَلَا مَانِعَ لَهُ، وَمَا مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ فَلَا مُعْطِيَ لَهُ وَهُوَ نَحْوُ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِنْ يَمْسَسْكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلا كَاشِفَ لَهُ إِلا هُوَ وَإِنْ يُرِدْكَ بِخَيْرٍ فَلا رَادَّ لِفَضْلِهِ يُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ} [يونس: 107] .
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجَدِّ مِنْهُ الْجَدُّ» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ مَعْنَاهُ لَا يَنْفَعُ ذَا الْغِنَى مِنْهُ غِنَاهُ إنَّمَا تَنْفَعُهُ طَاعَتُك وَالْعَمَلُ بِمَا يُقَرِّبُهُ مِنْك، يُقَالُ جَدَّ الرَّجُلُ يَجِدُّ إذَا صَارَ لَهُ جَدٌّ.
وَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ لَا يَنْفَعُ ذَا الْجِدِّ مِنْك الْجِدُّ بِكَسْرِ الْجِيمِ وَهُوَ خَطَأٌ؛ لِأَنَّ الْجِدَّ الِانْكِمَاشُ يُرِيدُ الِاجْتِهَادَ وَمُحَالٌ أَنْ لَا يَنْفَعَ النَّاسَ الِاجْتِهَادُ فِي طَاعَةِ اللَّهِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِيهِ نَظَرٌ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجِدِّ مِنْك الْجِدُّ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ ذَلِكَ الِاجْتِهَادُ مِنْك اجْتِهَادُ فِي اجْتِلَابِ مَنْفَعَةٍ أَوْ دَفْعِ مَضَرَّةٍ فَإِنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَصِلَ إلَيْهِ مَا قُدِّرَ لَهُ اجْتَهَدَ أَوْ لَمْ يَجْتَهِدْ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ يُرِدْ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْفِقْهَ فِي

الدِّينِ يَقْتَضِي إِرَادَةَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْخَيْرَ لِعَبِيدِهِ وَأَنَّ مَنْ أَرَادَ اللَّهُ بِهِ الْخَيْرَ فَقَّهَهُ فِي دِينِهِ وَالْخَيْرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ دُخُولُ الْجَنَّةِ وَالسَّلَامَةُ مِنْ النَّارِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {فَمَنْ زُحْزِحَ عَنِ النَّارِ وَأُدْخِلَ الْجَنَّةَ فَقَدْ فَازَ} [آل عمران: 185] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ سَمِعْت هَؤُلَاءِ الْكَلِمَاتِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى هَذِهِ الْأَعْوَادِ يُرِيدُ بِذَلِكَ بَيَانَ صِحَّةِ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ وَخَصَّ أُمَّةَ مُحَمَّدٍ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى الْمِنْبَرِ لِأَنَّهَا مِمَّا قَالَهُ نَبِيُّهُمْ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – عَلَى الْمِنْبَرِ وَبَلَّغَهُ إلَى الْأُمَّةِ تَبْلِيغًا شَائِعًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – كَانَ يُقَالُ يَقْتَضِي أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ أَئِمَّةِ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ مَالِكًا أَدْخَلَهُ فِي كِتَابِهِ لِيَعْتَقِدَ صِحَّتَهُ وَيَحْمَدَ اللَّهَ بِهِ، وَقَوْلُهُ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ كَمَا يَنْبَغِي يُرِيدُ أَنَّهُ أَحْسَنَهُ، وَأَتَى بِهِ عَلَى أَفْضَلِ مَا يَكُونُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ قَوْلَهُ إلَى الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ عَلَى تَأْوِيلِ مَنْ قَالَ خَلَقَهُ حَسَنًا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ خَلَقَهُ عَلَى مَا يَنْبَغِي مِنْ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ وَإِرَادَتِهِ لَهُ وَعِلْمِهِ بِهِ وَبِمَا فِيهِ مِنْ الْمَصَالِحِ لِخَلْقِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ الَّذِي لَا يُعَجِّلُ شَيْءٌ أَنَاهُ وَقَدَّرَهُ، وَمَعْنَاهُ لَا يَسْبِقُ وَقْتُهُ الَّذِي وُقِّتَ لَهُ قَالَ الْأَخْفَشُ: أَنَا الشَّيْءَ وَقْتَ بُلُوغِهِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ الْأَنَا التَّأْخِيرُ وَالِانْتِظَارُ قَالَ الشَّاعِرُ

وَآنَيْت الْعِشَاءَ إلَى سُهَيْلٍ ... أَوْ الشِّعْرَى فَطَالَ بِي الْإِنَاءُ

يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا يَسْبِقُ وَقْتَهُ الَّذِي قُدِّرَ لَهُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ لا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلا يَسْتَقْدِمُونَ} [الأعراف: 34] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ حَسْبِي اللَّهُ وَكَفَى وَقَوْلُهُ سَمِعَ لِمَنْ دَعَاهُ مَعْنَاهُ اسْتَجَابَ اللَّهُ لِمَنْ دَعَا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْخَبَرَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الدُّعَاءَ، وَقَوْلُهُ لَيْسَ وَرَاءَ اللَّهِ مَرْمَى يُرِيدُ لَيْسَ وَرَاءَ اللَّهِ غَايَةٌ يُرْمَى إلَيْهَا أَيْ يُقْصَدُ بِدُعَاءٍ أَوْ أَمَلٍ أَوْ رَجَاءٍ يُقَالُ هَذِهِ الْغَايَةُ الَّتِي يَرْمِي إلَيْهَا أَيْ يَقْصِدُ شُبِّهَتْ بِغَايَةِ السِّهَامِ الَّتِي تُرْمَى وَيُقْصَدُ بِهَا.

[مَا جَاءَ فِي حُسْنِ الْخُلُقِ]

(ش) : قَوْلُ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - آخِرُ

(208/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهَا قَالَتْ «مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي أَمْرَيْنِ قَطُّ إلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إثْمًا فَإِنْ كَانَ إثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ وَمَا انْتَقَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِنَفْسِهِ إلَّا أَنْ تُنْتَهَكَ حُرْمَةٌ لِلَّهِ فَيَنْتَقِمَ لِلَّهِ بِهَا») .

[المنتقى]

مَا أَوْصَانِي بِهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَنْبِيهٌ عَلَى تَأْكِيدِ مَا أَوْصَاهُ بِهِ وَاهْتِبَالِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِوَلَائِهِ وَلَا يُهْتَبَلُ فِي ذَلِكَ مِنْ الْوَصِيَّةِ مَنْ يُوَدِّعُ الْمُسَافِرَ إلَّا بِأَوْكَدِ مَا يُوصِيهِ بِهِ، وَقَوْلُهُ حِينَ وَضَعْت رِجْلِي فِي الْغَرْزِ الْغَرْزُ لِلرَّاحِلَةِ بِمَنْزِلَةِ الرِّكَابِ لِلدَّابَّةِ، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إلَى تَأْخِيرِ الْحَالِ الَّتِي أَوْصَاهُ عَلَيْهَا، وَأَنَّهَا حِينَ مُفَارَقَتِهِ لَهُ وَبَعْدَ تَوْدِيعِهِ إيَّاهُ، وَذَلِكَ كُلُّهُ دَلِيلٌ عَلَى تَأْكِيدِ مَا أَوْصَاهُ بِهِ وَمُبَالَغَتِهِ فِي وَصِيَّتِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَحْسِنْ خُلُقَكَ لِلنَّاسِ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ» تَحْسِينُ خُلُقِهِ أَنْ يُظْهِرَ مِنْهُ لِمَنْ يُجَالِسُهُ أَوْ وَرَدَ عَلَيْهِ الْبِشْرَ وَالْحِلْمَ وَالْإِشْفَاقَ وَالصَّبْرَ عَلَى التَّعْلِيمِ وَالتَّوَدُّدَ إلَى الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَالْغِلَظُ مَكْرُوهٌ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ} [آل عمران: 159] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لِلنَّاسِ» وَإِنْ كَانَ لَفْظُهُ عَامًّا إلَّا أَنَّهُ يُرِيدُ بِذَلِكَ مَنْ يَسْتَحِقُّ تَحْسِينَ الْخُلُقِ لَهُ فَأَمَّا أَهْلُ الْكُفْرِ وَالْإِصْرَارِ عَلَى الْكَبَائِرِ وَالتَّمَادِي عَلَى ظُلْمِ النَّاسِ، فَلَا يُؤْمَرُ بِتَحْسِينِ خُلُقِهِ لَهُمْ بَلْ يُؤْمَرُ بِأَنْ يُغْلِظَ عَلَيْهِمْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ} [التوبة: 73] .

وَقَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ

اللَّهِ إنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ} [النور: 2] وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ «سُئِلَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – عَنْ خُلُقِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَتْ كَانَ خُلُقُهُ وَأَمْرُهُ الْقُرْآنَ وَاتِّبَاعَهُ» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ «مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي أَمْرَيْنِ قَطُّ إلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إثْمًا فَإِنْ كَانَ إثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ وَمَا انْتَقَمَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِنَفْسِهِ إلَّا أَنْ تُنْتَهَكَ حُرْمَةٌ لِلَّهِ فَيَنْتَقِمَ لِلَّهِ بِهَا») .

(ش) : قَوْلُ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – «مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْنَ أَمْرَيْنِ إلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ مَا خَيَّرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ أَمْرَيْنِ مِنْ الْأَعْمَالِ مِمَّا يُكَلِّفُهُ أُمَّتَهُ إلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا وَأَرْفَقَهُمَا بِأُمَّتِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ مَا خَيَّرَهُ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَ عُقُوبَتَيْنِ يُنْزِلُهُمَا بِمَنْ عَصَاهُ وَخَالَفَهُ إلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ مَا خَيَّرَهُ أَحَدٌ مِنْ أُمَّتِهِ مِمَّنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي طَاعَتِهِ وَلَا آمَنَ بِهِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا مُوَادَعَةٌ وَمُسَالَمَةٌ وَفِي الْآخَرِ مُحَارَبَةٌ أَوْ مُشَاقَةٌ إلَّا اخْتَارَ مَا فِيهِ الْمُوَادَعَةُ، وَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُؤْمَرَ بِالْمُجَاهَدَةِ وَمَنْعِ الْمُوَادَعَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ جَمِيعَ أَوْقَاتِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يُخَيِّرَهُ بَيْنَ الْحَرْبِ وَأَدَاءِ الْجِزْيَةِ فَإِنَّهُ كَانَ يَأْخُذُ بِالْأَيْسَرِ فَقَبِلَ مِنْهُمْ الْجِزْيَةَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ أُمَّتَهُ الْمُؤْمِنِينَ لَمْ يُخَيِّرُوهُ بَيْنَ الْتِزَامِ الشِّدَّةِ فِي الْعِبَادَةِ وَبَيْنَ الْأَخْذِ بِمَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ مِنْ ذَلِكَ إلَّا اخْتَارَ لَهُمْ أَيْسَرَهُمَا رِفْقًا بِهِمْ وَنَظَرًا لَهُمْ وَخَوْفًا أَنْ يُكْتَبَ عَلَيْهِمْ أَشَقُّهُمَا فَيَعْجَزُوا عَنْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مَا لَمْ يَكُنْ إثْمًا إنْ كَانَ الْمُخَيِّرُ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ؛ لِأَنَّ الْبَارِيَ تَعَالَى لَا يُخَيِّرُ بَيْنَ الْإِثْمِ وَالطَّاعَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمُخَيِّرُ لَهُ الْكُفَّارُ وَالْمُنَافِقُونَ مِمَّنْ بُعِثَ إلَيْهِمْ فَيَكُونُ اسْتِثْنَاءً مُتَّصِلًا، وَيَكُونُ مَعْنَاهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ أَيْسَرُ الْأَمْرَيْنِ اللَّذَيْنِ خُيِّرَ فِيهِمَا إثْمًا فَإِنَّهُ يَكُونُ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ وَلَا يَخْتَارُهُ، وَإِنَّمَا يَخْتَارُ الْأَيْسَرَ إذَا خُيِّرَ بَيْنَ جَائِزَيْنِ مَشْرُوعَيْنِ وَإِنْ كَانَ الْمُخَيِّرُ لَهُ الْمُؤْمِنُونَ مِنْ أُمَّتِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ؛ لِأَنَّهُمْ أَيْضًا لَا يُخَيِّرُونَهُ بَيْنَ الْتِزَامِ فِعْلِ طَاعَةٍ وَالْتِزَامِ فِعْلِ مَعْصِيَةٍ، وَيَجُوزُ عَلَى بُعْدٍ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً مُتَّصِلًا بِمَعْنَى أَنْ يُخَيِّرُوهُ بَيْنَ الْتِزَامِ مَا يَجُوزُ وَالْتِزَامِ مَا لَا يَجُوزُ، وَهُمْ يَعْتَقِدُونَهُ مِمَّا يَجُوزُ فَيَكُونَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْ أَنْ يُبِيحَ لَهُمْ مَا لَا يَجُوزُ بَلْ يُبَيِّنُ لَهُمْ الْمَنْعَ مِنْهُ وَيُحَذِّرُهُمْ مِنْ إتْيَانِهِ وَيَعْدِلُ بِهِمْ إلَى الْجَائِزِ، وَإِنْ شَقَّ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - «وَمَا انْتَقَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِنَفْسِهِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ

(209/7)

. . . .

[المنتقى]
لَا يَصِلُ إلَيْهِ أَذًى مِنْ مُخَالَفَةِ إرَادَةِ رَبِّهِ فِيمَا يَخُصُّهُ فَيَنْتَقِمُ بِذَلِكَ لِنَفْسِهِ قَالَ مَالِكٌ: بَلَغَنِي أَنَّ يُوسُفَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - قَالَ مَا انْتَقَمْت لِنَفْسِي مِنْ شَيْءٍ فَذَلِكَ الْيَوْمُ زَادِي مِنْ الدُّنْيَا، وَإِنَّ عَمَلِي قَدْ لَحِقَ بِعَمَلِ آبَائِي فَأَلْحِقُوا قَبْرِي بِقُبُورِهِمْ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ قَالَ مَالِكٌ «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَعْفُو عَمَّنْ شَتَمَهُ» .

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - «إلَّا أَنْ تُنْتَهَكَ حُرْمَةٌ لِلَّهِ فَيَنْتَقِمَ لِلَّهِ بِهَا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يُؤْذَى أَذًى فِيهِ غَضَاضَةٌ عَلَى الدِّينِ فَإِنَّ فِي ذَلِكَ انْتِهَاكًا لِحُرُمَاتِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَيَنْتَقِمُ لِلَّهِ بِذَلِكَ إعْظَامًا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَقَدْ قَالَ بِهِ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْذَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِفِعْلِ مُبَاحٍ وَلَا غَيْرِهِ، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنْ النَّاسِ فَيَجُوزُ أَنْ يُؤْذَى بِمُبَاحٍ وَلَيْسَ لَهُ الْمَنْعُ مِنْهُ وَلَا يَأْثَمُ فَاعِلُ الْمُبَاحِ، وَإِنْ وَصَلَ بِذَلِكَ أَذًى إلَى غَيْرِهِ قَالَ وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إذْ أَرَادَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَةَ أَبِي جَهْلٍ إنَّمَا فَاطِمَةُ بِضْعَةٌ مِنِّي وَإِنِّي وَاَللَّهِ لَا أُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ، وَلَكِنْ وَاَللَّهِ لَا تَجْتَمِعُ ابْنَةُ رَسُولِ اللَّهِ وَابْنَةُ عَدُوِّ اللَّهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَبَدًا» فَجَعَلَ حُكْمَهَا فِي ذَلِكَ، حُكْمُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْذَى بِمُبَاحٍ وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُهِينًا} [الأحزاب: 57] {وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا} [الأحزاب: 58] فَشَرَطَ فِي الْمُؤْمِنِينَ أَنْ يُؤْذُوا بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا وَأَطْلَقَ الْأَذَى فِي خَاصَّةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَحَصَلَ عَلَى إطْلَاقِهِ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :
وَمَنْ سَبَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلَا يَخْلُو أَنْ يَسُبَّهُ كَافِرٌ أَوْ مُسْلِمٌ فَإِنْ سَبَّهُ مُسْلِمٌ قُتِلَ وَلَمْ

يُسْتَتَبْ، قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَكَذَلِكَ إنْ عَابَهُ أَوْ تَنَقَّصَهُ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ كَالزِّنْدِيقِ لَا تُؤْمَنُ تَوْبَتُهُ وَقَدْ افْتَرَضَ اللَّهُ تَعْزِيرَهُ وَتَوْقِيرَهُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ} [الأعراف: 157] فَمَنْ شَتَمَهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَدْرَكَهُ فَلَمْ يُعَزِّرْهُ وَلَمْ يَنْصُرْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ لَمْ يَنْصُرْهُ لَمْ يُؤْمِنْ بِهِ وَمَنْ سَبَّ نَبِيًّا مِنْ الْأَنْبِيَاءِ قُتِلَ قَالَ سَحْنُونٌ وَأَصْبَغُ إنْ انْتَقَصَهُ قُتِلَ، وَلَمْ يُسْتَتَبْ كَمَنْ شَتَمَ نَبِيَّنَا - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {لا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ} [البقرة: 136] قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِهِ وَكَذَلِكَ مَنْ سَبَّ مَلَكًا مِنْ الْمَلَائِكَةِ.

1 -

(فَرْعٌ) وَمَنْ شَتَمَ نَبِيَّنَا - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ حَرْبِيًّا أَوْ ذِمِّيًّا فَإِنْ كَانَ حَرْبِيًّا فَحُكْمُهُ إذَا ظُفِرَ بِهِ حُكْمُ سَائِرِ الْكُفَّارِ، وَالْإِمَامُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَقْتُلَ الْمُسْرِفَ فِي ذَلِكَ الَّذِي قَدْ شُهِرَ بِهِ كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي ابْنِ خَطَلٍ وَفِي مِقْيَسِ بْنِ صَبَابَةَ وَفِي الْقَيْنَتَيْنِ اللَّتَيْنِ كَانَتَا تُغَنِّيَانِ بِسَبِّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَإِنْ سَبَقَ وَنَادَى بِالْإِسْلَامِ لَمْ يُقْتَلْ كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

(فَرْعٌ) وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا وَذَلِكَ إذَا شَتَمَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ بِغَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي كَفَرَ بِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَفَرَّقْنَا بَيْنَ مَنْ سَبَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَبَيْنَ مَنْ سَبَّهُ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَمْ يَنْتَقِلْ مِنْ دِينِنَا إلَى غَيْرِهِ فَمَنْ فَعَلَ شَيْئًا فَحَدُّهُ عِنْدَنَا الْقَتْلُ وَلَا عَفْوَ فِيهِ لِأَحَدٍ كَالزِّنْدِيقِ الَّذِي لَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ إذَا لَمْ يَنْتَقِلْ مِنْ ظَاهِرٍ إلَى ظَاهِرٍ وَالْكِتَابِيُّ الَّذِي كَانَ عَلَى الْكُفْرِ لَمَّا انْتَقَلَ إلَى الْإِسْلَامِ بَعْدَ أَنْ سَبَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - غُفِرَ لَهُ مَا قَدْ سَلَفَ فَلَمْ يُقْتَلْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ} [الأنفال: 38] كَسَائِرِ الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إذَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ سَقَطَ عَنْهُ بِالْإِسْلَامِ قَالَ سَحْنُونٌ فَإِنْ قِيلَ فَلِمَ قَتَلْت الذِّمِّيَّ بِذَلِكَ وَمَنْ دِينُهُ سَبُّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَتَكْذِيبُهُ قِيلَ لِأَنَّا لَمْ نُعْطِهِمْ الْعَهْدَ عَلَى ذَلِكَ وَلَا عَلَى قَتْلِنَا وَأَخْذِ أَمْوَالِنَا فَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا مِنَّا لَقَتَلْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دِينِهِ اسْتِحْلَالُ دِمَائِنَا فَكَذَلِكَ سَبُّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إذَا أَظْهَرَهُ قَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ بَذَلَ لَنَا أَهْلُ الْحَرْبِ الْجِزْيَةَ عَلَى أَنْ نُقِرَّهُمْ عَلَى إظْهَارِ سَبِّ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مِنْ حُسْنِ إسْلَامِ الْمَرْءِ تَرْكُهُ مَا لَا يَعْنِيهِ») .

[المنتقى]

لَمْ يَجُزْ لَنَا ذَلِكَ فَثَبَتَ أَنَّ الْعَهْدَ يُنْتَقَضُ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ بِسَبِّهِ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَيَحِلُّ لَنَا دَمُهُ فَإِنْ قِيلَ لَوْ سَبَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ أَسْلَمَ لَسَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا ثُمَّ أَسْلَمَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ قِيلَ الْقِصَاصُ مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ فَلَا يَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ مِنْ دِينِهِ إلَى دِينِنَا فَظَاهِرُ لَفْظِ سَحْنُونٍ يَقْتَضِي أَنَّهُ غَيْرُ كَافِرٍ وَأَنَّهُ يُقْتَلُ حَدًّا، وَظَاهِرُ مَا فِي الْعُتْبِيَّةِ يَقْتَضِي أَنَّهُ يُقْتَلُ كُفْرًا وَلَا يُسْتَتَابُ مِنْهُ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قَالَ الْمَجُوسِيُّ إنَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ لَمْ يُرْسَلْ إلَيْنَا، وَإِنَّمَا أُرْسِلَ إلَيْكُمْ، وَإِنَّمَا نَبِيُّنَا مُوسَى أَوْ عِيسَى أَوْ نَحْوُهُمَا فَقَدْ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَقَرَّهُمْ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ عَلَى أَخْذِ الْجِزْيَةِ وَأَمَّا إنْ سَبَّهُ فَقَالَ لَيْسَ بِنَبِيٍّ وَلَمْ يُرْسَلْ أَوْ لَمْ يُنَزَّلْ عَلَيْهِ قُرْآنٌ، وَإِنَّمَا هُوَ نَبِيٌّ بِقَوْلِهِ وَنَحْوَهُ فَهَذَا يُقْتَلُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا قَالَ: إنَّهُ نَبِيٌّ إنَّمَا أُرْسِلَ إلَى قَوْمِهِ فَلَمْ يُكَذِّبْهُ، وَإِنَّمَا يُكَذِّبُ النَّاقِلَ عَنْهُ لِلرِّسَالَةِ الْعَامَّةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِالنُّبُوَّةِ، وَهَذَا يَقْتَضِي تَجْوِيزَ الْكَذِبِ وَإِذَا نَفَى عَنْهُ النُّبُوَّةَ فَقَدْ كَذَّبَهُ، وَذَلِكَ وَجْهٌ شَدِيدٌ مِنْ السَّبِّ.

(فَرْعٌ) وَلَوْ قَالَ نَصْرَانِيٌّ لِمُسْلِمٍ دِينُنَا خَيْرٌ مِنْ دِينِكُمْ، وَإِنَّمَا دِينُكُمْ الْخَمْرُ وَنَحْوَ ذَلِكَ مِنْ الْقَوْلِ، أَوْ يَقُولُ لِلْمُؤَذِّنِ إذَا قَالَ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَذَبْت لَعَنَكُمْ اللَّهُ فَقَدْ رَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ هَذَا فِيهِ الْأَدَبُ الْوَجِيعُ وَالسِّجْنُ الطَّوِيلُ.

1 –

(فَرْعٌ) وَمَنْ تَقَاضَى دَيْنَهُ مِنْ رَجُلٍ فَأَغْضَبَهُ فَقَالَ لَهُ صَلِّ عَلَى النَّبِيِّ فَقَالَ لَهُ الْآخَرُ لَا صَلَّى اللَّهُ عَلَى مَنْ صَلَّى عَلَيْهِ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ إذَا كَانَ عَلَى مَا ذَكَرْت مِنْ وَجْهِ الْغَضَبِ وَالضِّيقِ فَلَيْسَ هُوَ كَمَنْ شَتَمَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْبَرْقِيُّ وَأَصْبَغُ لَا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا شَتَمَ النَّاسَ يُرِيدُ أَنَّهُ شَتَمَ ذَلِكَ الرَّجُلَ الَّذِي صَلَّى عَلَيْهِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَغْضَبَهُ وَذَهَبَ الْحَارِثُ وَغَيْرُهُ فِي مِثْلِ هَذَا إلَى الْقَتْلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّ لَعْنَهُ تَوَجَّهَ إلَى كُلِّ مَنْ صَلَّى عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَالْمَلَائِكَةُ مِنْ جُمْلَتِهِمْ.

1 –

(فَرْعٌ) وَلَوْ قَالَ نَبَطِيٌّ مِسْكِينٌ مُحَمَّدٌ يُخْبِرُكُمْ أَنَّكُمْ فِي الْجَنَّةِ فَهُوَ الْآنَ فِي الْجَنَّةِ فَمَا لَهُ لَمْ يُغْنِ عَنْ نَفْسِهِ حَيْثُ كَانَتْ الْكِلَابُ تَأْكُلُ سَاقَيْهِ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا أَرَى أَنْ يُضْرَبَ عُنُقُهُ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ تَعَجَّبَ مِنْ شَيْءٍ فَقَالَ: صَلَّى اللَّهُ عَلَى النَّبِيِّ قَالَ سَحْنُونٌ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَلَّى عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا عَلَى وَجْهِ الِاحْتِسَابِ وَرَجَاءِ الثَّوَابِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ شَتَمَ أَحَدًا مِنْ الصَّحَابَةِ فَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَنْ شَتَمَ أَحَدًا مِنْهُمْ أَبَا بَكْرٍ أَوْ عُمَرَ أَوْ عُثْمَانَ أَوْ مُعَاوِيَةَ أَوْ عَمْرَو بْنَ الْعَاصِ فَإِنْ قَالَ إنَّهُمْ كَانُوا عَلَى ضَلَالٍ وَكُفْرٍ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ وَلَوْ شَتَمَهُمْ بِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَشَاتِمِ النَّاسِ فَلْيُنَكَّلْ نَكَالًا شَدِيدًا.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ ابْنِهِ مَنْ كَفَّرَ عَلِيًّا أَوْ عُثْمَانَ أَوْ غَيْرَهُمَا مِنْ الصَّحَابَةِ فَأَوْجِعْهُ جَلْدًا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ رَأَيْت فِي مَسَائِلَ رَوَيْت عَنْ سَحْنُونٍ مِنْ كِتَابِ مُوسَى أَنْ قَالَ فِي أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ أَنَّهُمْ كَانُوا عَلَى ضَلَالَةٍ وَكُفْرٍ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ، وَمَنْ شَتَمَ غَيْرَ هَؤُلَاءِ مِنْ الصَّحَابَةِ بِمِثْلِ هَذَا فَعَلَيْهِ النَّكَالُ الشَّدِيدُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مِنْ حُسْنِ إسْلَامِ الْمَرْءِ تَرْكُهُ مَا لَا يَعْنِيهِ» الْإِسْلَامُ هُوَ الِاسْتِسْلَامُ مِنْ قَوْلِهِمْ أَسْلَمَ فُلَانٌ لِلَّهِ إذَا انْقَادَ لَهُ، وَالْإِيمَانُ هُوَ التَّصْدِيقُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {قَالَتِ الأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ} [الحجرات: 14] فَكُلُّ إيمَانٍ إسْلَامٌ، وَلَيْسَ كُلُّ إسْلَامٍ إيمَانًا؛ لِأَنَّ الْمُؤْمِنَ قَدْ اسْتَسْلَمَ لِلَّهِ وَانْقَادَ لَهُ بِإِيمَانِهِ، وَهُوَ قَوْله تَعَالَى {وَمَنْ يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى} [لقمان: 22] فَالْإِسْلَامُ يُؤْتَى بِهِ عَلَى أَحْسَنِ وُجُوهِهِ مِمَّا يُتَقَرَّبُ بِهِ إلَى الطَّاعَاتِ وَاجْتِنَابِ الْمُنْكَرَاتِ، وَقَدْ يَكُونُ عَلَى ذَلِكَ إذَا عَرَا مِنْ الِاجْتِنَابِ بِالطَّاعَاتِ، وَمِنْ حُسْنِهِ أَنْ يَتْرُكَ الْإِنْسَانُ مَا لَا

(211/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ: «اسْتَأْذَنَ رَجُلٌ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَتْ عَائِشَةُ وَأَنَا مَعَهُ فِي الْبَيْتِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِئْسَ ابْنُ الْعَشِيرَةِ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَتْ عَائِشَةُ فَلَمْ أَنْشَبْ أَنْ سَمِعْت ضَحِكَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَعَهُ، فَلَمَّا خَرَجَ الرَّجُلُ قُلْت يَا رَسُولَ اللَّهِ قُلْت فِيهِ مَا قُلْت، ثُمَّ لَمْ تَنْشَبْ أَنْ ضَحِكْت مَعَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: إنَّ مِنْ شَرِّ النَّاسِ مَنْ اتَّقَاهُ النَّاسُ لِشَرِّهِ») .

[المنتقى]

يَعْنِيهِ فَيَشْتَغِلُ بِهِ وَرُبَّمَا شَغَلَهُ عَمَّا يَعْنِيهِ أَوْ أَدَّاهُ إلَى مَا يَلْزَمُهُ اجْتِنَابُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ قَالَ حَمْزَةُ الْكِنَانِيُّ هَذَا الْحَدِيثُ ثُلُثُ الْإِسْلَامِ، وَالثُّلُثُ الْآخَرُ «إنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» ، وَالثُّلُثُ الثَّالِثُ «الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَمَنْ تَرَكَ مَا تَشَابَهَ كَانَ أَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ» ، وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي رَجُلٍ دَخَلَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَهُوَ يَخْصِفُ نَعْلَيْهِ فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ لَوْ أَلْقَيْت هَذَا النَّعْلَ، وَأَخَذْت آخَرَ جَدِيدًا فَقَالَ لَهُ نَعْلِي جَاءَتْ بِك هَاهُنَا أَقْبِلْ عَلَى حَاجَتِك.

(ش) : قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلْمُسْتَأْذِنِ «بِئْسَ ابْنُ الْعَشِيرَةِ» قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ إنَّ هَذَا الرَّجُلَ هُوَ عُيَيْنَةُ بْنُ حِصْنٍ الْفَزَارِيّ، وَكَانَ يُقَالُ لَهُ الْأَحْمَقُ الْمُطَاعُ فَقَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِيهِ بِئْسَ ابْنُ الْعَشِيرَةِ يُرِيدُ عَشِيرَتَهُ وَتَصِفُ الْعَرَبُ الرَّجُلَ بِأَنَّهُ ابْنُ الْعَشِيرَةِ بِمَعْنَى أَنَّهُ ابْنٌ مِنْهَا أَوْ وَصَفَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِذَلِكَ لِيَعْلَمَ بِحَالِهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْغِيبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَنْ يَعْلَمَ بِحَالِهِ لِيَحْذَرَ أَمْرَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ ضَحِكَ مَعَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِئْلَافِ لَهُ وَدَفْعِ مَضَرَّتِهِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ أَنَّهُ قَالَ إذَا أَحْبَبْتُمْ أَنْ تَعْلَمُوا مَا لِلْعَبْدِ عِنْدَ رَبِّهِ فَانْظُرُوا مَاذَا يَتْبَعُهُ مِنْ حُسْنِ الثَّنَاءِ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي «أَنَّ الْمَرْءَ لَيُدْرِكُ بِحُسْنِ خُلُقِهِ دَرَجَةَ الْقَائِمِ بِاللَّيْلِ الظَّامِئِ بِالْهَوَاجِرِ») .

(ش) : قَوْلُهُ إذَا أَرَدْتُمْ أَنْ تَعْلَمُوا مَا لِلْعَبْدِ عِنْدَ رَبِّهِ أَرَادَ بِهِ مِنْ الْغُفْرَانِ أَوْ الْعِقَابِ أَوْ الرِّضَى عَنْهُ أَوْ السَّخَطِ عَلَيْهِ فَانْظُرُوا مَا يَتْبَعُهُ مِنْ حُسْنِ الثَّنَاءِ قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ يُرِيدُ فِي الْحَيَاةِ، وَفِيمَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَقَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى يُرِيدُ مَا يَجْرِي عَلَى أَلْسِنَةِ النَّاسِ مِنْ ذِكْرِهِ فَإِنْ أَلْقَى اللَّهُ تَعَالَى لَهُ عَلَى

أَلْسِنَةِ النَّاسِ الثَّنَاءَ الْجَمِيلَ فَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى صَلَاحِ مَا يَصِيرُ إلَيْهِ، وَإِنْ أَلْقَى اللَّهُ تَعَالَى عَلَى أَلْسِنَةِ النَّاسِ الذِّكْرَ الْقَبِيحَ فَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى شَدِيدِ مَا يَصِيرُ إلَيْهِ، وَهَذَا إنَّمَا يُرِيدُ بِهِ الذِّكْرَ الشَّائِعَ عَنْهُ مِنْ جُمْهُورِ النَّاسِ وَأَهْلِ الدِّينِ وَالْخَيْرِ، وَأَمَّا مَا يَنْفَرِدُ بِهِ الْوَاحِدُ وَأَهْلُ الضَّلَالِ وَالْفِسْقِ فَلَا اعْتِبَارَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِلْإِنْسَانِ الْعَدُوُّ فَيَتْبَعُهُ بِالذِّكْرِ الْقَبِيحِ، وَأَمَّا أَهْلُ الضَّلَالِ فَلَا يَذْكُرُونَ أَهْلَ الدِّينِ وَالصَّلَاحِ إلَّا بِالشَّرِّ، وَإِنَّمَا الْأَمْرُ عَلَى مَا قَدَّمْته وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «أَنَّ الرَّجُلَ لَيُدْرِكُ بِحُسْنِ خُلُقِهِ دَرَجَةَ الْقَائِمِ بِاللَّيْلِ الظَّامِئِ بِالْهَوَاجِرِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ يُدْرِكُ بِحُسْنِ خُلُقِهِ دَرَجَةَ الْمُتَنَفِّلِ بِالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ لِصَبْرِهِ عَلَى الْأَذَى وَكَفِّهِ عَنْ أَذَى غَيْرِهِ وَالْمُعَارَضَةِ عَلَيْهِ مَعَ سَلَامَةِ صَدْرِهِ مِنْ الْغِلِّ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ حُسْنِ الْخُلُقِ مُجَامَلَةُ الزَّوْجَةِ وَالْأَهْلِ وَمُعَاشَرَتِهِمْ وَالتَّوْسِعَةِ عَلَيْهِمْ قَالَ مَالِكٌ يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يُحْسِنَ إلَى أَهْلِ دَارِهِ حَتَّى يَكُونَ أَحَبَّ النَّاسِ إلَيْهِمْ، قَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ وَهُوَ فِي سَعَةٍ مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ طَعَامٍ لَا يَأْكُلُ مِنْهُ عِيَالُهُ، وَيَلْبَسَ ثِيَابًا لَا يَكْسُوهُمْ مِثْلَهَا، وَلَكِنْ يَكْسُوهُمْ وَيُطْعِمُهُمْ مِنْهُ وَأَكْرَهُ أَنْ يُسْأَلَ الرَّجُلُ عَمَّا أَدْخَلَ دَارِهِ مِنْ الطَّعَامِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُفَاحِشَ الْمَرْأَةَ وَلَا يُكْثِرَ مُرَاجَعَتَهَا وَلَا تَرْدَادَهَا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الْمَرْأَةُ كَالضِّلَعِ إنْ أَقَمْتهَا كَسَرْتَهَا، وَإِنْ اسْتَمْتَعْت بِهَا اسْتَمْتَعْت بِهَا وَبِهَا عِوَجٌ» ، وَرَوَى أَبُو حَازِمٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ سَمِعْت سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ يَقُولُ أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرٍ مِنْ كَثِيرٍ مِنْ الصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ قَالُوا بَلَى قَالَ إصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ وَإِيَّاكُمْ وَالْبِغْضَةَ فَإِنَّهَا هِيَ الْحَالِقَةُ) .

مَا جَاءَ فِي الْحَيَاءِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ صَفْوَانَ بْنِ سَلَمَةَ الزُّرَقِيِّ عَنْ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ بْنِ رُكَانَةَ يَرْفَعُهُ إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لِكُلِّ دِينٍ خُلُقٌ وَخُلُقُ الْإِسْلَامِ الْحَيَاءُ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ

رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَرَّ عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ يَعِظُ أَخَاهُ فِي الْحَيَاءِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَعْهُ فَإِنَّ الْحَيَاءَ مِنْ الْإِيمَانِ») .

[المنتقى]

رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا فَإِنَّهُنَّ خُلِقْنَ مِنْ ضِلَعٍ وَإِنَّ أَعْوَجَ شَيْءٍ فِي الضِّلَعِ أَعْلَاهُ فَإِنْ ذَهَبْت تُقِيمُهُ كَسَرْته وَإِنْ تَرَكْته لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ فَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا» .

(ش) : قَوْلُ سَعِيدٍ إصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ صَلَاحُ الْحَالِ الَّذِي بَيْنَ النَّاسِ فَذَكَرَ أَنَّهَا خَيْرٌ مِنْ كَثِيرٍ مِنْ الصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ النَّوَافِلَ فَيَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهَا خَيْرٌ مِنْ كَثِيرٍ مِنْ جِنْسِ الصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا أَنَّهَا خَيْرٌ مِنْ إكْثَارِ الصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ وَهُوَ أَيْضًا رَاجِعٌ إلَى النَّافِلَةِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا أَنَّهَا خَيْرٌ وَأَكْثَرُ ثَوَابًا بِمَا يُسْدِيهِ بَعْضُهُمْ إلَى بَعْضٍ مَعَ مَا فِي إصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ مِنْ حُسْنِ الْمُعَاشَرَةِ وَالْمُنَاصَحَةِ وَالتَّعَاوُنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ كَثْرَةَ الثَّوَابِ تَكُونُ بِاحْتِسَابِ الْأَذَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِيَّاكُمْ وَالْبِغْضَةَ فَإِنَّهَا هِيَ الْحَالِقَةُ قَالَ الْأَخْفَشُ: أَصْلُ الْحَالِقَةِ مِنْ حَلَقَ الشَّعْرَ، وَإِذَا وَقَعَ الْفَسَادُ بَيْنَ قَوْمٍ مِنْ حَرْبٍ أَوْ تَبَاغُضٍ حَلَقَهُمْ عَنْ الْبِلَادِ أَيْ أَجْلَتْهُمْ وَفَرَّقَتْهُمْ حَتَّى يُخْلُوهَا، وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ أَنَّهَا لَا تُبْقِي شَيْئًا مِنْ الْحَسَنَاتِ حَتَّى يَذْهَبَ بِهَا كَمَا يَذْهَبُ الْحَلْقُ بِالشَّعْرِ مِنْ الرَّأْسِ حَتَّى يَتْرُكَهُ عَارِيًّا.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «بُعِثْت لِأُتَمِّمَ حُسْنَ الْأَخْلَاقِ»)

.

(ش) : يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ بُعِثْت بِالْإِسْلَامِ لِأُتَمِّمَ شَرَائِعَهُ، وَحُسْنُ هَدْيِهِ وَزِيِّهِ وَسَمْتِهِ حُسْنُ الْأَخْلَاقِ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَإِنْ كَانَتْ أَحْسَنَ النَّاسِ أَخْلَاقًا بِمَا بَقِيَ عِنْدَهُمْ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ الشَّرَائِعِ قَبْلَهُمْ، فَقَدْ كَانُوا أَضَلُّوا بِالْكُفْرِ عَنْ كَثِيرٍ مِنْهَا وَمِنْهَا مَا خُصَّ بِهِ نَبِيُّنَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَتَتِمُّ بِالْأَمْرَيْنِ مَحَاسِنُ الْأَخْلَاقِ.

وَقَالَ تَعَالَى {وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ} [القلم: 4] ، وَقَالَتْ عَائِشَةُ كَانَ خُلُقُهُ الْقُرْآنَ وَمَنْ تَخَلَّقَ بِأَوَامِرِ الْقُرْآنِ أَوْ نَوَاهِيهِ كَانَ أَحْسَنَ النَّاسِ خُلُقًا.

وَقَدْ قَالَ تَعَالَى {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} [الأعراف: 199] فَتَضَمَّنَتْ هَذِهِ الْآيَةُ مِنْ حُسْنِ الْأَخْلَاقِ مَا لَا يَسْتَطِيعُ امْتِثَالَهُ إلَّا مَنْ وَفَّقَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَكَيْفَ سَائِرُ مَا تَضَمَّنَهُ الْقُرْآنُ وَسُنَّةُ النَّبِيِّ – عَلَيْهِ السَّلَامُ –.

[مَا جَاءَ فِي الْحَيَاءِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لِكُلِّ دِينٍ خُلُقٌ» يُرِيدُ سَجِيَّةً شُرِعَتْ فِيهِ، وَخَصَّ أَهْلَ ذَلِكَ الدِّينِ بِهَا وَكَانَتْ مِنْ جُمْلَةِ أَعْمَالِهِمْ الَّتِي يُثَابُونَ عَلَيْهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ سَجِيَّةً تَشْمَلُ أَهْلَ ذَلِكَ الدِّينِ أَوْ أَكْثَرَهُمْ أَوْ تَشْمَلُ أَهْلَ الصَّلَاحِ مِنْهُمْ وَتَزِيدُ بِزِيَادَةِ الصَّلَاحِ، وَتَقِلُّ بِقِلَّتِهِ، وَإِنَّ خُلُقَ الْإِسْلَامِ الْحَيَاءُ وَالْحَيَاءُ يَخْتَصُّ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ أَوْ عَلَيْهِمَا، وَالْمُرَادُ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْحَيَاءُ فِيمَا شُرِعَ الْحَيَاءُ فِيهِ فَأَمَّا حَيَاءٌ يُؤَدِّي إلَى تَرْكِ تَعَلُّمِ الْعِلْمِ فَلَيْسَ بِمَشْرُوعٍ قَالَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – نِعْمَ النِّسَاءُ نِسَاءُ الْأَنْصَارِ لَمْ يَمْنَعْهُنَّ الْحَيَاءُ أَنْ يَتَفَقَّهْنَ فِي الدِّينِ «، وَقَالَتْ أُمُّ سُلَيْمٍ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحْيِي مِنْ الْحَقِّ هَلْ عَلَى الْمَرْأَةِ مِنْ غُسْلٍ إذَا احْتَلَمَتْ؟ قَالَ نَعَمْ إذَا رَأَتْ الْمَاءَ» .

وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ لَا يَتَعَلَّمُ مُسْتَحٍ وَلَا مُتَكَبِّرٍ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَرِدْ شَرْعٌ بِالْحَيَاءِ الْمَانِعِ مِنْ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنْ الْمُنْكَرِ وَالْحُكْمِ بِالْحَقِّ وَالْقِيَامِ بِهِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَاتِ

(213/7)

مَا جَاءَ فِي الْغَضَبِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ «أَنَّ رَجُلًا أَتَى إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ عَلِّمْنِي كَلِمَاتٍ أَعِيشُ بِهِنَّ وَلَا تُكْثِرْ عَلَيَّ فَأَنْسَى فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا تَغْضَبْ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ إنَّمَا الشَّدِيدُ الَّذِي يَمْلِكُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ») .

[المنتقى]

عَلَى وَجْهِهَا وَالْجِهَادِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَرَّ عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ يَعِظُ أَخَاهُ فِي الْحَيَاءِ يُرِيدُ لَامَهُ عَلَى كَثْرَةِ الْحَيَاءِ يَقُولُ لَهُ إنَّك لَتَسْتَحْيِي حَتَّى قَدْ أَضَرَّ ذَلِكَ بِك، وَمَنَعَك مِنْ بُلُوغِ حَاجَتِك، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «دَعْهُ» يُرِيدُ الْإِمْسَاكَ عَنْ وَعْظِهِ فِي ذَلِكَ «فَإِنَّ الْحَيَاءَ مِنْ الْإِيمَانِ» ، يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مِنْ شَرَائِعِ الْإِيمَانِ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ أَشَدَّ حَيَاءً مِنْ الْعَذْرَاءِ فِي

خِدْرِهَا» ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ مُرَافِقٌ لِلْإِيمَانِ كَمَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَمَا قَالَ لِعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنْتَ مِنِّي» .

[مَا جَاءَ فِي الْغَضَبِ]

(ش) : قَوْلُ السَّائِلِ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلِّمْنِي كَلِمَاتٍ أَعِيشُ بِهِنَّ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنْتَفِعُ بِهَا مُدَّةَ عَيْشِي، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَسْتَعِينُ بِهَا عَلَى عَيْشِي، وَلَا تُكْثِرْ عَلَيَّ فَأَنْسَى، وَلَعَلَّهُ عَرَفَ مِنْ نَفْسِهِ قِلَّةَ الْحِفْظِ فَأَرَادَ الِاخْتِصَارَ الَّذِي يَحْفَظُهُ وَلَا يَنْسَاهُ فَجَمَعَ لَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْخَيْرَ فِي لَفْظٍ وَاحِدٍ فَقَالَ لَهُ «لَا تَغْضَبْ» وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ الْغَضَبَ يُفْسِدُ كَثِيرًا مِنْ الدِّينِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى أَنْ يُؤْذِيَ وَيُؤْذَى، وَأَنْ يَأْتِيَ فِي وَقْتِ غَضَبِهِ مِنْ الْقَوْلِ وَالْفِعْلِ مَا يَأْثَمُ بِهِ وَيُؤْثِمُ غَيْرَهُ وَيُؤَدِّي الْغَضَبُ إلَى الْبِغْضَةِ الَّتِي قُلْنَا إنَّهَا الْحَالِقَةُ وَالْغَضَبُ أَيْضًا يَمْنَعُهُ كَثِيرًا مِنْ مَنَافِعِ دُنْيَاهُ وَمَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَغْضَبْ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا تُمْضِ مَا يَبْعَثُك عَلَيْهِ غَضَبُك وَامْتَنِعْ مِنْهُ وَكُفَّ عَنْهُ، وَأَمَّا نَفْسُ الْغَضَبِ فَلَا يَمْلِكُ الْإِنْسَانُ دَفْعَهُ، وَإِنَّمَا يَدْفَعُ مَا يَدْعُوهُ إلَيْهِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ الْأَحْنَفِ بْنِ قَيْسٍ أَنَّهُ قَالَ لَسْتُ بِحَلِيمٍ وَلَكِنِّي أَتَحَالَمُ.

(فَرْعٌ) وَإِنَّمَا أَرَادَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – امْتِنَاعَهُ مِنْ الْغَضَبِ فِي مَعَانِي دُنْيَاهُ وَمُعَامَلَتِهِ، وَأَمَّا فِيمَا يُعَادُ إلَى الْقِيَامِ بِالْحَقِّ فَالْغَضَبُ فِيهِ قَدْ يَكُونُ وَاجِبًا وَهُوَ الْغَضَبُ عَلَى الْكُفَّارِ وَالْمُبَالَغَةُ فِيهِمْ بِالْجِهَادِ وَكَذَلِكَ الْغَضَبُ عَلَى أَهْلِ الْبَاطِلِ وَإِنْكَارُهُ عَلَيْهِمْ بِمَا يَجُوزُ.

وَقَدْ يَكُونُ مَنْدُوبًا إلَيْهِ، وَهُوَ الْغَضَبُ عَلَى الْمُخْطِئِ إذَا عَلِمْت أَنَّ فِي إبْدَاءِ غَضَبِك عَلَيْهِ رَدْعًا لَهُ وَبَاعِثًا عَلَى الْحَقِّ.

وَقَدْ رَوَى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ الْجُهَنِيُّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمَّا سَأَلَهُ رَجُلٌ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ غَضِبَ حَتَّى احْمَرَّتْ وَجْنَتَاهُ أَوْ احْمَرَّ وَجْهُهُ» «وَقَالَ مَالَكَ وَلَهَا وَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمَّا شَكَا إلَيْهِ رَجُلٌ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ أَنَّهُ يُطَوِّلُ بِهِمْ فِي الصَّلَاةِ» ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الَّذِي قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَغْضَبْ» قَدْ عَلِمَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ كَانَ كَثِيرَ الْغَضَبِ قَلِيلَ الْمِلْكِ لِنَفْسِهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ مَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ نَقْصٌ فِي دِينِهِ وَحَالِهِ مِنْ جِهَةِ الْغَضَبِ فَخَصَّهُ بِالنَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ» الصُّرَعَةُ الَّذِي يَصْرَعُ النَّاسَ وَيَكْثُرُ مِنْهُ ذَلِكَ كَمَا يُقَالُ لِلَّذِي يَكْثُرُ مِنْهُ الضَّحِكُ ضُحَكَةً، وَاَلَّذِي يَكْثُرُ مِنْهُ النَّوْمُ نُوَمَةً فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ - «لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ» لَمْ يُرِدْ نَفْيَ الشِّدَّةِ عَنْ الصُّرَعَةِ فَإِنَّهُ يَعْلَمُ بِالضَّرُورَةِ شِدَّتَهُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَحَدَ أَمْرَيْنِ: يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ لَيْسَ بِالنِّهَايَةِ فِي الشِّدَّةِ وَأَشَدُّ مِنْهُ الَّذِي يَمْلِكُ نَفْسَهُ

(214/7)

مَا جَاءَ فِي الْمُهَاجَرَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ يَلْتَقِيَانِ فَيُعْرِضُ هَذَا وَيُعْرِضُ هَذَا وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَحَاسَدُوا وَلَا تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إخْوَانًا وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ» قَالَ مَالِكٌ لَا أُحِبُّ التَّدَابُرَ إلَّا الْإِعْرَاضَ عَنْ أَخِيكَ الْمُسْلِمِ فَتُدْبِرُ عَنْهُ بِوَجْهِك مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إيَّاكُمْ وَالظَّنَّ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَنَافَسُوا وَلَا تَحَاسَدُوا وَلَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَدَابَرُوا وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إخْوَانًا») .

[المنتقى]

عِنْدَ الْغَضَبِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهَا شِدَّةٌ لَيْسَ لَهَا كَثِيرُ مَنْفَعَةٍ، وَإِنَّمَا الشِّدَّةُ الَّتِي يُنْتَفَعُ بِهَا الشِّدَّةُ الَّتِي يَمْلِكُ بِهَا نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ، وَلِهَذَا يُقَالُ لَا كَرِيمَ إلَّا يُوسُفُ وَلَمْ يُرِدْ بِهِ نَفْيَ الْكَرَمِ عَنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ بِهِ إثْبَاتَ مَزِيَّةٍ لَهُ فِي الْكَرَمِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُمْ لَا سَيْفَ إلَّا ذُو الْفَقَارِ وَلَا شُجَاعَ إلَّا عَلِيٌّ، وَمَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فَنُدِبَ بِهَذَا إلَى مِلْكِ الرَّجُلِ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ عَنْ إمْضَاءِ مَا يَقْتَضِيهِ الْغَضَبُ مِنْ أَذَى مَنْ يَمْلِكُ أَذَاهُ أَوْ مُنَازَعَةِ مَنْ يُنَازِعُهُ.

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ} [الشورى: 37] وَقَالَ تَعَالَى {وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ} [آل عمران: 134] .

[مَا جَاءَ فِي الْمُهَاجَرَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ» نَصٌّ فِي الْمَنْعِ مِمَّا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ لَيَالٍ، وَأَمَّا الثَّلَاثُ لَيَالٍ فَمَنْ قَالَ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ اقْتَضَى ذَلِكَ عِنْدَهُ إبَاحَةَ الْهِجْرَةِ فِيهَا، وَمَنْ مَنَعَ دَلِيلَ الْخِطَابِ احْتَمَلَ ذَلِكَ الْإِبَاحَةَ مِنْ غَيْرِ دَلِيلِ الْخِطَابِ، وَهُوَ أَنَّهُ قَصَدَ إلَى تَقْدِيرِ الْمَنْعِ، وَأَمَّا مَا قَصَرَ عَنْهُ فِي حُكْمِ الْمُبَاحِ إذْ لَا يَخْلُو النَّاسُ مِنْ يَسِيرِ الْمُهَاجَرَةِ وَقْتَ الْغَضَبِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ نَصٌّ عَلَى مَنْعِهِ وَنَفْيُ الْبَاقِي يُطْلَبُ دَلِيلُ حُكْمِهِ فِي الشَّرْعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَلْتَقِيَانِ فَيُعْرِضُ هَذَا وَيُعْرِضُ هَذَا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُعْرِضُ عَنْ صَاحِبِهِ مُهَاجَرَةً لَهُ فَلَا يُسَلِّمُ عَلَيْهِ وَلَا يُكَلِّمُهُ فَهَذَا الْمِقْدَارُ الَّذِي نَهَى عَنْهُ مِنْ الْمُهَاجَرَةِ، وَأَمَّا الْأَذَى فَلَا يَحِلُّ قَلِيلُهُ وَلَا كَثِيرُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا سَلَّمَ فَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ إذَا سَلَّمَ عَلَيْهِ وَلَا يُكَلِّمُهُ بِهَذَا الْمِقْدَارِ الَّذِي نَهَى عَنْهُ مِنْ الْمُهَاجَرَةِ فَقَدْ قَطَعَ الْهِجْرَةَ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمُزَنِيَّةِ فِي الَّذِي يُسَلِّمُ عَلَى أَخِيهِ وَلَا يُكَلِّمُهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ بَلْ يَجْتَنِبُ كَلَامَهُ إنْ كَانَ غَيْرَ مُؤْذٍ لَهُ فَقَدْ بَرِئَ مِنْ الشَّحْنَاءِ، وَإِنْ كَانَ مُؤْذِيًا لَهُ فَلَا يَتَبَرَّأُ مِنْهُ، وَهَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ «الْحَدِيثُ وَفِيهِ خَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ» فَلَوْلَا أَنَّ السَّلَامَ يَقْطَعُ الْهِجْرَةَ لَمَا كَانَ أَفْضَلُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ إنْ كَانَ لَا يُؤْذِيهِ فَقَدْ بَرِئَ مِنْ الْهِجْرَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَتَى مِنْ الْمُوَاصَلَةِ بِمَا لَا أَذًى فِيهِ، وَإِنْ كَانَ يُؤْذِيهِ فَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ الْمُهَاجَرَةِ؛ لِأَنَّ الْأَذَى أَشَدُّ مِنْ الْمُهَاجَرَةِ. وَقَدْ رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ كِنَانَةَ عَنْ مَالِكٍ الْهِجْرَةُ مِنْ الْغِلِّ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِذَا اعْتَزَلَ كَلَامَهُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُؤْذٍ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَكْثَرُ ثَوَابًا؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَبْدَأُ بِالْمُوَاصَلَةِ الْمَأْمُورِ بِهَا وَتَرْكِ الْمُهَاجَرَةِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا مَعَ أَنَّ الِابْتِدَاءَ بِهَا أَشَدُّ مِنْ الْمُسَاعَدَةِ عَلَيْهَا.

(ش) : قَوْلُهُ «لَا تَبَاغَضُوا» عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ نَهْيِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الْبِغْضَةِ، وَهُوَ أَنْ يَبْغُضَ بَعْضُ الْمُسْلِمِينَ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَطَاءِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْخُرَاسَانِيّ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تَصَافَحُوا يَذْهَبْ الْغِلُّ وَتَهَادَوْا تَحَابُّوا وَتَذْهَبْ الشَّحْنَاءُ») .

[المنتقى]
بَعْضًا لِغَيْرِ مَعْنًى مُوجِبٍ لِذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَفِي الْمُزَنِيَّةِ لِعِيسَى بْنِ دِينَارٍ مَعْنَى لَا تَبَاغَضُوا لَا يَبْغُضْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا وَلَا يُبَغِّضْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إلَى بَعْضٍ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا تَحَاسَدُوا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا يَحْسُدُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ عَلَى نِعْمَةٍ خَوَّلَهُ اللَّهُ إيَّاهَا وَأَمَرَنَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ نَقُولَ نَعُوذُ بِاَللَّهِ مِنْ شَرِّ الْحَاسِدِ فَقَالَ عَزَّ اسْمُهُ {وَمِنْ شَرِّ حَاسِدٍ إِذَا حَسَدَ} [الفلق: 5] .
وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَلا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ} [النساء: 32] وَذَلِكَ مِنْ وَجْهِ التَّحَاسُدِ، وَهَذَا يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ تَتَمَنَّى لِنَفْسِك مِثْلَ مَا عِنْدَ أَخِيك مِنْ أَمْرِ دِينٍ أَوْ عَمَلٍ صَالِحٍ، وَلَا تُرِيدُ أَنْ يَزُولَ مَا عِنْدَهُ مِنْ ذَلِكَ فَهَذَا غَيْرُ مَذْمُومٍ، وَفَاعِلُهُ غَيْرُ مَذْمُومٍ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ تَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَةٍ عِنْدَ أَخِيك الْمُسْلِمِ سَوَاءً أَرَدْت انْتِقَالَهَا إلَيْك أَوْ لَمْ تُرِدْ فَهَذَا الْحَسَدُ الْمَذْمُومُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ بَلَغَنِي أَنَّ أَوَّلَ مَعْصِيَةٍ كَانَتْ الْحَسَدُ وَالْكِبْرُ وَالشُّحُّ حَسَدَ إبْلِيسُ وَتَكَبَّرَ عَلَى آدَمَ وَشَحَّ آدَم فَقِيلَ لَهُ كُلْ مِنْ شَجَرِ الْجَنَّةِ كُلِّهَا إلَّا الَّتِي نَهَى عَنْهَا، فَشَحَّ فَأَكَلَ مِنْهَا وَفِي الْمُزَنِيَّةِ مَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا تَحَاسَدُوا» أَنْ تُنَافِسَ أَخَاك فِي الشَّيْءِ حَتَّى تَحْسُدَهُ عَلَيْهِ فَيَجُرَّ ذَلِكَ إلَى الطَّعْنِ وَالْعَدَاوَةِ فَذَلِكَ الْحَسَدُ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا تَدَابَرُوا» قَالَ فِي الْمُزَنِيَّةِ يَقُولُ لَا تُعْرِضْ بِوَجْهِك عَنْ أَخِيك تُوَلِّهِ دُبُرَكَ اسْتِثْقَالًا لَهُ وَبُغْضًا بَلْ أَقْبِلْ عَلَيْهِ وَأَبْسِطْ لَهُ وَجْهَك مَا اسْتَطَعْت قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إيَّاكُمْ وَالظَّنَّ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ يُرِيدُ ظَنَّ السُّوءِ وَمَعْنَاهُ أَنْ تُعَادِيَ أَهْلَكَ وَصَدِيقَكَ عَلَى ظَنٍّ تَظُنُّهُ بِهِ دُونَ تَحْقِيقٍ، أَوْ تُحَدِّثُ بِأَمْرٍ عَلَى مَا تَظُنُّهُ فَتَنْقُلُهُ عَلَى أَنَّك قَدْ عَلِمْته، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَحْكُمَ فِي دِينِ اللَّهِ بِمُجَرَّدِ

الظَّنّ دُونَ إعْمَالِ نَظَرٍ وَلَا اسْتِدْلَالٍ بِدَلِيلٍ.
وَقَدْ قَالَ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولا} [الإسراء: 36] .
وَقَدْ قَالَ تَعَالَى {إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ} [الحجرات: 12] وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مِنْهُ مَا لَيْسَ بِإِثْمٍ، وَهُوَ مَا يُوصَلُ إلَى الْحُكْمِ فِيهِ بِالنَّظَرِ وَالِاجْتِهَادِ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النَّظَرِ وَالِاجْتِهَادِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَلَا تَجَسَّسُوا» رَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ «وَلَا تَجَسَّسُوا» لَا يَلِ أَحَدُكُمْ اسْتِمَاعَ مَا يَقُولُ فِيهِ أَخُوهُ أَوْ يُقَالُ فِي أَخِيهِ وَلَا تَحَسَّسُوا أَيْ لَا تُرْسِلْ مَنْ يَسْأَلُ لَك عَمَّا يُقَالُ فِي أَخِيك مِنْ الشَّرِّ، وَمَا يُقَالُ فِيك.
وَقَالَ فِي الْمُزَنِيَّةِ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى مِثْلَهُ وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ هِيَ كَلِمَةٌ مُتَصَرِّفَةٌ يُرِيدُ بِهَا أَنْ لَا يَتَجَسَّسَ الْإِنْسَانُ عَلَى أُمُورِ أَخِيهِ الَّتِي يَخَافُ أَنْ يَعِيبَهُ وَيَسُبَّهُ وَلَا يُكْثِرَ السُّؤَالَ عَمَّا يَكْرَهُ أَخُوهُ أَنْ يَطَّلِعَ عَلَيْهِ مِنْ حَالِهِ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إخْوَانًا» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَكُونُوا عَبِيدًا لِلَّهِ إخْوَانًا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مُتَوَاخِينَ مُتَوَادِّينَ.

(ش) : مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «تَصَافَحُوا يَذْهَبْ الْغِلُّ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْمُصَافَحَةَ بِالْأَيْدِي.
وَقَدْ «قَالَ عَلْقَمَةُ وَالْأَسْوَدُ مِنْ تَمَامِ التَّحِيَّةِ الْمُصَافَحَةُ، وَدَخَلَ عَلَيْهِ سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ فَصَافَحَهُ مَالِكٌ. وَقَالَ لَوْلَا أَنَّهَا بِدْعَةٌ لَعَانَقْتُك فَقَالَ سُفْيَانُ عَانَقَ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّي وَمِنْك النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِجَعْفَرٍ حِينَ قَدِمَ مِنْ أَرْضِ الْحَبَشَةِ قَالَ مَالِكٌ ذَلِكَ خَاصٌّ قَالَ سُفْيَانُ بَلْ هُوَ عَامٌّ مَا يَخُصُّ جَعْفَرًا يَخُصُّنَا وَمَا يَعُمُّهُ يَعُمُّنَا إذَا كُنَّا صَالِحِينَ» ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ الْمُصَافَحَةَ وَالْمُعَانَقَةَ فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يُحْتَمَلُ

(216/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «تُفْتَحُ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَ الِاثْنَيْنِ وَيَوْمَ الْخَمِيسِ فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لَا يُشْرِكُ بِاَللَّهِ شَيْئًا إلَّا رَجُلًا كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءُ، فَيُقَالُ أَنْظِرُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَصْطَلِحَا أَنْظِرُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَصْطَلِحَا» مَالِكٌ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «تُعْرَضُ أَعْمَالُ النَّاسِ كُلَّ جُمُعَةٍ مَرَّتَيْنِ يَوْمَ الِاثْنَيْنِ وَيَوْمَ الْخَمِيسِ، فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُؤْمِنٍ إلَّا عَبْدًا كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءُ فَيُقَالُ: اُتْرُكُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَفِيئَا اُتْرُكُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَفِيئَا») .

[المنتقى]

أَنْ يُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي الْحَدِيثِ بِالْمُصَافَحَةِ أَنْ يُصْفِحَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ مِنْ الصَّفْحِ وَهُوَ التَّجَاوُزُ وَالْغُفْرَانُ وَهُوَ أَشْبَهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُذْهِبُ الْغِلَّ فِي الْأَغْلَبِ، وَاحْتَجَّ مَالِكٌ لِمَنْعِ الْمُصَافَحَةِ بِالْيَدِ لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {إِذْ دَخَلُوا عَلَيْهِ فَقَالُوا سَلامًا قَالَ سَلامٌ قَوْمٌ مُنْكَرُونَ} [الذاريات: 25] وَلَمْ يَذْكُرْ مُصَافَحَةً، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُذْهِبُ الْغِلَّ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْعَدَاوَةَ، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا صَفَحَ عَنْ أَخِيهِ، وَصَفَحَ عَنْهُ أَخُوهُ ذَهَبَ مَا فِي أَنْفُسِهِمَا مِنْ الْغِلِّ، وَكَذَلِكَ أَيْضًا إذَا تَصَافَحَا بِالْأَيْدِي لِأَنَّهَا نِهَايَةُ مَا يَتَوَدَّدُ بِهِ الْمُسْلِمُ وَالْمُوَاصِلُ عَلَى قَوْلِ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهَا مِنْ أَسْبَابِ التَّوَاصُلِ الَّتِي تُؤَكِّدُ الْمَوَدَّةَ.

وَقَدْ «قَبِلَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْهَدِيَّةَ. وَقَالَ لَوْ أُهْدِيَ إلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْت» ، وَهَذَا مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِأَحَدِ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ كَانَ يُثِيبُ عَلَى الْهِدَايَةِ، وَالثَّانِي أَنَّ فَضْلَهُ وَعِصْمَتَهُ ثَبَتَتْ بِالْبَرَاهِينِ الْبَيِّنَةِ الَّتِي وَقَعَ بِهَا الْعِلْمُ، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِمَّنْ إلَيْهِ النَّظَرُ فِي أُمُورِ النَّاسِ مِنْ أَمِيرٍ أَوْ حَاكِمٍ فَلَا.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تُفْتَحُ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَ الِاثْنَيْنِ وَيَوْمَ الْخَمِيسِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ يُصْفَحُ فِي هَذَيْنِ الْيَوْمَيْنِ عَنْ الذُّنُوبِ الْعَظِيمَةِ، وَيَثْبُتُ فِيهَا لِكَثِيرٍ مِنْ النَّاسِ الدَّرَجَةُ الرَّفِيعَةُ فَتَكُونُ بِمَنْزِلَةِ فَتْحِ أَبْوَابِهَا، وَقَدْ يُعَبَّرُ بِفَتْحِ الْأَبْوَابِ عَنْ الْإِقْبَالِ عَلَى الْأَمْرِ وَالْإِنْعَامِ فَيُقَالُ فَتَحَ فُلَانٌ بَابَ طَعَامِهِ وَبَابَ عَطَائِهِ فَلَا يُغْلِقُهُ عَنْ أَحَدٍ، وَيُقَالُ فِي مُشَاهَدَةِ حَرْبِ الْعَدُوِّ قَدْ فُتِحَتْ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وُجِدَتْ أَسْبَابُ دُخُولِهَا وَغُفْرَانُ الذُّنُوبِ الْمَانِعَةِ مِنْهَا وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ تُعْرَضُ أَعْمَالُ الْعِبَادِ فِي هَذَيْنِ الْيَوْمَيْنِ فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُؤْمِنٍ إلَّا عَبْدًا كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءُ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ

عَرْضَ أَعْمَالِ الْمُؤْمِنِ بِمَا أَرَادَهُ اللَّهُ مِنْ الْغُفْرَانِ لَهُ فَهُوَ يُعَبِّرُ عَنْهُ بِأَنَّ أَبْوَابَ الْجَنَّةِ قَدْ فُتِحَتْ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فَتْحُ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ عَلَامَةً عَلَى الْغُفْرَانِ وَالْإِحْسَانِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَيُبَيِّنُ هَذَا التَّأْوِيلَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لَا يُشْرِكُ بِاَللَّهِ شَيْئًا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الْغُفْرَانَ الَّذِي يَكُونُ بِمَعْنَى فَتْحِ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ، وَيَكُونُ فَتْحُ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ عَلَامَةً عَلَيْهِ تَعُمُّ كُلَّ مُسْلِمٍ إلَّا مَنْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءُ تَحْذِيرًا مِنْ بَقَاءِ الشَّحْنَاءِ، وَهِيَ الْعَدَاوَةُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَحَضًّا عَلَى الْإِقْلَاعِ عَنْ ذَلِكَ وَالرُّجُوعِ عَنْهُ إلَى التَّوَدُّدِ وَالْمُؤَاخَاةِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ} [الحجرات: 10] وَقَالَ تَعَالَى {فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ} [الأنفال: 1] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَقَالَ أَنْظِرُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَصْطَلِحَا» يَعْنِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَخِّرُوا الْغُفْرَانَ لَهُمَا حَتَّى يَصْطَلِحَا، وَقَالَ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ اُتْرُكُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَفِيئَا أَيْ يَرْجِعَا إلَى الصُّلْحِ، أَوْ اُتْرُكُوا هَذَيْنِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ تَبْيِينًا مِنْ الرَّاوِي وَمَعْنَى اُتْرُكُوا أَخِّرُوا يُقَالُ تَرَكْت الشَّيْءَ أَخَّرْته وَتَرَكْت فِي الْأَمْرِ أَخَّرْت قَالَهُ صَاحِبُ الْأَفْعَالِ.

(217/7)

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ لِلْجَمَالِ بِهَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ «خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي غَزْوَةِ بَنِي أَنْمَارٍ قَالَ جَابِرٌ فَبَيْنَا أَنَا نَازِلٌ تَحْتَ شَجَرَةٍ إذَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَقْبَلَ فَقُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلُمَّ إلَى الظِّلِّ قَالَ فَنَزَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقُمْت إلَى غِرَارَةٍ لَنَا فَالْتَمَسْت فِيهَا شَيْئًا فَوَجَدْت فِيهَا جِرْوَ قِثَّاءٍ فَكَسَّرْته ثُمَّ قَرَّبْته إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟ قَالَ فَقُلْت خَرَجْنَا بِهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ مِنْ الْمَدِينَةِ قَالَ جَابِرٌ وَعِنْدَنَا صَاحِبٌ لَنَا نُجَهِّزُهُ يَذْهَبُ يَرْعَى قَالَ فَجَهَّزْته، ثُمَّ أَدْبَرَ يَذْهَبُ فِي الظُّهْرِ وَعَلَيْهِ بُرْدَانِ لَهُ قَدْ خَلُقَا قَالَ فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَيْهِ فَقَالَ أَمَا لَهُ ثَوْبَانِ غَيْرَ هَذَيْنِ فَقُلْت: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ لَهُ ثَوْبَانِ فِي الْعَيْبَةِ كَسَوْته إيَّاهُمَا قَالَ فَادْعُهُ فَمُرْهُ فَلْيَلْبَسْهُمَا قَالَ فَدَعَوْته فَلَبِسَهُمَا، ثُمَّ وَلَّى يَذْهَبُ قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا لَهُ ضَرَبَ اللَّهُ عُنُقَهُ أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا لَهُ قَالَ فَسَمِعَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَالَ فَقُتِلَ الرَّجُلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ») .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ لِلْجَمَالِ بِهَا]

(ش) : قَوْلُ جَابِرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَقُمْت إلَى غِرَارَةٍ لَنَا فَالْتَمَسْت فِيهَا شَيْئًا فَوَجَدْت فِيهَا جِرْوَ قِثَّاءٍ وَالْجِرْوُ الْقِثَّاءَةُ الصَّحِيحَةُ، وَقِيلَ الْمُسْتَطِيلَةُ وَقِيلَ الصَّغِيرَةُ، حَكَاهُ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيُّ وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْجِرْوُ صَغِيرُ الْقِثَّاءِ وَالرُّمَّانِ وَجَمْعُهُ أَجْرَاءُ وَجَمْعُ الْجَمْعِ أُجَرٌ، وَقَوْلُهُ فَكَسَّرْته ثُمَّ قَرَّبْته إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَعْنَى كَسَّرَهُ لَهُ أَنْ يَسْهُلَ تَنَاوُلُهُ وَيَكْثُرَ عَدَدُهُ، وَهُوَ فِي الْأَغْلَبِ مِمَّا يَفْعَلُهُ الْآكِلُ بِالْكَبِيرِ مِنْهَا فَلَعَلَّ جَابِرًا أَسْمَاهُ بِاسْمِ الصَّغِيرِ تَحْقِيرًا لِمَا قَدَّمَهُ فَكَفَاهُ مُؤْنَةَ الْعَمَلِ، ثُمَّ قَرَّبَهُ إلَيْهِ لِيَأْكُلَهُ فَقَالَ لِجَابِرٍ مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا لَمَّا عَلِمَ مِنْ عَدَمِهِ بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَتَعَذُّرِ وُجُودِهِ فِيهِ فَقَالَ جَابِرٌ: خَرَجْنَا بِهِ مِنْ الْمَدِينَةِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَقَوْلُ جَابِرٍ وَعِنْدَنَا صَاحِبٌ لَنَا نُجَهِّزُهُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ نُهَيِّئُ مِنْ أَمْرِهِ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ فِي تَوَجُّهِهِ لِحِفْظِ الظَّهْرِ يُرِيدُ الْإِبِلَ الَّتِي يَرْكَبُونَ ظُهُورَهَا وَيَحْمِلُونَ عَلَيْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – ثُمَّ أَدْبَرَ وَعَلَيْهِ بُرْدَانِ لَهُ قَدْ خَلِقَا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُمَا قَدْ بَلَغَا مِنْ ذَلِكَ مَبْلَغًا تَمُجُّهُ الْعَيْنُ وَيَخْرُجُ عَنْ عَادَةِ لِبَاسِ النَّاسِ مَعَ مَا قَدْ عَلِمَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ سَعَةِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَعَذَّرُ عَلَى مَنْ كَانَ فِي مِثْلِ حَالَةِ النَّاسِ مَا جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ لِمَا يَخَافُ أَنْ يَعْتَقِدَ ذَلِكَ شَرْعًا أَوْ مُبَاحًا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اللِّبَاسِ الْمُعْتَادِ، وَكَرِهَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِبَاسَ غَيْرِ الْمُعْتَادِ وَمَا يَشْتَهِرُ بِهِ لَابِسُهُ مِنْ دُونِ الْمَلْبَسِ كَمَا كَرِهَ مَا يُشْهَرُ بِهِ صَاحِبُهُ فِي رِفْعَتِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ فِي غَزْوٍ وَلَعَلَّهُ كَانَ بِقُرْبِ الْمُشْرِكِينَ، وَلَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ عَلَى أَصْحَابِهِمْ عُيُونٌ فَيَرَوْنَ عَلَيْهِمْ مِثْلَ هَذَا الْمَلْبَسِ فَيَعْتَقِدُونَ فِيهِمْ مِنْ ضَعْفِ الْحَالِ مَا يُقَوِّي نُفُوسَهُمْ وَيُؤَكِّدُ طَمَعَهُمْ فِي الظُّهُورِ عَلَيْهِمْ فَيَكْرَهُ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَأَرَادَ إظْهَارَ الْقُوَّةِ وَصَلَاحَ الْحَالِ لِتَضْعُفَ نُفُوسُهُمْ وَيَقِلَّ طَمَعُهُمْ، وَرُوِيَ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَمَا لَهُ ثَوْبَانِ غَيْرَ هَذَيْنِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِذَلِكَ يَعْرِفُ لِيَعْلَمَ هَلْ فَعَلَ ذَلِكَ لِضَرُورَةِ عَدَمٍ فَيَعْذُرُهُ أَوْ يُعِينُهُ، أَوْ يَعْلَمَ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَلْبَسِ الصَّالِحِ فَيُنْكِرَ عَلَيْهِ وَيَأْمُرَ بِمَا هُوَ أَفْضَلُ لَهُ فَأَعْلَمَ جَابِرٌ أَنَّ لَهُ ثَوْبَيْنِ فِي الْعَيْبَةِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى حُضُورِهِمَا، وَلَعَلَّ سُؤَالَهُ إنَّمَا تَوَجَّهَ إلَى مَا يَحْضُرُهُ مِنْ الثِّيَابِ فَأَمَرَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَلَبِسَهُمَا امْتِثَالًا لِأَمْرِهِ وَأَخْذًا بِهَدْيِهِ فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا لَهُ ضَرَبَ اللَّهُ عُنُقَهُ أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا لَهُ؟» وَهَذِهِ كَلِمَةٌ

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ قَالَ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إذَا أَوْسَعَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَوْسِعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ جَمَعَ رَجُلٌ عَلَيْهِ ثِيَابَهُ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ إنِّي لَأُحِبُّ أَنْ أَنْظُرَ إلَى الْقَارِئِ أَبْيَضَ الثِّيَابِ) .

[المنتقى]

تَقُولُهَا الْعَرَبُ عِنْدَ إنْكَارِ أَمْرٍ وَلَا يُرِيدُونَ بِذَلِكَ الدُّعَاءَ عَلَى مَنْ يُقَالُ لَهُ ذَلِكَ، فَلَمَّا سَمِعَ ذَلِكَ الرَّجُلُ وَعَلِمَ أَنَّ دُعَاءَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – غَالِبًا يُسْتَجَابُ اعْتَقَدَ أَنْ يُسْتَجَابَ لَهُ أَوْ خَافَ أَنْ يَكُونَ مِنْ مَوْجِدَتِهِ عَلَيْهِ لَمَّا أَتَاهُ وَقَدْ أُخْرِجَتْ هَذِهِ اللَّفْظَةُ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ الدُّعَاءِ إذَا عَلِمَ مِنْ حَالِهِ أَنَّ مَا يَقُولُهُ يَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يَقُولُهُ فَقَالَ لِلرَّجُلِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَالَ قَوْلُ مَنْ تَيَقَّنَ وُقُوعَ مَا قَالَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهَذَا لَا يَكُونُ إلَّا مِمَّا عَلِمَ مِنْ تَكَرُّرِ ذَلِكَ مِنْهُ حَتَّى لَا يَقَعَ مِنْهُ خِلَافُهُ، وَهَذَا مِنْ عَظِيمِ الْآيَاتِ مَعَ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {قُلْ لا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلا ضَرًّا إلا مَا شَاءَ اللَّهُ وَلَوْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْغَيْبَ لاسْتَكْثَرْتُ مِنَ الْخَيْرِ وَمَا مَسَّنِيَ السُّوءُ} [الأعراف: 188] وقَوْله تَعَالَى {قُلْ مَا كُنْتُ بِدْعًا مِنَ الرُّسُلِ وَمَا أَدْرِي مَا يُفْعَلُ بِي وَلا بِكُمْ إِنْ أَتَّبِعُ إِلا مَا يُوحَى إِلَيَّ} [الأحقاف: 9] فَأَرَادَ الرَّجُلُ أَنَّهُ إذَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ سَيُقْتَلُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى مَعْنَى تَوْجِيهِ قَوْلِهِ أَوْ دُعَائِهِ إلَى مَا اخْتَارَهُ الرَّجُلُ مِنْ الشَّهَادَةِ لَمَّا أَرَادَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الْخَيْرِ لَهُ وَكَانَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْمُؤْمِنِينَ رَحِيمًا.

(فَصْلٌ) :

وَهَذَا عَلَى سَبِيلِ الْمُبَالَغَةِ فِي الْحَضِّ عَلَى التَّجَمُّلِ فِي الْمَلْبَسِ وَالزَّجْرِ عَنْ تَرْكِهِ، وَذَلِكَ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: فِي لَوْنِ الْمَلْبُوسِ وَحُسْنِهِ وَسَيَأْتِي ذِكْرُهُ بَعْدَ هَذَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَالثَّانِي فِي الْمَلْبُوسِ نَفْسِهِ وَذَلِكَ أَنَّ أَفْضَلَ زِيٍّ مَا يُلْبَسُ فِي الرَّأْسِ الْعَمَائِمُ وَهِيَ تِيجَانُ الْعَرَبِ قَالَ مَالِكٌ الْعِمَّةُ وَالِاحْتِبَاءُ وَالِانْتِعَالُ مِنْ عَمَلِ الْعَرَبِ، وَكَانَتْ الْعِمَّةُ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ لَمْ تَزَلْ حَتَّى كَانَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمُ يُرِيدُ وُلَاةَ بَنِي هَاشِمٍ فَتَرَكْنَاهَا خَوْفًا مِنْ خِلَافِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْبَسُوهَا، وَلَمْ أُدْرِكْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ إلَّا وَهُمْ يَتَعَمَّمُونَ كُنْت أَرَى فِي حَلْقَةِ رَبِيعَةَ أَحَدًا وَثَلَاثِينَ رَجُلًا مُتَعَمِّمِينَ وَأَنَا مِنْهُمْ، وَكَانَ رَبِيعَةُ لَا يَدَعُهَا حَتَّى تَطْلُعَ الثُّرَيَّا قَالَ رَبِيعَةُ وَإِنِّي لَأَجِدُهَا تَزِيدُ فِي الْعَقْلِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ الِاقْتِعَاطَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَهُوَ أَنْ يَتَعَمَّمَ وَلَا يَجْعَلَ تَحْتَ ذَقَنِهِ مِنْهَا شَيْئًا وَقَدْ كَرِهَهُ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ –.

وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو عُبَيْدٍ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «نَهَى عَنْ الِاقْتِعَاطِ» وَفَسَّرَهُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ مَالِكٌ إلَّا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ الرَّجُلُ فِي بَيْتِهِ وَعِنْدَ اغْتِسَالِهِ وَفِي مَرَضِهِ لَا بَأْسَ بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَلْ يُرْخِي بَيْنَ كَتِفَيْهِ الذُّؤَابَةَ أَوْ يُرْسِلُهَا بَيْنَ يَدَيْهِ قَالَ مَالِكٌ: لَمْ أُدْرِكْ أَحَدًا إلَّا يُرْسِلُ بَيْنَ كَتِفَيْهِ إلَّا مَا كَانَ مِنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ فَإِنَّهُ كَانَ يُرْخِي بَيْنَ يَدَيْهِ، وَكَانَ رَبِيعَةُ وَابْنُ هُرْمُزَ يُسْدِلَانِهَا بَيْنَ أَيْدِيهِمَا، وَلَسْت أَكْرَهُ إرْخَاءَهَا مِنْ خَلْفِهِ؛ لِأَنَّهُ حَرَامٌ، وَلَكِنَّ هَذَا أَجْمَلُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا عِنْدِي يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْأَمْرَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ بِأَحَدِهِمَا أَكْثَرُ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ بِهِ أَظْهَرَ فَإِنَّ مُوَافَقَةَ الْجُمْهُورِ أَوْلَى وَأَصْوَبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سَأَلَ مَالِكٌ عَنْ الْقَلَانِسِ هَلْ كَانَتْ قَدِيمَةً فَقَالَ كَانَتْ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَبْلَ ذَلِكَ فِيمَا أَرَى، وَكَانَتْ لِخَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ قَلَنْسُوَةٌ.

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنِّي لَأُحِبُّ أَنْ أَنْظُرَ إلَى الْقَارِئِ أَبْيَضَ الثِّيَابِ، يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ قَارِئَ الْقُرْآنِ الْمَعْرُوفَ بِذَلِكَ وَالْمَشْهُورَ بِهِ وَهُمْ كَانُوا أَهْلَ الْعِلْمِ وَالدِّينِ فِي زَمَنِهِ فَكَانَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَرْغَبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ صِفَتَهُمْ وَيَكُونَ هَذَا رَأْيَهُمْ وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ يُسْتَحَبُّ لَهُمْ لُبْسُ الْبَيَاضِ دُونَ لُبْسِ الْمُصَبَّغَاتِ مِنْ الْمُعَصْفَرِ الْمُشَبَّعِ وَغَيْرِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «خَيْرُ ثِيَابِكُمْ الْبَيَاضُ» .

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يُرِيدَ بِهِ نَقَاءَ ثِيَابِهِ وَسَلَامَتَهَا مِنْ الْوَضَرِ، وَأَنْ لَا تُدَنَّسَ أَلْوَانُ الثِّيَابِ وَيُغَيَّرَ بَيَاضُهَا؛ لِأَنَّ نَقَاءَ الثَّوْبِ مِنْ حُسْنِ الزِّيِّ

(219/7)

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ الْمُصَبَّغَةِ وَالذَّهَبِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَلْبَسُ الثَّوْبَ الْمَصْبُوغَ بِالْمِشْقِ وَالثَّوْبَ الْمَصْبُوغَ بِالزَّعْفَرَانِ) .

[المنتقى]

وَدَلِيلٌ عَلَى تَوَقِّي لَابِسِهِ وَالْمُحَافَظَةِ عَلَى طَهَارَتِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالْقَارِئِ الْعَابِدَ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ مَنْ لَمْ يُحْسِنْ يُتْقِنْ لَمْ يُحْسِنْ يَقْرَأُ يُرِيدُ وَلَمْ يَتَعَبَّدْ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَمْ يَسْتَحْسِنْ لِلْعِبَادِ الْخُرُوجَ عَنْ حُسْنِ الزِّيِّ إلَى الْمَلْبَسِ الْمُسْتَخْشَنِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خُرُوجٌ عَنْ الْعَادَةِ وَمَدْخَلٌ فِيمَا يُشَوِّهُ.

وَقَدْ قَالَ إبْرَاهِيمُ بْنُ أَدْهَمَ لِرَجُلٍ تَنَسَّكَ فَلَبِسَ الصُّوفَ رَأَيْته نَسَكَ نُسُكًا أَعْجَمِيًّا فَعَابَ ذَلِكَ عَلَيْهِ لِخُرُوجِهِ عَنْ عَادَةِ مِثْلِهِ، وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ لِبَاسِ الصُّوفِ الْغَلِيظِ فَقَالَ لَا خَيْرَ فِي الشُّهْرَةِ، وَلَوْ كَانَ يَلْبَسُهُ تَارَةً وَيَتْرُكُهُ تَارَةً لَرَجَوْت، وَلَا أُحِبُّ الْمُوَاظَبَةَ عَلَيْهِ حَتَّى يَشْتَهِرَ وَمِنْ غَلِيظِ الْقُطْنِ مَا هُوَ بِمِثْلِ ثَمَنِهِ، وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ قَالَ.

وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِذَلِكَ الرَّجُلِ فَلْيُرَ عَلَيْك مَالُكَ، وَكَانَ عُمَرُ يَكْسُو الْحُلَلَ وَقَالَ عُمَرُ: أُحِبُّ أَنْ أَرَى الْقَارِئَ أَبْيَضَ الثِّيَابِ قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا لِمَنْ وَجَدَ غَيْرَهُ فَأَمَّا مَنْ لَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ فَلَا أَكْرَهُهُ لَهُ وَاسْتَحْسَنَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِأَهْلِ الْعِلْمِ وَالصَّلَاحِ حُسْنَ الزِّيِّ وَالتَّجَمُّلَ بِالثِّيَابِ الْمُبَاحَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَشْرُوعٌ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ» وَسَأَلَ مَالِكٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى {وَلا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ} [القصص: 77] فَقَالَ أَنْ يَعِيشَ وَيَأْكُلَ وَيَشْرَبَ غَيْرَ مُضَيِّقٍ عَلَيْهِ فِي رَأْيِي، وَقَدْ شُرِعَ فِي الصَّلَاةِ التَّجَمُّلُ وَحُسْنُ الزِّيِّ وَالْهَيْئَةِ، وَمُنِعَ الِاحْتِزَامُ وَتَشْمِيرُ الْكُمَّيْنِ وَمَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ مِمَّا يُنَافِي زِيَّ الْوَقَارِ، وَكَذَلِكَ شُرِعَ فِي أَيَّامِ الْجُمَعِ التَّجَمُّلُ بِالْمَلْبَسِ وَالتَّطَيُّبُ لِاجْتِمَاعِ النَّاسِ فَالْعَالِمُ مِمَّنْ يَجْتَمِعُ إلَيْهِ النَّاسُ وَيَرِدُونَ عَلَيْهِ فَشُرِعَ لَهُ التَّجَمُّلُ بِالْمَلْبَسِ دُونَ أَنْ يَخْرُجَ عَنْ عَادَةِ مِثْلِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إذَا أَوْسَعَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَوْسِعُوا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إذَا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَى الرَّجُلِ فِي مَالِهِ فَلْيُوَسِّعْ عَلَى نَفْسِهِ فِي مَلْبَسِهِ فَيَحْمِلُ نَفْسَهُ عَلَى عَادَةِ مِثْلِهِ، وَلَا يُخِلُّ بِحَالِهِ حَتَّى يُكْرَهَ النَّظَرُ إلَيْهِ وَإِلَى زِيِّهِ وَيَبْشَعُ بِذَلِكَ ذِكْرُهُ، وَقَوْلُهُ جَمَعَ رَجُلٌ عَلَيْهِ ثِيَابَهُ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فِي الصَّلَاةِ وَهَذَا اللَّفْظُ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْخَبَرِ فَمَعْنَاهُ الْأَمْرُ وَمَعْنَى جَمَعَ رَجُلٌ عَلَيْهِ ثِيَابَهُ صَلَّى فِي ثَوْبَيْنِ، وَلَمْ يَقْتَصِرْ عَلَى ثَوْبٍ وَاحِدٍ، وَقَدْ فَسَّرَ ذَلِكَ أَيُّوبُ فِي رِوَايَتِهِ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَقَالَ جَمَعَ رَجُلٌ عَلَيْهِ ثِيَابَهُ صَلَّى رَجُلٌ فِي إزَارٍ وَرِدَاءٍ أَوْ فِي إزَارٍ وَقَمِيصٍ فِي إزَارٍ وَقَبَاءٍ فِي

سَرَاوِيلَ وَرِدَاءٍ فِي سَرَاوِيلَ وَقَمِيصٍ فِي سَرَاوِيلَ وَقَبَاءٍ فِي تُبَّانٍ وَقَمِيصٍ، وَأَحْسَبُهُ قَالَ فِي تُبَّانٍ وَرِدَاءٍ فَآثَرَ لِبَاسَ الثَّوْبَيْنِ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الثَّوْبِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهُ أَجْمَلُ فِي اللِّبَاسِ وَأَشْبَهُ بِزِيِّ الْوَقَارِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ الْمُصَبَّغَةِ وَالذَّهَبِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَلْبَسُ الْمَصْبُوغَ بِالْمِشْقِ، وَهُوَ الْمُغَرَّى وَالْمَصْبُوغُ بِالزَّعْفَرَانِ يَقْتَضِي اسْتِبَاحَةَ ذَلِكَ فَأَمَّا الْمَصْبُوغُ بِالْمِشْقِ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْمَصْبُوغُ بِالزَّعْفَرَانِ فَذَهَبَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إلَى إبَاحَةِ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ وَكَرِهَ ذَلِكَ قَوْمٌ مِنْ التَّابِعِينَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ فَأَمَّا الصُّفْرَةُ فَإِنِّي رَأَيْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَصْبُغُ بِالصُّفْرَةِ، وَهَذَا عَامٌّ فِي الزَّعْفَرَانِ وَغَيْرِهِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ وَمِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ الزَّعْفَرَانَ إنْ طُيِّبَ لَا يُحَرَّمُ عَلَى النِّسَاءِ فَلَمْ يُحَرَّمْ عَلَى الرِّجَالِ كَالْمِسْكِ وَمَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ نَهَى أَنْ يُزَعْفِرَ الرَّجُلُ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمُحْرِمَ، وَلِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَلْبَسَ الْمُحْرِمُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِوَرْسٍ أَوْ زَعْفَرَانٍ»

(220/7)

(ص) : «قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الْغِلْمَانُ شَيْئًا مِنْ الذَّهَبِ؛ لِأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ تَخَتُّمِ الذَّهَبِ، فَأَنَا أَكْرَهُهُ لِلرِّجَالِ لِلْكَبِيرِ مِنْهُمْ وَالصَّغِيرِ») .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الْمَلَاحِفِ الْمُعَصْفَرَةِ فِي الْبُيُوتِ لِلرِّجَالِ وَفِي الْأَقْبِيَةِ قَالَ لَا أَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا حَرَامًا، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ اللِّبَاسِ أَحَبُّ إلَيَّ) .

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الْخَزِّ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا كَسَتْ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ مِطْرَفَ خَزٍّ كَانَتْ عَائِشَةُ تَلْبَسُهُ)

[المنتقى]

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالزَّعْفَرَانِ اسْتِعْمَالَهُ فِي جَسَدِهِ بِمَا فِيهِ مِنْ التَّشْبِيهِ بِالنِّسَاءِ، وَإِنَّمَا يُسْتَعْمَلُ هَذَا اللَّفْظُ

غَالِبًا فِيمَا يَعُودُ إلَى ذَاتِ الْإِنْسَانِ كَالتَّعَاظُمِ وَالتَّعَاطُرِ وَالتَّزَيُّنِ فَيُحْمَلُ عَلَى ظَاهِرِ إطْلَاقِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ «إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَأَى رَجُلًا فِيهِ أَثَرُ صُفْرَةٍ فَطَعَنَهُ بِقَدَحٍ كَانَ مَعَهُ» ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ وَبَلَغَنِي أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ كَانَ يَلْبَسُ الثَّوْبَيْنِ الرِّدَاءَ وَالْإِزَارَ بِالزَّعْفَرَانِ، وَإِنِّي لَأَلْبَسُهُ وَأَسْتَحْسِنُهُ وَأَرَاهُ حَسَنًا وَلِلْأَشْيَاءِ وُجُوهٌ، وَأَمَّا السَّرَفُ فَلَا أُحِبُّهُ قَالَ مَالِكٌ وَرَأَيْت ابْنَ الْمُنْكَدِرِ يَلْبَسُ الْمَلْبَسَ بِالزَّعْفَرَانِ وَرَأَيْت ابْنَ هُرْمُزَ يَلْبَسُ الثَّوْبَيْنِ بِالزَّعْفَرَانِ.

(ش) : قَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنَّهُ يَكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الْغِلْمَانُ شَيْئًا مِنْ الذَّهَبِ يُرِيدُ خَاتَمًا أَوْ غَيْرَهُ وَعَلَّقَ الْمَنْعَ فِي ذَلِكَ بِالْكَرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ، وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكْرَهَ ذَلِكَ لِمَنْ يُلْبِسُهُمْ إيَّاهُ أَوْ يَتْرُكُ مَنْعَهُمْ مِنْهُ مِمَّنْ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ مَنْ يُحَرَّمُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَلَمْ يَبْلُغْ بِهِ حَدَّ التَّحْرِيمِ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمُكَلَّفِينَ وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنْ يُكْرَهَ ذَلِكَ لَهُمْ لِأَنَّهُمْ مَأْمُورُونَ عَلَى وَجْهِ النَّدْبِ وَمَنْهِيُّونَ عَلَى وَجْهِ الْكَرَاهِيَةِ، وَلِذَلِكَ يُعَاقَبُونَ عَلَى كَثِيرٍ مِنْ الْأَفْعَالِ وَبِذَلِكَ قَالَ وَأَنَا أَكْرَهُ ذَلِكَ لِلْكَبِيرِ مِنْهُمْ وَالصَّغِيرِ فَأَشَارَ إلَى أَنَّ الْكَرَاهَةَ تَتَعَلَّقُ بِهِمْ دُونَ أَوْلِيَائِهِمْ، وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – عَلَى ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَخَتُّمِ الذَّهَبِ» ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ نَهْيَهُ يَتَوَجَّهُ عَلَى الْعُمُومِ عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ بِهِ فِي الْمُضْمَرِ وَالْمُقَدَّرِ فَكَأَنَّهُ قَالَ نَهَى النَّاسَ عَنْ تَخَتُّمِ الذَّهَبِ فَتَوَجَّهَ إلَى الْمُكَلَّفِينَ عَلَى وَجْهِ التَّحْرِيمِ، وَتَوَجَّهَ إلَى غَيْرِ الْمُكَلَّفِينَ عَلَى وَجْهِ الْكَرَاهَةِ ثُمَّ خَصَّ مَنْ أُبِيحَ لَهُ ذَلِكَ مِنْ النِّسَاءِ فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى أَصْلِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ نَهْيَهُ تَوَجَّهَ إلَى الْمُكَلَّفِينَ مِنْ الرِّجَالِ خَاصَّةً فَكَرِهَ ذَلِكَ لِلصِّبْيَانِ لَمَّا كَانُوا مِنْ جِنْسِهِمْ لِئَلَّا يَعْتَادُوا ذَلِكَ عِنْدَ التَّكْلِيفِ كَمَا يُؤْخَذُونَ بِالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَيُضْرَبُونَ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ لِئَلَّا يَعْتَادُوا تَرْكَهَا عِنْدَ التَّكْلِيفِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ فِي الْمَلَاحِفِ الْمُعَصْفَرَةِ فِي الْبُيُوتِ وَالْأَقْبِيَةِ لِلرِّجَالِ لَا أَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا حَرَامًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: دَخَلَ عَبَّادٌ الْبَصْرِيُّ عَلَى ابْنِ هُرْمُزَ فِي بَيْتِهِ فَرَأَى فِيهَا أَسِرَّةً ثَلَاثَةً عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ فُرُشٍ وَمُسَانِدُ وَمَجَالِسُ مُعَصْفَرَةٌ فَقَالَ لَهُ يَا أَبَا بَكْرٍ مَا هَذَا فَقَالَ لَهُ ابْنُ هُرْمُزَ لَيْسَ بِهَذَا بَأْسٌ، وَلَيْسَ الَّذِي يَقُولُ شَيْءٌ أَدْرَكْت النَّاسَ عَلَى هَذَا.

[مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الْخَزِّ]

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – كَسَتْ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ مِطْرَفَ خَزٍّ

يَقْتَضِي أَنَّهَا أَعْطَتْهُ إيَّاهُ لِيَلْبَسَهُ، وَلَوْ لَمْ تُرِدْ أَنْ يَلْبَسَهُ لَقَالَ أَعْطَتْهُ أَوْ وَهَبَتْهُ فَأَمَّا لَفْظُ كَسَتْ فَإِنَّمَا يَقْتَضِي وَجْهَ اللِّبَاسِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهَا تَعْتَقِدُ أَنَّ ذَلِكَ مُبَاحٌ لَهُ وَالْخَزُّ بَزٌّ يُتَّخَذُ مِنْهُ الثِّيَابُ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَمْ يَخْتَلِفُوا فِي إجَازَةِ لُبْسِهِ وَقَدْ بَلَغَنِي عَنْ خَمْسَةَ عَشَرَ مِنْ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَسَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَخَمْسَةَ عَشَرَ تَابِعِيًّا وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَكْسُو بَنِيهِ الْخَزَّ، وَأَمَّا كُلُّ ثَوْبٍ سُدَاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ وَبَرٌّ أَوْ قُطْنٌ أَوْ كَتَّانٌ أَوْ صُوفٌ فَيُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ، وَقَدْ ذَهَبَ إلَى

(221/7)

. . . .

[المنتقى]

إبَاحَتِهِ لِلرِّجَالِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ كَرَاهِيَتَهُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّمَا كَرِهَهُ لِسُدَى الْحَرِيرِ فِيهِ، وَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى الِامْتِنَاعِ مِنْ تَحْرِيمِهِ، وَذَلِكَ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْحَرِيرَ أَقَلُّ أَجْزَائِهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ مُسْتَهْلَكٌ عَلَى وَجْهٍ لَا يُمْكِنُ تَخْلِيصُهُ لِلِانْتِفَاعِ، وَمُمَازَجَةُ الْحَرِيرِ لِغَيْرِهِ مِنْ الْكَتَّانِ أَوْ الصُّوفِ أَوْ الْقُطْنِ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ، وَالثَّانِي الْعِلْمُ وَنَحْوُهُ أَنْ يُخَاطَ الثَّوْبُ بِالْحَرِيرِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ بِهِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا بَأْسَ بِالْعِلْمِ مِنْ الْحَرِيرِ فِي الثَّوْبِ، وَإِنْ عَظُمَ لَمْ يُخْتَلَفْ فِي الرُّخْصَةِ فِيهِ وَالصَّلَاةِ بِهِ وَرُوِيَ فِيهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أُصْبُعٍ إلَى أَرْبَعٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ كَرِهَ مَالِكٌ لِبَاسَ الْمَلَاحِفِ فِيهَا أُصْبُعٌ أَوْ أُصْبُعَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ مِنْ حَرِيرٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَلَمْ يُجِزْ مَالِكٌ مِنْ عِلْمِ الْحَرِيرِ فِي الثَّوْبِ إلَّا الْخَيْطَ الرَّقِيقَ، وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ مَا رُوِيَ «عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ لُبْسِ الْحَرِيرِ إلَّا هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْهِ اللَّتَيْنِ يَلِيَانِ الْإِبْهَامَ» قَالَ أَبُو عُثْمَانَ النَّهْدِيُّ، وَذَلِكَ فِيمَا عَلِمْنَا أَنَّهُ يَعْنِي بِهَا الْإِعْلَامَ وَرَوَى سُوَيْد بْنُ غَفَلَةَ عَنْ عُمَرَ إلَّا مَوْضِعَ أُصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّمَا يَلْبَسُ الْحَرِيرَ فِي الدُّنْيَا مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ» ، وَرَوَى أَبُو بَكْرٍ عَنْ أَبِي مُصْعَبٍ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ أَنْ يُحْرِمَ الرَّجُلُ فِي ثَوْبٍ فِيهِ قَدْرُ أُصْبُعٍ مِنْ حَرِيرٍ، يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ إبَاحَةَ الْأُصْبُعِ فَمَا دُونَهُ، وَالْمَنْعُ مِمَّا زَادَ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ رِوَايَةً عَنْهُ فِي إبَاحَةِ الْعِلْمِ عَلَى مَا وَرَدَ بِهِ

حَدِيثُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمَنْعُ مِنْهُ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ وَإِبَاحَتِهِ عَلَى مَعْنَى نَفْيِ التَّحْرِيمِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ رَأَيْت رَبِيعَةَ يَلْبَسُ الْقَلَنْسُوَةَ وَظِهَارَتُهَا وَبِطَانَتُهَا خَزٌّ، وَكَانَ إمَامًا يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهَا كَانَتْ مِنْ الْخَزِّ الْمَحْضِ أَوْ سُدَاهُ قُطْنٌ أَوْ كَتَّانٌ أَوْ أَنَّ رَبِيعَةَ كَانَ مِمَّنْ يَرَاهُ مُبَاحًا وَإِنَّهُ كَانَ إمَامًا يُقْتَدَى بِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ مَحْضًا مِنْ الْحَرِيرِ فَلَا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَلَا يُجْعَلُ مِنْ الْحَرِيرِ جَيْبٌ لَا فِي فَرْوٍ وَلَا ثَوْبٍ قَالَ أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلَا يُصَلَّى بِقَلَنْسُوَةٍ حَرِيرٍ قَالَ مَالِكٌ قَوْمٌ يَكْرَهُونَ لِبَاسَ الْخَزِّ وَيَلْبَسُونَ قَلَانِسَ الْخَزِّ تَعَجُّبًا مِنْ اخْتِلَافِ رَأْيِهِمْ، وَأَمَّا مَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ مِنْ «رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ مَوْلَى أَسْمَاءَ أَخْرَجْت إلَى أَسْمَاءَ جُبَّةً طَيَالِسِيَّةً كِسْرَوَانِيَّةً رَأَيْت لَهَا لَبِنَةَ دِيبَاجٍ وَفَرْجَيْهَا مَكْفُوفَيْنِ بِالدِّيبَاجِ، فَقَالَتْ هَذِهِ كَانَتْ عِنْدَ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – حَتَّى قُبِضَتْ، وَكَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَلْبَسُهَا فَنَحْنُ نَغْسِلُهَا لِلْمَرْضَى تَسْتَشْفِي بِهَا فَإِنَّ» الْحَدِيث إسْنَادُهُ لَيْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ مَوْلَى أَسْمَاءَ غَيْرُ مَعْرُوفٍ وَمِثْلُهُ لَا يَحْتَمِلُ الِانْفِرَادَ بِمِثْلِ هَذَا الْحَدِيثِ، وَهُوَ مِمَّا يُخَالِفُ أَحَادِيثَ الْأَئِمَّةِ، وَلَوْ ثَبَتَ الْحَدِيثُ فَإِنَّمَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ صُنِعَ بِهِ بَعْدَ لُبْسِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَبَعْدَ وَفَاتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّ الْحَرِيرَ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ حَرَامٌ فَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ لُبْسُهُ لِمَا رَوَى حُذَيْفَةُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا تَلْبَسُوا الْحَرِيرَ وَالدِّيبَاجَ فَإِنَّهُ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا، وَهُوَ لَكُمْ فِي الْآخِرَةِ» وَرَوَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إنَّمَا يَلْبَسُ الْحَرِيرَ فِي الدُّنْيَا مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ» فَالْمَعَانِي تَقْتَضِي مَنْعَ اللُّبْسِ لِلْحَرِيرِ، فَلَا يُلْبَسُ ثَوْبٌ مَخِيطٌ مِنْهُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَلَا يُلْتَحَفُ بِهِ وَلَا يُفْتَرَشُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ وَلَا يُتَّكَأُ عَلَيْهِ وَلَا يُتَنَقَّبُ بِهِ، وَكَذَلِكَ مَا بُطِّنَ بِحَرِيرٍ أَوْ حُشِيَ بِهِ مِثْلَ الصُّوفِ أَوْ رُقِّمَ بِهِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَكُونَ الْحَرِيرُ فِيهِ كَثِيرًا.

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونَ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَمَّا مَا بُسِطَ مِنْ الْحَرِيرِ فَلَا بَأْسَ بِهِ قَدْ فَعَلَهُ النَّاسُ، وَأَمَّا مَا يُلْبَسُ فَمَنْهِيٌّ عَنْهُ وَاللِّحَافُ مِنْ اللِّبَاسِ وَالظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ الْمَنْعُ مِمَّا يُبْسَطُ.

وَقَدْ رَوَى حُذَيْفَةُ بْنُ الْيَمَانِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – «نَهَانَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ

مَا يُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ لُبْسُهُ مِنْ الثِّيَابِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ عَنْ أُمِّهِ أَنَّهَا قَالَتْ دَخَلَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَلَى

[المنتقى]

أَنْ نَلْبَسَ الْحَرِيرَ وَالدِّيبَاجَ وَأَنْ نَجْلِسَ عَلَيْهِ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ الْحَرِيرِ لِمَا رَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ «أُهْدِيَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ثَوْبَ حَرِيرٍ فَجَعَلْنَا نَلْمَسُهُ وَنَعْجَبُ مِنْهُ فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَتَعْجَبُونَ مِنْ هَذَا؟ قُلْنَا نَعَمْ قَالَ لَمَنَادِيلُ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ فِي الْجَنَّةِ خَيْرٌ مِنْ هَذَا» ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا مِنْ الِانْتِفَاعِ الْمُعْتَادِ، وَلِذَلِكَ جَازَ لُبْسُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَإِنْ لَمْ يَجُزْ لُبْسُهُمَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا سِتْرُ الْحَرِيرِ فَلَا بَأْسَ بِهِ أَنْ يُعَلَّقَ قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى «جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ لَمَّا تَزَوَّجْت قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اتَّخَذْت أَنْمَاطًا قُلْت: وَأَنَّى لَنَا أَنْمَاطٌ فَقَالَ أَمَا أَنَّهَا سَتَكُونُ قَالَ جَابِرٌ وَعِنْدَ امْرَأَتِي نَمَطٌ فَأَنَا أَقُولُ نَحِّهِ عَنِّي وَتَقُولُ قَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَتَكُونُ» فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ جَابِرٌ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْمَاطًا تُعَلَّقُ بِمَعْنَى السُّتُورِ، وَأَمَّا اللِّحَافُ يَرْتَدِي فِيهِ قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَلَمْ يَرَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَأْسًا أَنْ يُتَّخَذَ مِنْهُ رَايَةٌ فِي أَرْضِ الْعَدُوِّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِلِبَاسٍ مُعْتَادٍ.

(فَصْلٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَهَذَا فِي حَالِ السَّلْمِ فَأَمَّا لِبَاسُهُ فِي الْجِهَادِ وَالصَّلَاةِ بِهِ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونَ أَنَّهُ اُسْتُحِبَّ ذَلِكَ.

وَقَالَ لِمَا فِيهِ مِنْ الْإِرْهَابِ عَلَى الْعَدُوِّ وَالْمُبَاهَاةِ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ وَأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ وَغَيْرِهِمَا مِنْ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ لَيْسَ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَمَا قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ صَحِيحٌ، وَإِنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ الْمَنْعُ مِنْهُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ عُمُومُ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنَّمَا يَلْبَسُ هَذَا مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ» فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَأَمَّا لُبْسُهُ لِلْحَكَّةِ وَالْجَرَبِ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ «وَأَرْخَصَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَلِلزُّبَيْرِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – فِي الْحَرِيرِ لِحَكَّةٍ كَانَتْ بِهِمَا» ، وَهَذَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ مِنْ حَدِيثِ شُعْبَةَ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ «رَخَّصَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَالزُّبَيْرِ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ لِحَكَّةٍ بِهِمَا» وَرَوَاهُ هَمَّامٌ عَنْ قَتَادَةَ «أَنَّهُمَا شَكَوْا إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْقَمْلَ فَرَخَّصَ لَهُمَا فِي قُمُصِ الْحَرِيرِ فِي غُزَاةٍ لَهُمَا» ، وَرَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ أَبِي عَرُوبَةَ عَنْ قَتَادَةَ أَرْخَصَ لَهُمَا فِي قُمُصِ الْحَرِيرِ فِي السَّفَرِ مِنْ حَكَّةٍ كَانَتْ بِهِمَا أَوْ وَجَعٍ كَانَ بِهِمَا فَاخْتَلَفُوا فِي عِلَّةِ الْإِبَاحَةِ، وَزَادَ هَمَّامٌ مَا يَقْتَضِي أَنَّ الرُّخْصَةَ تَعَلَّقَتْ بِتِلْكَ الْغُزَاةِ، وَالَّذِي رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – فِي مُخْتَصَرِ أَبِي مُحَمَّدٍ لَا يُلْبَسُ الْحَرِيرُ فِي غَزْوٍ وَلَا غَيْرِهِ وَلَا عَلِمْت أَنَّ أَحَدًا يُقْتَدَى بِهِ فِي لُبْسِهِ فِي الْغَزْوِ وَيَحْتَمِلُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَلَغَهُ لَكِنَّهُ أَخَذَ بِحَدِيثِ حُذَيْفَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَلْبِسُوا الْحَرِيرَ وَالدِّيبَاجَ فَإِنَّهُ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا وَلَكُمْ فِي الْآخِرَةِ» ؛ لِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ لَمْ يَخْتَلِفْ رُوَاتُهُ فِيهِ، وَحَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ قَدْ اخْتَلَفَ الرُّوَاةُ فِيهِ عَنْ قَتَادَةَ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُؤْخَذَ بِهِ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إنَّ الْأَلِفَ وَاللَّامَ لِلْحَصْرِ لَا سِيَّمَا مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَخْصِيصِ كُلِّ طَائِفَةٍ بِمُدَّةٍ، وَذَلِكَ يَنْفِي مُشَارَكَتَهُمَا لِغَيْرِهِمَا فِي مُدَّتِهِمَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقُولَ بِالْحَدِيثَيْنِ فَيُحْمَلُ حَدِيثُ حُذَيْفَةَ عَلَى الْمَنْعِ مِنْهُ فِي مُدَّةِ الدُّنْيَا، وَيُحْمَلُ حَدِيثُ أَنَسٍ عَلَى الرُّخْصَةِ فِي تِلْكَ الْغَزْوَةِ خَاصَّةً، وَأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ عَنْ أَحَدٍ مِمَّنْ يُقْتَدَى بِهِ أَنَّهُ لَبِسَهُ لُبْسًا مُسْتَمِرًّا فِي غَزْوٍ وَغَيْرِهِ، وَلَعَلَّهُ قَدْ كَانَ لَبِسَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَالزُّبَيْرُ عَلَى سَبِيلِ التَّدَاوِي عَلَى قَوْلِ مَنْ رَأَى التَّدَاوِيَ بِالْمُحَرَّمِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَا لَبِسَاهُ فِي تِلْكَ الْغَزْوَةِ لِعَدَمِ غَيْرِهِ مِمَّا يُوَازِيهِ فَأَرْخَصَ لَهُمَا فِي لُبْسِهِ لِذَلِكَ، وَهَذَا مُبَاحٌ بِإِجْمَاعٍ، وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنْ دَعَتْ ضَرُورَةٌ إلَى لُبْسِ الْحَرِيرِ جَازَ.

(223/7)

عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَعَلَى حَفْصَةَ خِمَارٌ رَقِيقٌ فَشَقَّتْهُ عَائِشَةُ وَكَسَتْهَا خِمَارًا كَثِيفًا مَالِكٌ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «نِسَاءٌ كَاسِيَاتٌ عَارِيَّاتٌ مَائِلَاتٌ مُمِيلَاتٌ لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ وَلَا يَجِدْنَ رِيحَهَا وَرِيحُهَا يُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمِائَةِ عَامٍ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَامَ مِنْ اللَّيْلِ فَنَظَرَ فِي أُفُقِ السَّمَاءِ فَقَالَ

مَاذَا فُتِحَ اللَّيْلَةَ مِنْ الْخَزَائِنِ؟ وَمَاذَا وَقَعَ مِنْ الْفِتَنِ كَمْ مِنْ كَاسِيَةٍ فِي الدُّنْيَا عَارِيَةٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَيْقِظُوا صَوَاحِبَ الْحُجَرِ») .

[المنتقى]

[مَا يُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ لُبْسُهُ مِنْ الثِّيَابِ]

(ش) : قَوْلُهَا دَخَلَتْ حَفْصَةُ عَلَى عَائِشَةَ وَعَلَى حَفْصَةَ خِمَارٌ رَقِيقٌ يُحْتَمَلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ أَنْ يَكُونَ مَعَ رِقَّتِهِ مِنْ الْخِفَّةِ مَا يَصِفُ مَا تَحْتَهُ مِنْ الشَّعْرِ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ رَقِيقًا لَا يَسْتُرُ الْأَعْضَاءَ وَإِنْ كَانَ صَفِيقًا لِشِدَّةِ رِقَّتِهِ وَلُصُوقِهِ بِالْأَعْضَاءِ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ فِي الْخِمَارِ فَكَرِهَتْ لَهَا عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – ذَلِكَ، وَشَقَّتْهُ لِتَمْنَعَهَا الِاخْتِمَارَ بِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَأَعْطَتْهَا مَا تَخْتَمِرُ بِهِ خِمَارًا كَثِيفًا تَتَّخِذُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ مِثْلَهُ، وَتَرَيْهَا الْجِنْسَ الَّذِي شُرِعَ لَهَا الِاخْتِمَارُ بِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تُرِيدَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِذَلِكَ تَعْوِيضَهَا مِمَّا شَقَّتْهُ مِنْ خِمَارِهَا تَطْيِيبًا لِنَفْسِهَا وَرِفْقًا بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَمَا ذُكِرَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ قَالَ «نِسَاءٌ كَاسِيَاتٌ عَارِيَّاتٌ» الْحَدِيثَ، وَقَدْ أَسْنَدَهُ جَرِيرُ بْنُ حَازِمٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ تَفْسِيرُ قَوْلِهِ «كَاسِيَاتٌ عَارِيَّاتٌ» قَالَ يَلْبَسْنَ ثِيَابًا رِقَاقًا فَهُنَّ كَالْكَاسِيَاتِ بِلُبْسِهِنَّ تِلْكَ الثِّيَابَ، وَهُنَّ عَارِيَّاتٌ لِأَنَّ تِلْكَ الثِّيَابَ لَا تُوَارِي مِنْهُنَّ مَا يَنْبَغِي لَهُنَّ أَنْ يَسْتُرْنَهُ مِنْ أَجْسَادِهِنَّ، وَرَوَى يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ مِثْلَهُ.

وَقَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَارِيَّاتٌ تَلْبَسْنَ الرَّقِيقَ، وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْخِفَّةُ فَيَشِفُّ عَمَّا تَحْتَهُ، فَيُدْرِكُ الْبَصَرُ مَا تَحْتَهُ مِنْ الْمَحَاسِنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الثَّوْبَ الرَّقِيقَ الصَّفِيقَ الَّذِي لَا يَسْتُرُ الْأَعْضَاءَ بَلْ يَبْدُو حَجْمُهَا.

(فَرْعٌ) قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – نَهَى النِّسَاءَ أَنْ يَلْبَسْنَ الْقَبَاطِيَّ قَالَ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَشِفُّ فَإِنَّهَا تَصِفُ قَالَ مَالِكٌ مَعْنَى تَصِفُ أَيْ تَلْصَقُ بِالْجِلْدِ، وَسَأَلَ مَالِكٌ عَنْ الْوَصَائِفِ يَلْبَسْنَ الْأَقْبِيَةَ فَقَالَ مَا يُعْجِبُنِي ذَلِكَ، وَإِذَا شَدَّتْهَا عَلَيْهَا ظَهَرَ عَجُزُهَا، وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لِضِيقِهِ يَصِفُ أَعْضَاءَهَا عَجُزَهَا وَغَيْرَهَا مِمَّا شُرِعَ سِتْرُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَرْعٌ) وَهَذَا فِي النِّسَاءِ وَأَمَّا الرِّجَالُ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ السَّاتِرُ كُلُّهُ يَصِيرُ إلَى الْإِزَارِ فَإِنْ كَانَ الْإِزَارُ رَقِيقًا وَالْقَمِيصُ رَقِيقًا فَلَا خَيْرَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَثِيفًا فَلَا بَأْسَ بِهِ مَا لَمْ يَكُنْ سَرَفًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «مَائِلَاتٌ مُمِيلَاتٌ» قَالَ فِي الْمُزَنِيَّةِ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مَعْنَاهُ مَائِلَاتٌ عَنْ الْحَقِّ مُمِيلَاتٌ عَنْهُ.

وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ زَادَ فِي الْعُتْبِيَّةِ ابْنُ الْقَاسِمِ لِمَنْ أَطَاعَهُنَّ مِنْ الْأَزْوَاجِ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مَعْنَاهُ يَتَمَايَلْنَ فِي مَشْيِهِنَّ وَيَتَبَخْتَرْنَ حَتَّى يَفْتِنَّ مَنْ يَمُرَّنَّ بِهِ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ نَافِعٍ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ التَّمَايُلَ فِي الْمَشْيِ إنَّمَا يُقَالُ فِيهِ مُتَمَايِلَاتٌ، وَقَوْلُهُ «لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ بِأَعْمَالِهِنَّ وَتَرْكِهِنَّ مَا نُهِينَ عَنْهُ، وَإِنْ دَخَلْنَهَا بِفَضْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَعَفْوِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ ابْتِدَاءَ وَقْتِ دُخُولِ مَنْ نَجَا مِنْ النَّارِ وَإِنْ دَخَلْنَ الْجَنَّةَ بِمَا وَافَيْنَ مِنْ الْإِيمَانِ بَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْ النَّارِ إنْ عَاقَبَهُنَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِمَا اكْتَسَبْنَ مِنْ ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «وَلَا يَجِدْنَ رِيحَهَا» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُنَّ يُمْنَعْنَ الرَّاحَةَ بِوُجُودِ رِيحِ الْجَنَّةِ لِأَنَّ ذَلِكَ فِيهِ رَاحَةٌ وَتَنَعُّمٌ وَهُنَّ مَمْنُوعَاتٌ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ رِيحُ الْجَنَّةِ يُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمِائَةِ سَنَةٍ يَقْتَضِي أَنَّ رِيحَ الْجَنَّةِ يُنْتَفَعُ بِهِ قَبْلَ دُخُولِ الْجَنَّةِ مَنْ تَفَضَّلَ اللَّهُ جَلَّ ذِكْرُهُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَأَنَّهُ يَبْعُدُ عَنْهُ مَنْ حَرَمَهُ مِنْ أَهْلِ

(224/7)

مَا جَاءَ فِي إسْبَالِ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «الَّذِي يَجُرُّ ثَوْبَهُ خُيَلَاءَ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ إلَى مَنْ يَجُرُّ إزَارَهُ بَطَرًا» مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ وَزَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ كُلُّهُمْ يُخْبِرُهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إلَى مَنْ يَجُرُّ ثَوْبَهُ خُيَلَاءَ»)

[المنتقى]

الْكُفْرِ وَالْمَعَاصِي إمَّا بِبُعْدِ الْمَسَافَةِ فَلَا يَصِلُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي يُوجَدُ مِنْهُ رِيحُهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ يُمْنَعُ إدْرَاكُهُ فَلَا يَجِدُهُ بِأَنْ كَانَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَنَالُ فِيهِ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ السَّعَادَةِ، وَالْأَوَّلُ

أَظْهَرُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَامَ مِنْ اللَّيْلِ يُحْتَمَلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ فِي حِينِ قِيَامِهِ لِلتَّهَجُّدِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ قَامَ بِمَعْنَى رَآهُ أَوْ أَوْحَى إلَيْهِ فَنَظَرَ فِي أُفُقِ السَّمَاءِ اعْتِبَارًا إنَّمَا يَرَاهُ لَعَلَّهُ امْتَثَلَ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لآيَاتٍ لأُولِي الأَلْبَابِ} [آل عمران: 190] وقَوْله تَعَالَى {أَفَلا يَنْظُرُونَ إِلَى الإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ} [الغاشية: 17] {وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رُفِعَتْ} [الغاشية: 18] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَاذَا فُتِحَ اللَّيْلَةَ مِنْ الْخَزَائِنِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ فُتِحَ مِنْ خَزَائِنِهَا مِنْ تِلْكَ اللَّيْلَةِ مَا قَدَّرَ اللَّهُ أَنْ لَا يَنْزِلَ إلَى الْأَرْضِ شَيْئًا مِنْهَا إلَّا بَعْدَ فَتْحِ تِلْكَ الْخَزَائِنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ فُتِحَ مِنْ خَزَائِنِ زَهْرَةِ الدُّنْيَا مَا هُوَ سَبَبٌ لِلْفِتَنِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ فُتِحَ مِنْ خَزَائِنِ الْفِتَنِ فَوَقَعَ بَعْضُ مَا كَانَ فِيهَا بِمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ وُجِدَ أَوْ وَصَلَ إلَى مَوْضِعٍ لَمْ يَصِلْ إلَيْهِ قَبْلَ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَالْفِتَنُ فِي هَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا يُفْتَتَنُ بِهِ مِنْ هَذِهِ الدُّنْيَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الْفِتَنَ الَّتِي حَدَثَتْ مِنْ سَفْكِ الدِّمَاءِ وَانْتِهَاكِ الْحُرَمِ وَالْأَمْوَالِ وَإِفْسَادِ أَحْوَالِ الْمُسْلِمِينَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «رُبَّ كَاسِيَةٍ فِي الدُّنْيَا عَارِيَةٍ فِي الْآخِرَةِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ كَمْ مَنْ كَانَتْ فِي الدُّنْيَا مُكْسَيَةً ذَاتَ حَالٍ صَالِحَةٍ وَدُنْيَا وَاسِعَةٍ، وَهِيَ فِي الْآخِرَةِ عَارِيَّةٌ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ إذَا كُسِيَ غَيْرُهَا مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهَا كَاسِيَةٌ فِي الدُّنْيَا بِلِبَاسٍ مَا قَدْ نُهِيَتْ عَنْهُ فَهِيَ تَعْرَى مِنْ أَجْلِهِ فِي الْآخِرَةِ إذَا كُسِيَ غَيْرُهَا مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَيْقِظُوا صَوَاحِبَ الْحُجَرِ» قَالَ فِي الْمُزَنِيَّةِ عَنْ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ أَمَرَ بِإِيقَاظِ نِسَائِهِ لِلصَّلَاةِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَعْنَاهُ أَيْقِظُوا نِسَائِي يَسْمَعْنَ يُرِيدُ مَا ظَهَرَ إلَيْهِ مِنْ وُقُوعِ الْفِتَنِ وَيُحَذِّرُهُنَّ مِنْ ذَلِكَ فَيَفْزَعْنَ إلَى الصَّلَاةِ وَالدُّعَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَعْمَالِ الْبِرِّ مِمَّا يُرْجَى أَنَّهُ يَدْفَعُ اللَّهُ بِهِ عَنْهُنَّ الْفِتَنَ، وَهَذِهِ سُنَّةٌ فِي أَنْ يَفْزَعَ الْإِنْسَانُ إلَى الصَّلَاةِ وَالدُّعَاءِ عِنْدَمَا يَطْرَأُ مِنْ الْآيَاتِ وَالْأُمُورِ الْمُخَوِّفَةِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَمَا نُرْسِلُ بِالآيَاتِ إِلا تَخْوِيفًا} [الإسراء: 59] وَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الْكُسُوفِ «فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فَافْزَعُوا إلَى الصَّلَاةِ» .

[مَا جَاءَ فِي إسْبَالِ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ]
(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الَّذِي يَجُرُّ ثَوْبَهُ خُيَلَاءَ» يُرِيدُ كِبْرًا.
وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الْخُيَلَاءُ الَّذِي يَتَبَخْتَرُ فِي مَشْيِهِ، وَيَخْتَالُ فِيهِ وَيُطِيلُ ثِيَابَهُ بَطَرًا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إلَى أَنْ يُطِيلَهَا وَلَوْ اقْتَصَدَ فِي ثِيَابِهِ وَمَشْيِهِ لَكَانَ أَفْضَلَ لَهُ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَاللَّهُ لا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ} [الحديد: 23] .
وَقَدْ رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ أَرْخَصَ فِي الْخُيَلَاءِ فِي الْحَرْبِ، وَقَالَ إنَّهَا لَمِشْيَةٌ يُبْغِضُهَا اللَّهُ إلَّا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ» وَمَعْنَى ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لِمَا فِيهِ مِنْ التَّعَاظُمِ عَلَى

(225/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ «سَأَلْت أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ عَنْ الْإِزَارِ فَقَالَ أَنَا أُخْبِرُك بِعِلْمٍ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ إزَارَةُ الْمُؤْمِنِ إلَى إنْصَافِ سَاقَيْهِ لَا جُنَاحَ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَعْبَيْنِ مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إلَى مَنْ جَرَّ إزَارَهُ بَطَرًا») .

مَا جَاءَ فِي إسْبَالِ الْمَرْأَةِ ثَوْبَهَا (ص) : (مَالِكٌ «عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ نَافِعٍ مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا قَالَتْ حِينَ ذَكَرَ الْإِزَارَ فَالْمَرْأَةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ تُرْخِيهِ شِبْرًا قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ إذًا يَنْكَشِفُ عَنْهَا قَالَ فَذِرَاعًا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ») .

[المنتقى]
أَهْلِ الْكُفْرِ وَالِاسْتِحْقَارِ لَهُمْ وَالتَّصْغِيرِ لِشَأْنِهِمْ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الَّذِي يَجُرُّ ثَوْبَهُ خُيَلَاءَ» يَقْتَضِي تَعَلُّقَ هَذَا الْحُكْمِ بِمَنْ جَرَّهُ خُيَلَاءَ أَمَّا مَنْ جَرَّهُ لِطُولِ ثَوْبٍ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ أَوْ عُذْرٍ مِنْ الْأَعْذَارِ فَإِنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْوَعِيدُ.
وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَمَّا سَمِعَ هَذَا الْحَدِيثَ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ أَحَدَ شِقَّيْ إزَارِي يَسْتَرْخِي إلَّا أَنْ أَتَعَاهَدَ ذَلِكَ مِنْهُ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَسْت مِمَّنْ يَصْنَعُهُ

خُيَلَاءَ» وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرَةَ «خَسَفَتْ الشَّمْسُ وَنَحْنُ عِنْدَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَامَ يَجُرُّ ثَوْبَهُ مُسْتَعْجِلًا حَتَّى أَتَى الْمَسْجِدَ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ إلَيْهِ» مَعْنَى ذَلِكَ لَا يَرْحَمُهُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلا أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ} [آل عمران: 77] .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ «سَأَلْت أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ عَنْ الْإِزَارِ فَقَالَ أَنَا أُخْبِرُك بِعِلْمٍ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ إزَارَةُ الْمُؤْمِنِ إلَى إنْصَافِ سَاقَيْهِ لَا جُنَاحَ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَعْبَيْنِ مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إلَى مَنْ جَرَّ إزَارَهُ بَطَرًا») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إزَارَةُ الْمُؤْمِنِ إلَى إنْصَافِ سَاقَيْهِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ هَذِهِ صِفَةُ لِبَاسِهِ الْإِزَارَ؛ لِأَنَّهُ يَلْبَسُ لُبْسَ الْمُتَوَاضِعِ الْمُقْتَصِدِ الْمُقْتَصِرِ عَلَى بَعْضِ الْمُبَاحِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ هَذَا الْقَدْرَ الْمَشْرُوعَ لَهُ وَيُبَيِّنُ هَذَا التَّأْوِيلَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا جُنَاحَ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَعْبَيْنِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ هَذَا لَوْ لَمْ يَقْتَصِرْ عَلَى الْمُسْتَحَبِّ مُبَاحٌ لَا إثْمَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَرَكَ الْأَفْضَلَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ» يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لِبَاسٌ يُوَصِّلُ إلَى النَّارِ وَرَوَى أَصْبَغُ أَنَّ نَافِعًا مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ» أَذَلِكَ مِنْ الْإِزَارِ فَقَالَ بَلْ مِنْ الرِّجْلَيْنِ قَالَ أَصْبَغُ قَالَ بَعْضُهُمْ مَا ذَنْبٌ لِإِزَارٍ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ مَا غَطَّى تَحْتَ الْكَعْبَيْنِ مِنْ سَاقَيْهِ بِالْإِزَارِ يُخْشَى عَلَيْهِ أَنْ تُصِيبَهُ النَّارُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْخُيَلَاءِ وَقَالَ يَحْيَى وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَأَصْبَغُ مِثْلَهُ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ لِهَذَا اللِّبَاسِ ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ إلَى نِصْفِ السَّاقِ وَالْمُبَاحُ أَنْ يَكُونَ إلَى الْكَعْبَيْنِ وَالْمَحْظُورُ مَا زَادَ عَلَى الْكَعْبَيْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْجُمْلَةِ أَنَّهُ يُكْرَهُ قِصَرُ الثَّوْبِ عَلَى الْمُعْتَادِ مِنْ الطُّولِ وَالسَّعَةِ مِمَّا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ قَالَ مَالِكٌ: أَكْرَهُ لِلرَّجُلِ سَعَةَ الثَّوْبِ فِي نَفْسِهِ وَأَكْرَهُ طُولَهُ عَلَيْهِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الزَّائِدَ عَلَى الطُّولِ الْمُبَاحِ وَالزَّائِدَ عَلَى السَّعَةِ الَّتِي يَحْتَاجُ إلَيْهَا الثَّوْبُ لِبَقَاءِ الثَّوْبِ وَحِفْظِهِ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ يُسْرِعُ تَخَرُّقُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي إسْبَالِ الْمَرْأَةِ ثَوْبَهَا]

(ش) : قَوْلُ أُمِّ سَلَمَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – حِينَ ذَكَرَ الْإِزَارَ يَعْنِي مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ وَالْمَرْأَةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ تَحْتَاجُ إلَى أَنْ تُرْخِيَ إزَارَهَا أَسْفَلَ مِنْ الْكَعْبَيْنِ لِتَسْتُرَ بِذَلِكَ قَدَمَيْهَا وَأَسْفَلَ سَاقَيْهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَوْرَةٌ مِنْهَا فَقَالَ تُرْخِيهِ شِبْرًا يُرِيدُ تُرْخِيهِ عَلَى الْأَرْضِ شِبْرًا لِيَسْتُرَ قَدَمَيْهَا وَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنْ سَاقَيْهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ نِسَاءَ الْعَرَبِ لَمْ يَكُنْ مِنْ

(226/7)

مَا جَاءَ فِي الِانْتِعَالِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَمْشِيَنَّ أَحَدُكُمْ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ لِيُنْعِلْهُمَا جَمِيعًا، أَوْ لِيُحْفِهِمَا جَمِيعًا») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إِذَا انْتَعَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِالْيَمِينِ وَإِذَا نَزَعَ فَلْيَبْدَأْ بِالشِّمَالِ وَلْتَكُنْ الْيُمْنَى أَوَّلَهُمَا تُنْعَلُ وَآخِرَهُمَا تُنْزَعُ») .

[المنتقى]

زِيِّهِنَّ خُفٌّ وَلَا جَوْرَبٌ كُنَّ يَلْبَسْنَ النِّعَالَ أَوْ يَمْشِينَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَقْتَصِرْنَ مِنْ سَتْرِ أَرْجُلِهِنَّ عَلَى إرْخَاءِ الذَّيْلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – فِي إرْخَاءِ الذَّيْلِ شِبْرًا إذَا يَنْكَشِفُ عَنْهَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَكْفِيهَا فِيمَا تَسْتَتِرُ بِهِ؛ لِأَنَّ تَحْرِيكَ رِجْلَيْهَا لَهُ فِي سُرْعَةِ مَشْيِهَا وَقِصَرِ الذَّيْلِ يَكْشِفُهُ عَنْهَا فَلَمَّا تَبَيَّنَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «فَذِرَاعًا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ» ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا أَبَاحَ مِنْهُ مَا أَبَاحَ لِلضَّرُورَةِ إلَيْهِ، وَهَذَا لَفْظُ افْعَلْ وَأَرَادَ بَعْدَ الْحَظْرِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ؛ لِأَنَّهُ نَهَى عَنْ إرْخَاءِ الذَّيْلِ ثُمَّ أَمَرَ الْمَرْأَةَ بِإِسْبَالِ مَا يَسْتُرُهَا مِنْهُ، وَذَلِكَ عَلَى الْوُجُوبِ وَلَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتْرُكَ مَا تَسْتَتِرُ بِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الِانْتِعَالِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يَمْشِيَنَّ أَحَدُكُمْ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ نَصٌّ فِي الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَعَلَيْهِ جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْمُثْلَةِ وَالْمُفَارَقَةِ لِلْوَقَارِ وَمُشَابَهَةِ زِيِّ الشَّيْطَانِ كَالْأَكْلِ بِالشِّمَالِ وَهَذَا مَعَ الِاخْتِيَارِ فَأَمَّا مَعَ الضَّرُورَةِ فَذَلِكَ مُبَاحٌ وَمَنْ انْقَطَعَ شِسْعُ إحْدَى نَعْلَيْهِ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يَمْشِ فِي النَّعْلِ الْوَاحِدَةِ حَتَّى يُصْلِحَهَا لِيُحْفِهِمَا جَمِيعًا، أَوْ لِيَقِفْ وَبَيَّنَ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِيُنْعِلْهُمَا جَمِيعًا، أَوْ لِيُحْفِهِمَا جَمِيعًا وَلَمْ يَثْبُتْ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا نَعْلَمُهُ أَنَّهُ مَشَى فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ حَتَّى أَصْلَحَ الْأُخْرَى وَلَا يَثْبُتُ عَنْ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – أَنَّهَا كَانَتْ تَمْشِي فِي خُفٍّ وَاحِدَةٍ وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْهَا لَحُمِلَ عَلَى ضَرُورَةٍ دَعَتْهَا إلَى ذَلِكَ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَمْشِيَ فِي النَّعْلِ الْوَاحِدَةِ الْمَشْيَ الْخَفِيفَ إذَا كَانَ هُنَاكَ عُذْرٌ وَهُوَ أَنْ يَمْشِيَ فِي إحْدَاهُمَا مُتَشَاغِلًا بِالْإِصْلَاحِ لِلْأُخْرَى وَإِنْ كَانَ الِاخْتِيَارُ أَنْ يَقِفَ إلَى الْفَرَاغِ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْسَبُ حِينَئِذٍ إلَى شَيْءٍ مِمَّا يُنْكَرُ وَإِنَّمَا يَتَنَاوَلُ لَهُ الْعَجَلَةَ وَالْإِسْرَاعَ إلَى مَا يُؤْمَنُ فَوْتُهُ فَيَكُونُ عُذْرًا لَهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ لِأَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ الْحَدِيثُ إنَّمَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ الْمَشْيِ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَقِفَ حَتَّى يُصْلِحَ الْأُخْرَى وَقَالَ أَصْبَغُ ذَلِكَ إذَا لَمْ يُطِلْ فَإِنْ طَالَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمَشْيِ عِنْدِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا انْتَعَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِالْيَمِينِ وَإِذَا انْتَزَعَ فَلْيَبْدَأْ بِالشِّمَالِ مَعْنَاهُ أَنَّ التَّيَامُنَ مَشْرُوعٌ فِي ابْتِدَاءِ الْأَعْمَالِ وَاللِّبَاسِ وَأَنَّ التَّيَاسُرَ مَشْرُوعٌ فِي خَلْعِ الْمَلْبُوسِ وَتَرْكِ الْعَمَلِ وَكَانَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُحِبُّ التَّيَامُنَ مَا اسْتَطَاعَ فِي طَهُورِهِ وَتَنَعُّلِهِ وَتَرَجُّلِهِ وَشَأْنِهِ كُلِّهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: وَلْتَكُنْ الْيُمْنَى أَوَّلَهُمَا تُنْعَلُ وَآخِرَهُمَا تُنْزَعُ عَلَى مَعْنَى إيثَارِ الْيُمْنَى بِاللُّبْسِ فَتَكُونُ أَوَّلَهُمَا تُنْعَلُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ أَنَّ رَجُلًا نَزَعَ نَعْلَيْهِ فَقَالَ: لِمَ خَلَعْت نَعْلَيْك لَعَلَّك تَأَوَّلْت هَذِهِ الْآيَةَ {فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى} [طه: 12] قَالَ: ثُمَّ قَالَ كَعْبٌ لِلرَّجُلِ: أَتَدْرِي مَا كَانَتْ نَعْلَا مُوسَى قَالَ مَالِكٌ لَا أَدْرِي مَا أَجَابَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ كَعْبٌ كَانَتَا مِنْ جِلْدِ حِمَارٍ مَيِّتٍ) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَجُلًا نَزَعَ نَعْلَيْهِ فَقَالَ لَهُ كَعْبُ الْأَحْبَارِ: لِمَ خَلَعْت نَعْلَيْك عَلَى مَعْنَى الْإِنْكَارِ لِفِعْلِهِ، أَوْ

تَوَقُّعِ أَنْ يَفْعَلَهُ عَلَى وَجْهٍ مَمْنُوعٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ إنَّمَا أَنْكَرَ عَلَيْهِ خَلْعَ نَعْلَيْهِ لِصَلَاةٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَهَا مِنْ دُخُولِ مَسْجِدٍ، أَوْ دُخُولِ حَرَمٍ.

(227/7)

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ لِبْسَتَيْنِ وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ عَنْ الْمُلَامَسَةِ وَعَنْ الْمُنَابَذَةِ وَعَنْ أَنْ يَحْتَبِيَ الرَّجُلُ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ لَيْسَ عَلَى فَرْجِهِ مِنْهُ شَيْءٌ وَعَنْ أَنْ يَشْتَمِلَ الرَّجُلُ بِالثَّوْبِ الْوَاحِدِ عَلَى أَحَدِ شِقَّيْهِ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَأَى حُلَّةً سِيَرَاءَ تُبَاعُ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَوْ اشْتَرَيْت هَذِهِ الْحُلَّةَ فَلَبِسْتهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَلِلْوَفْدِ إذَا قَدِمُوا عَلَيْك فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنَّمَا يَلْبَسُ هَذِهِ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ، ثُمَّ جَاءَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْهَا حُلَلٌ فَأَعْطَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مِنْهَا حُلَّةً فَقَالَ عُمَرُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَكَسَوْتَنِيهَا وَقَدْ قُلْتَ فِي حُلَّةِ عُطَارِدٍ مَا قُلْت فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ

[المنتقى]

وَلِذَلِكَ قَالَ لَهُ لَعَلَّك تَأَوَّلْت هَذِهِ الْآيَةَ {فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى} [طه: 12] وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِ خَلْعَ نَعْلَيْهِ حَالَ الْجُلُوسِ إيثَارًا لِلُبْسِهِمَا عَلَى كُلِّ الْأَحْوَالِ إلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَانِعٌ فَأَمَّا دُخُولُ الْحَرَمِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ بِالنَّعْلَيْنِ فَمُبَاحٌ؛ لِأَنَّهُ لَا وِطَاءَ عَلَيْهِمَا وَإِنَّمَا فِيهِمَا تُرَابٌ، أَوْ حَصْبَاءُ وَكَذَلِكَ مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ وَسُئِلَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَنْ الطَّوَافِ فِي النَّعْلَيْنِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى} [طه: 12] يَقُولُ طَأْ الْأَرْضَ بِقَدَمَيْك حَافِيًا قَالَهُ مُجَاهِدٌ فَذَهَبَ كَعْبُ الْأَحْبَارِ إلَى أَنَّهُ أُمِرَ بِخَلْعِ نَعْلَيْهِ لَمَّا كَانَتَا مِنْ جِلْدِ حِمَارٍ مَيِّتٍ فَأُمِرَ أَنْ لَا يَطَأَ الْأَرْضَ الْمُقَدَّسَةَ بِهِمَا لِنَجَاسَتِهِمَا وَبِذَلِكَ قَالَ قَتَادَةُ وَعِكْرِمَةُ قَالَ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ وَمُجَاهِدٌ لَمْ تَكُونَا مِنْ جِلْدِ حِمَارٍ مَيِّتٍ وَإِنَّمَا أَرَادَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مِنْهُ أَنْ يُبَاشِرَ بِقَدَمَيْهِ بَرَكَةَ الْأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ وَهِيَ الطَّاهِرَةُ وَقِيلَ الْمُبَارَكَةُ وَقَالَ الْحَسَنُ كَانَتَا مِنْ جُلُودِ الْبَقَرِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ أَيْضًا أُمِرَ مُوسَى – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَخْلَعَ نَعْلَيْهِ؛ لِأَنَّهُمَا كَانَتَا مِنْ جِلْدِ حِمَارٍ مَيِّتٍ وَلِيُبَاشِرَ الْقُدْسَ بِقَدَمَيْهِ فَجَمَعَ بَيْنَ الْمَعْنَيَيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ]

(ش) : نَهْيُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ لِبْسَتَيْنِ وَأَنْ يَحْتَبِيَ الرَّجُلُ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ لَيْسَ عَلَى فَرْجِهِ مِنْهُ شَيْءٌ الِاحْتِبَاءُ هُوَ أَنْ يُحْرِمَ بِالثَّوْبِ عَلَى حَقْوَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ وَفَرْجُهُ بَادٍ وَهُوَ مِنْ عَادَةِ الْعَرَبِ تَرْتَفِقُ فِي جُلُوسِهَا وَالِاحْتِبَاءُ بِالرِّدَاءِ لِمَنْ كَانَ عَلَيْهِ إزَارٌ وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ لِمَنْ احْتَبَى بِثَوْبٍ وَلَمْ يَكُنْ عَلَى فَرْجِهِ شَيْءٌ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ إبْدَاءِ عَوْرَتِهِ وَهُوَ مَأْمُورٌ بِسَتْرِهَا وَأَمَّا الِاشْتِمَالُ فَاشْتِمَالُ الصَّمَّاءِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ هُوَ أَنْ يَشْتَمِلَ الرَّجُلُ بِالثَّوْبِ عَلَى مَنْكِبَيْهِ وَيُخْرِجَ يَدَهُ الْيُسْرَى مِنْ تَحْتِهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِئْزَرٌ وَاشْتِمَالُ الصَّمَّاءِ عِنْدَ الْعَرَبِ مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا فَأَمَّا إخْرَاجُ الْيَدِ مِنْ الثَّوْبِ فَهُوَ الَّذِي يَتَّقِي مِنْهُ فِيهِ مِنْ اشْتِمَالِ الصَّمَّاءِ لِمَا فِيهِ مِنْ كَشْفِ الْعَوْرَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ اللَّفْظَ فَقَدْ سَمَّاهُ فِي الْحَدِيثِ اشْتِمَالًا.

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ اشْتِمَالُ الصَّمَّاءِ أَنْ يَشْتَمِلَ الرَّجُلُ بِثَوْبٍ فَيُجَلِّلَ بِهِ جَسَدَهُ كُلَّهُ وَلَا يَرْفَعَ مِنْهُ جَانِبًا يُخْرِجُ مِنْهُ يَدَهُ قَالَ: وَرُبَّمَا اضْطَجَعَ فِيهِ عَلَى هَذِهِ الْحَالِ كَأَنَّهُ يَذْهَبُ إلَى أَنَّهُ لَا يَدْرِي هَلْ يُصِيبُهُ شَيْءٌ يُرِيدُ الِاحْتِرَاسَ مِنْهُ وَالِاتِّقَاءَ بِيَدَيْهِ فَلَا يَقْدِرُ؛ لِأَنَّهُمَا تَحْتَ ثَوْبِهِ فَهَذَا كَلَامُ الْعَرَبِ وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّ هَذَا التَّأْوِيلَ يَقْتَضِي أَنَّ الْمَنْعَ لَا يَخْتَصُّ بِحَالِ الصَّلَاةِ بَلْ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ الْأَحْوَالِ وَالِاضْطِبَاعُ أَنْ يُدْخِلَ الثَّوْبَ تَحْتَ يَدِهِ الْيُمْنَى فَيُلْقِيَهُ عَلَى مَنْكِبِهِ الْأَيْسَرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَهُوَ مِنْ نَاحِيَةِ الصَّمَّاءِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إذَا أَخْرَجَ يَدَهُ الْيُسْرَى بَدَتْ عَوْرَتُهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ وَهَذَا لِمَنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ مِئْزَرٌ فَأَمَّا مَنْ كَانَ عَلَيْهِ مِئْزَرٌ فَأَجَازَهُ مَالِكٌ، ثُمَّ كَرِهَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ تَرْكُهُ أَحَبُّ إلَيَّ وَلَيْسَ بِضَيِّقٍ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

(228/7)

– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ أَكْسُكَهَا لِتَلْبَسَهَا فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخًا لَهُ مُشْرِكًا بِمَكَّةَ») .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَأَى حُلَّةً سِيَرَاءَ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ الْحُلَّةُ ثَوْبَانِ

رِدَاءٌ وَإِزَارٌ وَالسِّيَرَاءُ قَالَ أَبُو عَلِيٍّ هُوَ ثَوْبٌ مُسَيَّرٌ فِيهِ خُطُوطٌ تُعْمَلُ مِنْ الْقَزِّ.
وَقَالَ الْخَلِيلُ السِّيَرَاءُ الضِّلْعُ بِالْحَرِيرِ وَمَعْنَى ذَلِكَ كَثْرَةُ الْحَرِيرِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ إذَا كَانَ جَمِيعُ سَدَاهُ حَرِيرًا وَبَعْضُ لُحْمَتِهِ حَرِيرًا كَانَ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِ ثُلُثِهِ فَهَذَا الَّذِي يَقْتَضِي تَحْرِيمَهُ عَلَى أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ السِّيَرَاءَ مَعْنًى يَعُودُ عَلَى اخْتِلَافِ أَلْوَانِهِ وَهَيْئَتِهَا وَأَنَّ الْحُلَّةَ كَانَتْ مِنْ حَرِيرٍ وَلِذَلِكَ رَوَى سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ حُلَّةَ إسْتَبْرَقٍ وَهُوَ غَلِيظُ الْحَرِيرِ وَرَوَى نَافِعٌ حُلَّةَ حَرِيرٍ وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: هُوَ وَشْيٌ مِنْ حَرِيرٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ تَحْرِيمِ الْحَرِيرِ عَلَى الرِّجَالِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَلَبِسْتهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ يَقْتَضِي أَنَّ يَوْمَ الْجُمُعَةِ شُرِعَ فِيهِ التَّجَمُّلُ وَقَوْلُهُ وَلِلْوَفْدِ إذَا قَدِمُوا عَلَيْك يَقْتَضِي أَيْضًا أَنَّهُ قَدْ شُرِعَ التَّجَمُّلُ لِلْوَارِدِينَ وَالْوَافِدِينَ فِي الْمَحَافِلِ الَّتِي تَكُونُ لِغَيْرِ آيَةٍ مَخُوفَةٍ كَالزَّلَازِلِ وَالْكُسُوفِ وَعِنْدَ الْحَاجَةِ إلَى التَّضَرُّعِ وَالرَّغْبَةِ كَالِاسْتِسْقَاءِ وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَقَرَّهُ عَلَى مَا دَعَا إلَيْهِ مِنْ التَّجَمُّلِ فِي هَذَيْنِ الْمَوْطِنَيْنِ وَإِنَّمَا أَنْكَرَ عَلَيْهِ لُبْسَ هَذَا النَّوْعِ فَثَبَتَ أَنَّ التَّجَمُّلَ إنَّمَا شُرِعَ بِالْجَمِيلِ مِنْ الْمُبَاحِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا يَلْبَسُ هَذِهِ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ وَاضِحٌ فِي تَحْرِيمِهِ وَالْوَعِيدُ الشَّدِيدُ عَلَى لِبَاسِهِ وَقَوْلُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَمَّا أَرْسَلَ إلَيْهِ حُلَّةً مِنْهَا كَسَوْتنِيهَا وَقَدْ قُلْت فِي حُلَّةِ عُطَارِدٍ مَا قُلْت إشْفَاقًا أَنْ يَكُونَ لَحِقَهُ الْوَعِيدُ بِاللُّبْسِ وَالْوَصْفُ بِأَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ وَمِثْلُ عُمَرَ عَلَى فَضْلِهِ وَدِينِهِ يُشْفِقُ وَلَعَلَّهُ رَجَا أَنْ يَكُونَ التَّحْرِيمُ قَدْ نُسِخَ وَهَذَا اللَّفْظُ يَقْتَضِي أَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ أَهْدَى إلَيْهِ بِهَا لِيَلْبَسَهَا فَأَخْبَرَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ لَمْ يَكْسُهُ إيَّاهَا لِيَلْبَسَهَا وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مَعْنَى كَسَاهُ إذَا أَعْطَاهُ كِسْوَةً وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَلْبَسُهَا وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ ثِيَابُ الْحَرِيرِ مِمَّا يَجُوزُ لِلنِّسَاءِ لُبْسُهَا جَازَ اتِّخَاذُهَا لِلُبْسِ النِّسَاءِ وَجَازَ بَيْعُهَا وَشِرَاؤُهَا وَالتِّجَارَةُ فِيهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخًا لَهُ مُشْرِكًا بِمَكَّةَ قِيلَ إنَّهُ كَانَ أَخَاهُ لِأُمِّهِ، وَإِنَّهُ كَانَ مُشْرِكًا وَقَدْ أَبَاحَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِأَسْمَاءِ أَنْ تَصِلَ أُمَّهَا وَقَدْ قَدِمَتْ عَلَيْهَا مُشْرِكَةً رَاغِبَةً فَقَالَ لَهَا صِلِي أُمَّك قَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ} [الممتحنة: 8] الْآيَةَ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ رَأَيْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ وَقَدْ رَقَّعَ بَيْنَ كَتِفَيْهِ بِرِقَاعٍ ثَلَاثٍ لُبِّدَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ) .

(ش) : قَوْلُهُ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ يُرِيدُ الْحَالَةَ الَّتِي تَحْسُنُ فِيهَا مَلَابِسُ النَّاسِ وَيَخْرُجُ عَنْ الْعَادَةِ فِي

جَمَالِ الْمَلْبَسِ فَرَأَى فِي تِلْكَ الْحَالِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – ثَوْبًا يُرَقِّعُهُ فِي أَظْهَرِ مَوَاضِعِهِ وَهُوَ بَيْنَ كَتِفَيْهِ بِرِقَاعٍ كَثِيرَةٍ قَدْ لُبِّدَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ رَقَّعَ الثَّوْبَ، ثُمَّ تَخَرَّقَ ذَلِكَ التَّرَقُّعُ فَأَعَادَ عَلَيْهِ آخَرَ وَهُوَ مَعْنَى تَلْبِيدِ الرِّقَاعِ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَفْعَلُ مِثْلَ هَذَا بِبَيْتِهِ وَيَلْبَسُ مَا هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ بَيْنَ النَّاسِ لِقَوْلِهِ «إذَا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَوْسِعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ» وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ كَانَ فَاشِيًا فِي أَهْلِ ذَلِكَ الزَّمَانِ فَلَا يَشْتَهِرُ بِهِ مَنْ لَبِسَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَا يَتَّسِعُ مَالُهُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا وَكَانَ يُحِبُّ أَنْ يُقَلِّلَ مَا يَأْخُذُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَيُؤَيِّدُ هَذَا أَنَّهُ أَوْصَى إلَى ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا كَثِيرًا لَا يَفِي بِهِ مَالُهُ وَلْيَسْتَعِينَ عَلَى أَدَائِهِ بِبَنِي عَدِيٍّ وَهُمْ رَهْطُهُ فَإِنْ تَأَدَّى بِذَلِكَ وَإِلَّا فَبِقُرَيْشٍ وَلَا يَعْدُوهُمْ إلَى غَيْرِهِمْ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ فِي نَفْسِهِ بِهَذَا؛ لِأَنَّ قَدْ شُهِرَتْ بِالْخِلَافَةِ وَالتَّقَدُّمِ فِي الدِّينِ

(229/7)

مَا جَاءَ فِي صِفَةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – (ص) : (مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَيْسَ بِالطَّوِيلِ الْبَائِنِ وَلَا بِالْقَصِيرِ وَلَا بِالْأَبْيَضِ الْأَمْهَقِ وَلَا بِالْآدَمِ وَلَا بِالْجَعْدِ الْقَطَطِ وَلَا بِالسَّبْطِ بَعَثَهُ اللَّهُ عَلَى رَأْسِ أَرْبَعِينَ سَنَةً فَأَقَامَ بِمَكَّةَ عَشْرَ سِنِينَ وَبِالْمَدِينَةِ عَشْرَ سِنِينَ وَتَوَفَّاهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى رَأْسِ سِتِّينَ سَنَةً وَلَيْسَ فِي رَأْسِهِ وَلِحْيَتِهِ عِشْرُونَ شَعْرَةً بَيْضَاءَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَعَلَيْهِ السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ) .

[المنتقى]

وَإِخْبَارِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَتَرْتَفِعُ عَنْ مِثْلِهِ السُّمْعَةُ وَإِنَّمَا يُكْرَهُ مِثْلُ هَذَا لِمَنْ لَمْ يُعْلَمْ حَالُهُ مَخَافَةَ الشُّهْرَةِ عَلَيْهِ.

[مَا جَاءَ فِي صِفَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ]

(ش) : قَوْلُهُ لَيْسَ بِالطَّوِيلِ الْبَائِنِ الطَّوِيلُ الْبَائِنُ هُوَ الَّذِي يَضْطَرِبُ مِنْ طُولِهِ وَهُوَ عَيْبٌ فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ هَذَا الَّذِي قَالَهُ الْأَخْفَشُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرَادَ بِهِ وَصْفُهُ بِغَيْرِ الطُّولِ فَقَالَ: إنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَبِينُ بِالطُّولِ حَتَّى يُوصَفَ بِهِ وَلَكِنَّهُ كَانَ لَهُ مِنْ طُولِ الْقَامَةِ مَا لَا يَبِينُ بِهِ وَلَمْ يَكُنْ أَيْضًا مِمَّنْ يُوصَفُ بِالْقِصَرِ وَالْأَمْهَقُ الشَّدِيدُ الْبَيَاضِ الَّذِي لَا يُخَالِطُهُ حُمْرَةٌ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ

- صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَشُوبًا بِحُمْرَةٍ.
وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الْأَمْهَقُ الْأَبْيَضُ بَيَاضًا لَيْسَ مُشْرَبًا بِحُمْرَةٍ يَخَالُهُ النَّاظِرُ إلَيْهِ بَرَصًا وَالْآدَمُ فَوْقَ الْأَسْمَرِ يَعْلُوهُ سَوَادٌ قَلِيلٌ فَوُصِفَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِأَنَّهُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ وَقَوْلُهُ وَلَيْسَ بِالْجَعْدِ الْقَطَطِ وَهُوَ الَّذِي صَارَ لِشِدَّةِ الْجُعُودَةِ كَالْمُحْتَرِقِ كَشُعُورِ السُّودِ أَنْ يُقَالَ رَجُلٌ جَعْدٌ وَامْرَأَةٌ جَعْدَةٌ وَقَوْلُهُ لَيْسَ بِالسَّبْطِ وَهُوَ الْمُسْتَرْسِلُ الشَّعْرَ الَّذِي لَيْسَ فِيهِ تَكَسُّرٌ يَنْفِي عَنْهُ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا أَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَا بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ وَهِيَ الصِّفَةُ الْحَسَنَةُ وَرَوَى قَتَادَةُ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ كَانَ رَجِلَ الشَّعْرِ لَيْسَ بِالْجَعْدِ وَلَا بِالسَّبْطِ وَالرَّجِلُ الَّذِي كَأَنَّهُ رُجِّلَ بِالْمُشْطِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ «عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ كُنْت أُرَجِّلُ رَأْسَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَنَا حَائِضٌ يَعْنِي تُمَشِّطُهُ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَرَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ «مَا رَأَيْت أَحْسَنَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي حُلَّةٍ حَمْرَاءَ قَالَ: إنَّ جُمَّتَهُ لَتَضْرِبُ قَرِيبًا مِنْ مَنْكِبَيْهِ» قَالَ: شُعْبَةُ تَبْلُغُ شَحْمَةَ أُذُنَيْهِ وَرَوَى قَتَادَةُ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «كَانَ شَعْرُهُ يَضْرِبُ مَنْكِبَيْهِ» وَرَوَى جَرِيرُ بْنُ حَازِمٍ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «كَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ضَخْمَ الْقَدَمَيْنِ ضَخْمَ الرَّأْسِ وَالْيَدَيْنِ حَسَنَ الْوَجْهِ لَمْ أَرَ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ مِثْلَهُ وَكَانَ سَبْطَ الْكَفَّيْنِ» وَرُوِيَ هَلْ كَانَ وَجْهُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِثْلَ السَّيْفِ فَقَالَ: مِثْلُ الْقَمَرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ بَعَثَهُ اللَّهُ عَلَى رَأْسِ أَرْبَعِينَ سَنَةً وَأَوْقَفَهُ عَلَى ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ وَجَمَاعَةٌ وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ بُعِثَ عَلَى رَأْسِ ثَلَاثٍ وَأَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَاخْتُلِفَ فِي مُقَامِهِ بِمَكَّةَ فَقَالَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ فِي هَذَا الْحَدِيثِ أَقَامَ بِمَكَّةَ عَشْرَ سِنِينَ.

وَرُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ وَابْنِ شِهَابٍ وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ أَقَامَ بِمَكَّةَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَهْلُ السِّيَرِ أَنَّهُ وُلِدَ عَامَ الْفِيلِ وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ عَدِيٍّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً وَتُوُفِّيَ أَبُو بَكْرٍ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً وَتُوُفِّيَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً» قَالَ الْبُخَارِيُّ وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ رِوَايَةِ رَبِيعَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ تُوُفِّيَ ابْنُ سِتِّينَ سَنَةً وَرَوَى قَتَادَةُ عَنْ أَنَسٍ أَنَّهُ تُوُفِّيَ ابْنَ خَمْسٍ وَسِتِّينَ سَنَةً.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَتُوُفِّيَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَيْسَ فِي رَأْسِهِ وَلِحْيَتِهِ عِشْرُونَ شَعْرَةً بَيْضَاءَ يُرِيدُ بِذَلِكَ

مَا جَاءَ فِي صِفَةِ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ عَلَيْهِ السَّلَام وَالدَّجَّالِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: رَأَيْتنِي اللَّيْلَةَ عِنْدَ الْكَعْبَةِ فَرَأَيْت رَجُلًا آدَمَ كَأَحْسَنِ مَا أَنْتَ رَاءٍ مِنْ أُدْمِ الرِّجَالِ لَهُ لِمَّةٌ كَأَحْسَنِ مَا أَنْتَ رَاءٍ مِنْ اللِّمَمِ قَدْ رَجَّلَهَا فَهِيَ تَقْطُرُ مَاءً مُتَّكِئًا عَلَى رَجُلَيْنِ، أَوْ عَلَى عَوَاتِقِ رَجُلَيْنِ يَطُوفُ بِالْكَعْبَةِ فَسَأَلْت مَنْ هَذَا قِيلَ هَذَا الْمَسِيحُ ابْنُ مَرْيَمَ، ثُمَّ: إذَا أَنَا بِرَجُلٍ جَعْدٍ قَطَطٍ أَعْوَرَ الْعَيْنِ الْيُمْنَى كَأَنَّهَا عِنَبَةٌ طَافِيَةٌ فَسَأَلْت مَنْ هَذَا فَقِيلَ لِي هَذَا الْمَسِيحُ الدَّجَّالُ»)
.

مَا جَاءَ فِي السُّنَّةِ فِي الْفِطْرَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: خَمْسٌ مِنْ الْفِطْرَةِ تَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ وَقَصُّ الشَّارِبِ وَنَتْفُ الْإِبْطِ وَحَلْقُ الْعَانَةِ وَالِاخْتِتَانُ)

[المنتقى]

تَقْلِيلَ شَيْبِهِ وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ «سُئِلَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ عَنْ خِضَابِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: إنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ مَا يَخْضِبُ لَوْ شِئْت أَنْ أَعُدَّ شَمَطَاتِهِ فِي لِحْيَتِهِ» .

وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ «كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُحِبُّ مُوَافَقَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ فِيمَا لَمْ يُؤْمَرْ فِيهِ بِشَيْءٍ وَكَانَ أَهْلُ الْكِتَابِ يُسْدِلُونَ أَشْعَارَهُمْ وَكَانَ الْمُشْرِكُونَ يَفْرُقُونَ رُءُوسَهُمْ فَسَدَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَاصِيَتَهُ، ثُمَّ سَدَلَ بَعْدَ ذَلِكَ» .

[مَا جَاءَ فِي صِفَةِ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ عَلَيْهِ السَّلَام وَالدَّجَّالِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَرَانِي اللَّيْلَةَ عِنْدَ الْكَعْبَةِ يُرِيدُ فِي مَنَامِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فَرَأَيْت رَجُلًا آدَمَ يُرِيدُ إلَى السُّمْرَةِ كَأَحْسَنِ مَا أَنْتَ رَاءٍ مِنْ الرِّجَالِ يُرِيدُ كَأَحْسَنِ مَا أَنْتَ تَرَى مِمَّنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَهُ لِمَّةٌ وَهِيَ الشَّعْرَةُ تَلُمُّ بِالْمَنْكِبَيْنِ كَأَحْسَنِ مَا أَنْتَ رَاءٍ مِنْ اللِّمَمِ قَدْ رَجَّلَهَا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ رَجَّلَهَا بِالْمَاءِ فَلِذَلِكَ كَانَتْ تَقْطُرُ الْمَاءَ وَلَعَلَّهُ قَدْ نَبَّهَ بِذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ مَشْرُوعٌ لِطَوَافِ الْقُدُومِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: فَسَأَلْت مَنْ هَذَا فَقِيلَ هَذَا الْمَسِيحُ بْنُ مَرْيَمَ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ

سُمِّيَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ مَسِيحًا لِسِيَاحَتِهِ فِي الْأَرْضِ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَرَارٌ كَانَ يَمْسَحُ لِكُلِّ مَوْضِعٍ وَقِيلَ إنَّهُ مُسِحَ بِالْبَرَكَةِ وَقِيلَ لِحُسْنِ وَجْهِهِ وَمِنْ قَوْلِهِمْ عَلَى وَجْهِ فُلَانٍ مَسْحَةُ جَمَالٍ وَسُمِّيَ الدَّجَّالُ مَسِيحًا؛ لِأَنَّهُ مَمْسُوحُ الْعَيْنِ وَقَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيُّ سُمِّيَ ابْنُ مَرْيَمَ مَسِيحًا؛ لِأَنَّهُ مُسِحَ بِالْبَرَكَةِ حِينَ وُلِدَ وَسُمِّيَ الدَّجَّالُ مَسِيحًا بِالتَّخْفِيفِ مِنْ سِيَاحَتِهِ وَبِالتَّثْقِيلِ؛ لِأَنَّهُ مَمْسُوحُ الْعَيْنِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ: بَيْنَمَا النَّاسُ تِلْكَ إذْ يَسْعَوْنَ الْإِقَامَةَ يُرِيدُ الصَّلَاةَ فَتَغْشَاهُمْ غَمَامَةٌ فَإِذَا عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ قَدْ نَزَلَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ إذَا بِرَجُلٍ جَعْدٍ قَطَطٍ أَعْوَرِ الْعَيْنِ الْيُمْنَى هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَقَدْ رَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ الدَّجَّالَ أَعْوَرُ الْعَيْنِ الْيُسْرَى وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي سَمَاعِ الْحَسَنِ عَنْ سَمُرَةَ وَأَحَادِيثُهُ عَنْهُ فِي بَعْضِهَا نَظَرٌ وَإِنْ كَانَ رَاوِيهَا قَتَادَةَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَأَنَّهَا عِنَبَةٌ طَافِيَةٌ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ شَبَّهَهَا بِحَبَّةِ عِنَبٍ قَدْ فُضِخَتْ فَذَهَبَ مَاؤُهَا فَصَارَتْ طَافِيَةً وَقَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيُّ طَافِيَةٌ أَيْ مُمْتَلِئَةٌ تَكَادُ تُفْقَأُ وَكَذَلِكَ عَيْنُهُ طَافِيَةٌ قَدْ ظَهَرَتْ كَمَا يَظْهَرُ الشَّيْءُ فَوْقَ الْمَاءِ وَهُوَ عِنْدِي أَشْبَهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى الطَّافِيَةِ أَنَّهَا بَارِزَةٌ مِثْلَ الْعِنَبَةِ الَّتِي قَدْ طَفَتْ عَلَى الْمَاءِ وَاسْمُ الْعِنَبَةِ تَقَعُ عَلَى الْمُمْتَلِئَةِ فَيَكُونُ مَعْنَى الطَّافِيَةِ أَنَّهَا غَلَبَ عَلَى مَا يُجَاوِرُهَا مِنْ الْجِسْمِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي السُّنَّةِ فِي الْفِطْرَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ خَمْسٌ مِنْ الْفِطْرَةِ يُرِيدُ

(231/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ إبْرَاهِيمُ أَوَّلَ النَّاسِ ضَيَّفَ الضَّيْفَ وَأَوَّلَ النَّاسِ اخْتَتَنَ وَأَوَّلَ النَّاسِ قَصَّ الشَّارِبَ وَأَوَّلَ النَّاسِ رَأَى الشَّيْبَ فَقَالَ: يَا رَبِّ مَا هَذَا فَقَالَ اللَّهُ – تَبَارَكَ وَتَعَالَى –: وَقَارٌ يَا إبْرَاهِيمُ فَقَالَ: يَا رَبِّ زِدْنِي وَقَارًا قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ يُؤْخَذُ مِنْ الشَّارِبِ حَتَّى يَبْدُوَ طَرَفُ الشَّفَةِ وَهُوَ الْإِطَارُ وَلَا يَجُزُّهُ فَيُمَثِّلَ بِنَفْسِهِ) .

[المنتقى]

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - مِنْ سُنَّةِ الدِّينِ الَّذِي يُوصَفُ بِأَنَّهُ الْفِطْرَةُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: " فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ " يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - الدِّينَ الَّذِي وُلِدُوا عَلَيْهِ وَخُلِقُوا عَلَيْهِ وَمِنْهُ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَقَصُّ الشَّارِبِ قَالَ مَالِكٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ حَتَّى يَبْدُوَ طَرَفُ الشَّفَةِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْهُ وَقَوْلُهُ وَنَتْفُ الْإِبْطِ يُرِيدُ الشَّعْرَ الَّذِي تَحْتَ الْإِبْطِ وَحَلْقُ الْعَانَةِ يُرِيدُ شَعْرَ السُّرَّةِ وَهُوَ الِاسْتِمْدَادُ وَلَيْسَ لِقَصِّ الْأَظْفَارِ وَأَخْذِ الشَّارِبِ وَحَلْقِ الْعَانَةِ حَدٌّ إذَا انْتَهَى إلَيْهِ أَعَادَهُ وَلَكِنْ إذَا طَالَ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ شَعْرُ الرَّأْسِ وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ حَدًّا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَالِاخْتِتَانُ الِاخْتِتَانُ هُوَ عِنْدَ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ مِنْ السُّنَنِ كَقَصِّ الْأَظْفَارِ وَحَلْقِ الْعَانَةِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ هُوَ وَاجِبٌ وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ سَحْنُونٍ وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَلَى نَفْيِ وُجُوبِهِ بِأَنَّهُ قَرَنَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِقَصِّ الشَّارِبِ وَنَتْفِ الْإِبْطِ وَلَا خِلَافَ أَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ بِالْقَرَائِنِ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا عَلَى الْمَنْعِ مِنْهُ وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ هَذَا قَطْعُ جُزْءٍ مِنْ الْجَسَدِ ابْتِدَاءً فَلَمْ يَكُنْ وَاجِبًا بِالشَّرْعِ كَقَصِّ الْأَظْفَارِ وَالْحَدِيثُ فِي الْمُوَطَّإِ مَوْقُوفٌ وَأَسْنَدَهُ إبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَدْ خُولِفَ فِيهِ إبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ.

(فَرْعٌ) وَاخْتُلِفَ فِي الشَّيْخِ الْكَبِيرِ يُسْلِمُ فَيَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ الِاخْتِتَانِ فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ لَهُ تَرْكُهُ وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ لَا يَتْرُكُهُ وَإِنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ كَالَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ أَنَّهُ لَا يُتْرَكُ قَطْعُهُ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ يُخَافُ عَلَى نَفْسِهِ وَهَذَا مِنْ سَحْنُونٍ يَقْتَضِي كَوْنَهُ وَاجِبًا مُتَأَكِّدَ الْوُجُوبِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ تَرَكَهُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ وَلَا عِلَّةٍ لَمْ تَجُزْ إمَامَتُهُ وَلَا شَهَادَتُهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ تَرْكَ الْمُرُوءَةِ مُؤَثِّرٌ فِي رَدِّ الشَّهَادَةِ وَمَنْ تَرَكَ الِاخْتِتَانَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَقَدْ تَرَكَ الْمُرُوءَةَ فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَإِنَّ وَقْتَ الِاخْتِتَانِ الصِّبَا عَلَى مَا اخْتَارَهُ مَالِكٌ وَقْتُ الْإِثْغَارِ وَقِيلَ عَنْ مَالِكٍ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ إلَى الْعَشَرَةِ قَالَ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَجِّلَ قَبْلَ الْإِثْغَارِ، أَوْ يُؤَخِّرَهُ وَكُلَّمَا عَجَّلَ بَعْدَ الْإِثْغَارِ فَهُوَ أَحَبُّ

إِلَيَّ وَكُرِهَ أَنْ يَخْتَتِنَ الصَّبِيُّ ابْنَ سَبْعَةِ أَيَّامٍ وَقَالَ: هَذَا مِنْ فِعْلِ الْيَهُودِ وَكَانَ لَا يَرَى بَأْسًا أَنْ يُفْعَلَ لَعَلَّهُ يَخَافُ عَلَى الصَّبِيِّ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا وَقْتٌ يُفْهَمُ وَيُمْكِنُ مِنْهُ امْتِثَالُ الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ وَهُوَ أَوَّلُ مَا يُؤْخَذُ بِالشَّرَائِعِ وَلِذَلِكَ يُؤْمَرُ بِالصَّلَاةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْخِفَاضُ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أُحِبُّ لِلنِّسَاءِ قَصَّ الْأَظْفَارِ وَحَلْقَ الْعَانَةِ وَالِاخْتِتَانَ مِثْلَ مَا هُوَ عَلَى الرِّجَالِ قَالَ: وَمِنْ ابْتَاعَ أَمَةً فَلْيَخْفِضْهَا إنْ أَرَادَ حَبْسَهَا وَإِنْ كَانَتْ لِلْبَيْعِ فَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ قَالَ مَالِكٌ وَالنِّسَاءُ يَخْفِضْنَ الْجَوَارِيَ قَالَ غَيْرُهُ وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُبَالِغَ فِي قَطْعِ الْمَرْأَةِ.

وَرُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ لِأُمِّ عَطِيَّةَ وَكَانَتْ تَخْفِضُ اخْفِضِي وَلَا تُنْهِكِي فَإِنَّهُ أَسْرَى لِلْوَجْهِ وَأَحْظَى عِنْدَ الزَّوْجِ» قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي مُخْتَصَرِهِ أَكْثَرُ لِمَاءِ الْوَجْهِ وَدَمِهِ وَأَحْسَنُ فِي جِمَاعِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ إبْرَاهِيمُ أَوَّلَ النَّاسِ ضَيَّفَ الضَّيْفَ وَأَوَّلَ النَّاسِ اخْتَتَنَ وَأَوَّلَ النَّاسِ قَصَّ الشَّارِبَ وَأَوَّلَ النَّاسِ رَأَى الشَّيْبَ فَقَالَ: يَا رَبِّ مَا هَذَا فَقَالَ اللَّهُ – تَبَارَكَ وَتَعَالَى –: وَقَارٌ يَا إبْرَاهِيمُ فَقَالَ: يَا رَبِّ زِدْنِي وَقَارًا قَالَ يَحْيَى وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ يُؤْخَذُ مِنْ الشَّارِبِ حَتَّى يَبْدُوَ طَرَفُ الشَّفَةِ وَهُوَ الْإِطَارُ وَلَا يَجُزُّهُ فَيُمَثِّلَ بِنَفْسِهِ) .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ إبْرَاهِيمُ أَوَّلَ مَنْ ضَيَّفَ الضَّيْفَ وَأَوَّلَ مَنْ اخْتَتَنَ وَأَوَّلَ النَّاسِ قَصَّ شَارِبَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – اخْتَتَنَ بِالْقَدُّومِ وَهُوَ مَوْضِعٌ وَيُخَفَّفُ فَيُقَالُ الْقَدُومُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ

(232/7)

النَّهْيُ عَنْ الْأَكْلِ بِالشِّمَالِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السُّلَمِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى أَنْ يَأْكُلَ الرَّجُلُ بِشِمَالِهِ، أَوْ يَمْشِيَ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ وَأَنْ يَشْتَمِلَ الصَّمَّاءَ وَأَنْ يَحْتَبِيَ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ كَاشِفًا عَنْ فَرْجِهِ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَأْكُلْ بِيَمِينِهِ وَيَشْرَبْ بِيَمِينِهِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ وَيَشْرَبُ بِشِمَالِهِ») .

مَا جَاءَ فِي الْمَسَاكِينِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَيْسَ الْمِسْكِينُ بِهَذَا الطَّوَّافِ الَّذِي يَطُوفُ عَلَى النَّاسِ فَتَرُدُّهُ اللُّقْمَةُ وَاللُّقْمَتَانِ وَالتَّمْرَةُ وَالتَّمْرَتَانِ قَالُوا

[المنتقى]

الْقَدُومُ بِالتَّخْفِيفِ وَهِيَ الْقَدُومُ الْمَعْرُوفَةُ وَقِيلَ إنَّ اخْتِتَانَهُ مِنْ الْكَلِمَاتِ الَّتِي ابْتَلَاهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهَا وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَوَّلَ النَّاسِ رَأَى الشَّيْبَ فَقَالَ يَا رَبِّ مَا هَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَبْلَهُ شَيْبٌ حَتَّى رَآهُ إبْرَاهِيمُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – أَوَّلَ مَنْ رَآهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الشَّيْبُ مُعْتَادًا عَلَى حَسَبِ مَا هُوَ الْيَوْمَ وَلَكِنْ كَانَ إبْرَاهِيمُ أَوَّلَ مَنْ قَالَ هَذَا الْقَوْلَ عِنْدَ رُؤْيَتِهِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الشَّيْبُ مُعْتَادًا قَدْ رَآهُ إبْرَاهِيمُ لِجَمِيعِ النَّاسِ قَبْلَهُ مَا أَنْكَرَهُ وَقَالَ: يَا رَبِّ مَا هَذَا وَلَوْ سَأَلَ عَنْ وُقُوعِهِ بِهِ مَعَ مَعْرِفَتِهِ بِمَعْنَاهُ كَمَا رَآهُ لِغَيْرِهِ لَمْ يُفَسِّرْهُ لَهُ بِأَنَّهُ وَقَارٌ وَلَقِيلَ لَهُ هُوَ الشَّيْبُ الَّذِي رَأَيْته لِمَنْ بَلَغَ بِسِنِّك وَلَكَانَ هُوَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ مَعْنَاهُ الْوَقَارُ وَلَمْ يَحْتَجْ أَنْ يَدْعُوَ اللَّهَ – تَبَارَكَ وَتَعَالَى – أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ الْوَقَارِ حِينَ عَلِمَ مَعْنَاهُ وَأَمَّا قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً} [الروم: 54] فَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُخَاطِبَ بِهِ هَذِهِ الْأُمَّةَ، أَوْ مَنْ شَابَ مِنْ زَمَنِ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – إلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ خُوطِبَ بِهِ جَمِيعُ الْخَلْقِ مَنْ شَابَ وَمَنْ لَمْ يَشِبْ إلَّا أَنَّهُ جَمَعَ مَعَ الضَّعْفِ الْأَخِيرِ الشَّيْبَ؛ لِأَنَّ مِنْ الْخَلْقِ مَنْ لَمْ يَشِبْ وَلَمْ يُرِدْ أَنَّ جَمِيعَهُمْ يَشِيبُ كَمَا أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ أَنَّ جَمِيعَهُمْ يَضْعُفُ بَلْ مِنْهُمْ مَنْ يَمُوتُ فِي الضَّعْفِ الْأَوَّلِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَمُوتُ حَالَ الْقُوَّةِ قَبْلَ الضَّعْفِ الثَّانِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَقَارٌ يَا إبْرَاهِيمُ أَخْبَرَ مَا رَآهُ مِنْهُ مَعْنَاهُ الْوَقَارُ فَسَأَلَهُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – الزِّيَادَةَ مِنْهُ إذْ قَدْ عَلِمَ أَنَّ الْوَقَارَ مَحْمُودٌ مَأْمُورٌ بِهِ مِنْ هَدْيِ الصَّالِحِينَ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ الشَّيْبِ الَّذِي هُوَ الْوَقَارُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[النَّهْيُ عَنْ الْأَكْلِ بِالشِّمَالِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ فَلْيَأْكُلْ بِيَمِينِهِ وَنَهْيُهُ أَنْ يَأْكُلَ الرَّجُلُ بِشِمَالِهِ

عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ كَانَ يُحِبُّ التَّيَامُنَ فِي شَأْنِهِ كُلِّهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ وَيَشْرَبُ بِشِمَالِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – الْأَكْلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ وَالْجِنَّ يَأْكُلُونَ مِنْ ذَلِكَ نَهْيُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الِاسْتِنْجَاءِ بِالرَّوْثِ وَالرِّمَّةِ وَقَالَ: إنَّ ذَلِكَ زَادُ إخْوَانِكُمْ مِنْ الْجِنِّ وَقَدْ قِيلَ إنَّ أَكْلَهُمْ تَشَمُّمٌ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ إنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ عَلَى الْمَجَازِ مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ يَأْمُرُ ابْنَ آدَمَ أَنْ يَأْكُلَ بِشِمَالِهِ وَيَدْعُوهُ إلَيْهِ فَأُضِيفَ الْأَكْلُ إلَيْهِ.

(فَرْعٌ) إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَقَدْ قَالَ: الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ فَلْيَأْكُلْ وَلْيَشْرَبْ بِيَمِينِهِ وَلَا يَأْكُلْ وَلَا يَشْرَبْ بِشِمَالِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ.

(233/7)

فَمَا الْمِسْكِينُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ الَّذِي لَا يَجِدُ غِنًى يُغْنِيهِ وَلَا يَفْطَنُ النَّاسُ لَهُ فَيُتَصَدَّقَ عَلَيْهِ وَلَا يَقُومُ فَيَسْأَلَ النَّاسَ») .

مَا جَاءَ فِي مِعَى الْكَافِرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَأْكُلُ الْمُسْلِمُ فِي مِعًى وَاحِدٍ وَالْكَافِرُ يَأْكُلُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ» مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ضَافَهُ ضَيْفٌ كَافِرٌ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشَاةٍ فَحُلِبَتْ فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أُخْرَى فَشَرِبَهُ، ثُمَّ أُخْرَى فَشَرِبَهُ حَتَّى شَرِبَ حِلَابَ سَبْعِ شِيَاهٍ ثُمَّ إنَّهُ أَصْبَحَ فَأَسْلَمَ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشَاةٍ فَحُلِبَتْ فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أَمَرَ لَهُ بِأُخْرَى فَلَمْ يَسْتَتِمَّهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمُؤْمِنُ يَشْرَبُ فِي مِعًى وَاحِدٍ وَالْكَافِرُ يَشْرَبُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ») .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي الْمَسَاكِينِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَيْسَ الْمِسْكِينُ بِالطَّوَّافِ الَّذِي تَرُدُّهُ اللُّقْمَةُ وَاللُّقْمَتَانِ لَمْ يُرِدْ نَفْيَ هَذَا عَنْهُ وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّ غَيْرَهُ أَشَدُّ حَالًا مِنْهُ وَاَلَّذِي لَا يَجِدُ غِنًى يُغْنِيهِ وَلَا يُفْطَنُ لَهُ فَيُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ وَلَا يَسْأَلُ النَّاسَ فَتَرُدُّهُ اللُّقْمَةُ وَاللُّقْمَتَانِ فَيُقِيمُ بِهَذَا رَمَقَهُ وَاَلَّذِي لَا يَسْأَلُ النَّاسَ مَعَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَالِهِ لَا حَيَاةَ لَهُ وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فَمَا الْمِسْكِينُ وَتَابَعَهُ عَلَيْهِ جَمَاعَةٌ وَقَالَ غَيْرُهُمْ فَمَا الْمِسْكِينُ وَهُوَ أَظْهَرُ فِي

لُغَةِ الْعَرَبِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِي بُجَيْدٍ الْأَنْصَارِيِّ، ثُمَّ الْحَارِثِيِّ عَنْ جَدَّتِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «رُدُّوا الْمِسْكِينَ وَلَوْ بِظِلْفٍ مُحْرَقٍ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رُدُّوا الْمَسَاكِينَ وَلَوْ بِظِلْفٍ مُحْرَقٍ الظِّلْفُ بِالْكَسْرِ هُوَ ظُفْرُ كُلِّ مَا اجْتَرَّ فَحَضَّ بِذَلِكَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى أَنْ يُعْطِيَ الْمِسْكِينَ شَيْئًا وَلَا يَرُدَّهُ خَائِبًا وَإِنْ كَانَ مَا يُعْطَاهُ ظِلْفًا مُحْرَقًا وَهُوَ أَقَلُّ مَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْطَى وَلَا يَكَادُ أَنْ يَقْبَلَهُ الْمِسْكِينُ وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ إلَّا فِي وَقْتِ الْمَجَاعَةِ وَالشِّدَّةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي مِعَى الْكَافِرِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ضَافَهُ ضَيْفٌ كَافِرٌ رَوَى ابْنُ إسْحَاقَ أَنَّهُ كَانَ ثُمَامَةَ بْنَ أَثَالٍ الْحَنَفِيِّ وَقَالَ غَيْرُهُ كَانَ جَحَّادًا الْغِفَارِيَّ وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ تَضْيِيفِ الْكَافِرِ وَهَلْ يُؤَاكَلُ أَمْ لَا قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ تَرْكُ مُؤَاكَلَةِ النَّصْرَانِيِّ فِي إنَاءٍ وَاحِدٍ أَحَبُّ إلَيَّ وَلَا أُرَاهُ حَرَامًا وَلَا نُصَادِقُ نَصْرَانِيًّا فَنَهَى عَنْ مُؤَاكَلَتِهِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ مَعْنَى الْمُصَادَقَةِ وَأَمَّا تَضْيِيفُهُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَعْنَى الِاسْتِئْلَافِ لَهُ وَرَجَاءِ إسْلَامِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِمَا يَخَافُ عَلَيْهِ مِنْ الضَّيَاعِ إذَا كَانَ مِمَّنْ لَهُ حَقٌّ، عَهْدٌ أَوْ غَيْرُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ شَرِبَ لَبَنَ سَبْعِ شِيَاهٍ، ثُمَّ إنَّهُ أَصْبَحَ فَأَسْلَمَ فَشَرِبَ حِلَابَ شَاةٍ وَاحِدَةٍ، ثُمَّ أَمَرَ لَهُ بِأُخْرَى فَلَمْ يَسْتَتِمَّ حِلَابَهَا فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِنْدَ ذَلِكَ «الْمُؤْمِنُ يَشْرَبُ فِي مِعًى وَاحِدٍ وَالْكَافِرُ يَشْرَبُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ» قِيلَ إنَّ الْمُؤْمِنَ يَقْتَصِرُ عَلَى الْبُلْغَةِ مِنْ الْقُوتِ وَيَقْنَعُ بِالْيَسِيرِ مِنْهُ وَيُؤْثِرُ بِبَعْضِ قُوتِهِ وَالْكَافِرُ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَأْكُلُ أَكْلَ النَّهِمِ الْحَرِيصِ عَلَى الِاسْتِكْثَارِ مِنْ الْأَكْلِ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الرَّجُلُ الْوَاحِدُ يُوصَفُ بِذَلِكَ فِي الْحَالَيْنِ فَإِنْ كَانَ كَثِيرَ الْأَكْلِ كَانَ أَكْلُهُ حَالَ الْكُفْرِ أَكْثَرَ مِنْ أَكْلِهِ حِينَ إيمَانِهِ وَإِنْ كَانَ قَلِيلَ الْأَكْلِ فَعَلَى ذَلِكَ وَقَدْ ذَمَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْكُفَّارَ بِأَكْلِهِمْ فَقَالَ تَعَالَى {وَالَّذِينَ كَفَرُوا يَتَمَتَّعُونَ وَيَأْكُلُونَ كَمَا تَأْكُلُ الأَنْعَامُ وَالنَّارُ مَثْوًى لَهُمْ} [مُحَمَّد: 12] يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُمْ لَا يُمْسِكُونَ عَنْ الْأَكْلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُتَضَيِّفُ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَكَلَ حَالَ كُفْرِهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مِنْ النَّهْمَةِ وَالْحِرْصِ عَلَى الِاسْتِكْثَارِ فَبَلَغَ سَبْعَ شِيَاهٍ، ثُمَّ لَمَّا أَسْلَمَ وَتَأَدَّبَ بِأَدَبِ الْإِسْلَامِ وَمَا رَأَى مِنْ فِعْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اقْتَصَرَ عَلَى مَا يُقِيمُ أَوَدَهُ فَلَمْ يَسْتَتِمَّ

إلَّا حِلَابَ شَاةٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يَسْتَتِمَّ لِذَلِكَ الثَّانِيَةَ وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَيْضًا أَنَّ الْمُؤْمِنَ يَأْكُلُ فِي مِعًى وَاحِدٍ لِأَنَّهُ يَذْكُرُ

(234/7)

النَّهْيُ عَنْ الشُّرْبِ فِي آنِيَةِ الْفِضَّةِ وَالنَّفْخِ فِي الشَّرَابِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «الَّذِي يَشْرَبُ فِي آنِيَةِ الْفِضَّةِ إنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ») .

[المنتقى]

اسْمَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَوَّلِ طَعَامِهِ وَيَحْمَدُهُ عَلَى آخِرِهِ فَلَا يَصِلُ الشَّيْطَانُ إلَى أَكْلِ طَعَامِهِ وَلَا إلَى شُرْبِ شَرَابِهِ فَإِنَّمَا يَصِيرُ طَعَامُهُ إلَى أَمْعَائِهِ خَاصَّةً.

وَالْكَافِرُ لَا يَذْكُرُ اسْمَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَوَّلِ طَعَامِهِ فَيَأْكُلُ مَعَهُ الشَّيْطَانُ فَلَا يُبَارِكُ اللَّهُ فِي طَعَامِهِ وَيَصِيرُ طَعَامُهُ إلَى أَمْعَاءٍ جَمَّةٍ وَلِهَذَا تَكُونُ سَبْعَةَ أَمْعَاءٍ بِمَعْنًى لَمْ نَعْلَمْهُ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ بَعْضُ هَذَا وَلَعَلَّ ذَلِكَ قَدْ وَصَلَ طَعَامُهُ إلَى سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَأَعْلَمَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِذَلِكَ بِمَا شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ حَمَلَهُ عَلَى كَثْرَةِ الْأَكْلِ وَأَنَّهُ مِنْ أَخْلَاقِ الْكُفَّارِ وَمِمَّا يَجِبُ أَنْ يُجْتَنَبَ فَاعِلُهُ فَرَوَى ابْنُ عُمَرَ عَنْ نَافِعٍ كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ لَا يَأْكُلُ وَحْدَهُ حَتَّى يُؤْتَى إلَيْهِ بِمِسْكِينٍ يَأْكُلُ مَعَهُ فَأَدْخَلْت رَجُلًا يَأْكُلُ مَعَهُ فَأَكَلَ كَثِيرًا فَقَالَ: يَا نَافِعُ لَا تُدْخِلْ عَلَيَّ هَذَا سَمِعْت النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ الْمُؤْمِنُ يَأْكُلُ فِي مِعًى وَاحِدٍ وَالْكَافِرُ يَأْكُلُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ فَاقْتَضَى هَذَا الْحَدِيثُ أَنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ اسْتِدَامَةِ مُؤَاكَلَتِهِ لِكَثْرَةِ أَكْلِهِ لِمَا كَانَتْ عِنْدَهُ مِنْ صِفَاتِ الْكَافِرِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ كَانَ يَأْكُلُ الصَّاعَ مِنْ التَّمْرِ حَتَّى يَأْكُلَ حَشَفَهُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِقْدَارَ أَكْلِهِ غَيْرَ أَنَّهُ كَانَ لَا يَبْلُغُهُ اقْتِدَاءً بِالنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي تَرْكِ الشِّبَعِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ يَبْلُغُهُ غَيْرَ أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَقَدْ كَانَ فِيهِ مِنْ الْأَحْوَالِ الَّتِي يُعْلَمُ بِهَا إيمَانُهُ مَا سُمِّيَ الْفَارُوقَ وَإِنَّمَا كَانَ يُحَذِّرُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مَنْ عَلِمَ هَذَا مِنْ حَالِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ مِنْهُ شَيْئًا مِنْ الْأَحْوَالِ الْحَسَنَةِ الَّتِي تَشْهَدُ لَهُ بِالْفَضْلِ وَلَعَلَّ هَذَا الرَّجُلَ قَدْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ فِي أَوَّلِ أَكْلِهِ وَتَرَكَ الْحَمْدَ فِي آخِرِهِ

وَتَرَكَ كَثِيرًا مِنْ سُنَّةِ الْإِسْلَامِ فِي الْأَكْلِ وَغَيْرِهِ.
وَقَدْ رَوَى سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ قَالَ: كَانَ أَبُو نَهِيكٍ رَجُلًا أَكُولًا فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إنَّ الْكَافِرَ يَأْكُلُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ قَالَ: فَأَنَا أُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَرَسُولِهِ» فَمَنَعَ أَبُو نَهِيكٍ أَنْ تَكُونَ كَثْرَةُ الْأَكْلِ تُنَافِي الْإِيمَانَ وَإِنْ كَانَ خُلُقًا مِنْ أَخْلَاقِ أَهْلِ الْكُفْرِ كَالْبُخْلِ وَالْجُبْنِ وَالضَّجَرِ وَاعْتَقَدَ أَنَّ هَذَا إنَّمَا قَالَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ.
وَقَدْ رَوَى أَبُو حَازِمٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَجُلًا كَانَ يَأْكُلُ أَكْلًا كَثِيرًا فَأَسْلَمَ فَكَانَ يَأْكُلُ أَكْلًا قَلِيلًا فَذَكَرَ بِذَلِكَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ الْمُؤْمِنَ يَأْكُلُ فِي مِعًى وَاحِدٍ وَالْكَافِرُ يَأْكُلُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ» وَذَكَرَ أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ الْأَمْرَ تَكَرَّرَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ فِي الْحَالَيْنِ وَلَا يَكَادُ أَنْ يُوجَدَ هَذَا فِي غَيْرِهِ وَلِذَلِكَ أَنْكَرَ الصَّحَابَةُ مِثْلَ هَذَا لَمَّا كَانَ الْمُعْتَادُ عِنْدَهُمْ خِلَافَهُ حِينَ ذَكَرُوا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سُؤَالًا عَنْ سَبَبِهِ وَلَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ جَعَلَ هَذَا شَائِعًا فِي كُلِّ كَافِرٍ آمَنَ وَأَظْهَرَهُ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمْ، أَوْ فِي بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.
وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّ هَذَا تَمْثِيلٌ لِكَثْرَةِ الْأَكْلِ وَقِلَّتِهِ قَالَ: وَقِيلَ إنَّهُ فِي رَجُلٍ وَاحِدٍ مَخْصُوصٍ وَقِيلَ بَلْ الْكَافِرُ الْقَلِيلُ الْأَكْلِ لَوْ أَسْلَمَ لَكَانَ أَكْلُهُ أَقَلَّ لِبَرَكَةِ التَّسْمِيَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا يَحْتَمِلُ عِنْدِي مِنْ التَّأْوِيلِ.

[النَّهْيُ عَنْ الشُّرْبِ فِي آنِيَةِ الْفِضَّةِ وَالنَّفْخِ فِي الشَّرَابِ]
(ش) : قَوْلُهُ إنَّمَا يُجَرْجِرُ الْجَرْجَرَةُ صَوْتُ وُقُوعِ الْمَاءِ فِي الْجَوْفِ وَمَعْنَى ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ يُعَاقَبُ عَلَيْهِ فِي جَهَنَّمَ وَرُبَّمَا كَانَ ذَلِكَ بِأَنْ يَشْرَبَ مِنْهَا مَا يُسَمَّى مُهْلًا وَجَازَ شَرَابُهَا الَّذِي يُوصَفُ بِأَنَّهُ نَارٌ وَالْعَرَبُ تُسَمِّي الشَّيْءَ بِاسْمِ مَا يَئُولُ إلَيْهِ فَيُسَمَّى الْعَصِيرُ خَمْرًا إذَا أُرِيدَ بِهِ الْخَمْرُ وَتُسَمَّى الشِّدَّةُ مَوْتًا لِمَا كَانَ تَئُولُ إلَيْهِ وَهَذَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ اسْتِعْمَالِ آنِيَةِ الْفِضَّةِ فِي

(235/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَيُّوبَ السِّخْتِيَانِيِّ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَبِي الْمُثَنَّى الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «كُنْت عِنْدَ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ فَدَخَلَ عَلَيْهِ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ فَقَالَ لَهُ مَرْوَانُ أَسَمِعْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ نَهَى عَنْ النَّفْخِ فِي الشَّرَابِ فَقَالَ لَهُ أَبُو سَعِيدٍ نَعَمْ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي لَا أُرْوَى مِنْ نَفَسٍ وَاحِدٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَبِنْ الْقَدَحَ عَنْ فِيكَ، ثُمَّ تَنَفَّسْ فَقَالَ لَهُ أَرَى الْقَذَاةَ فِيهِ قَالَ: فَأَهْرِقْهَا») .

[المنتقى]

الشُّرْبِ.

وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ عَلِيُّ بْنُ مُسْهِرٍ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ نَافِعٍ فَقَالَ فِيهِ الَّذِي يَأْكُلُ، أَوْ يَشْرَبُ فِي آنِيَةِ الْفِضَّةِ وَالذَّهَبِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْأَكْلَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ غَيْرُ ابْنِ مُسْهِرٍ وَوَجْهُ تَحْرِيمِهِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى مَا فِيهِ مِنْ السَّرَفِ وَالتَّشَبُّهِ بِالْأَعَاجِمِ وَأَمَّا مُجَرَّدُ الشُّرْبِ فَلَا يَحْرُمُ كَالْبَلُّورِ الَّذِي لَهُ الثَّمَنُ الْكَثِيرُ وَرَوَى ابْنُ أَبِي لَيْلَى خَرَجْنَا مَعَ حُذَيْفَةَ وَذَكَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا تَشْرَبُوا فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَلَا تَأْكُلُوا فِي صِحَافِهِمَا فَإِنَّهَا لَهُمْ فِي الدُّنْيَا وَلَكُمْ فِي الْآخِرَةِ» وَهَذَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ اتِّخَاذِهَا وَكَذَلِكَ اسْتِعْمَالُ آنِيَتِهِمَا، أَوْ آنِيَةِ أَحَدِهِمَا فِي أَكْلٍ، أَوْ شُرْبٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا اسْتِعْمَالُ آنِيَةٍ فِيهَا تَضْبِيبٌ بِذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ فَإِنَّهُ أَيْضًا مَمْنُوعٌ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَشْرَبَ فِيهِ إذَا كَانَتْ فِيهِ حَلْقَةُ فِضَّةٍ، أَوْ تَضْبِيبُ شُعْبَتِهِ بِهَا وَكَذَلِكَ الْمِرْآةُ تَكُونُ فِيهَا الْحَلْقَةُ مِنْ الْفِضَّةِ لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَنْظُرَ فِيهَا الْوَجْهَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، أَوْ آنِيَةٍ فِيهَا شَيْءٌ مِنْهُمَا وَلَيْسَ بِثَابِتٍ وَرَوَى عَاصِمٌ الْأَحْوَلُ «رَأَيْت قَدَحَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِنْدَ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ وَكَانَ قَدْ انْصَدَعَ فَسَلْسَلَهُ بِفِضَّةٍ قَالَ أَنَسٌ لَقَدْ سَقَيْت فِيهِ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَكْثَرَ مِنْ كَذَا وَكَذَا» وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ كَانَ فِيهِ حَلْقَةٌ مِنْ حَدِيدٍ فَأَرَادَ أَنَسٌ أَنْ يَجْعَلَ مَكَانَهَا حَلْقَةً مِنْ ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ فَقَالَ لَهُ أَبُو طَلْحَةَ لَا تُغَيِّرْ شَيْئًا صَنَعَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَتَرَكَهُ فَلَا حُجَّةَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَنَسٌ سَلْسَلَهُ بِفِضَّةٍ بَعْدَ زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَبَعْدَ وَفَاةِ أَبِي طَلْحَةَ الَّذِي مَنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : نَهَى – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ النَّفْخِ فِي الشَّرَابِ حَمْلًا لِأُمَّتِهِ عَلَى مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ؛ لِأَنَّ النَّافِخَ فِي آنِيَةِ الْمَاءِ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ مِنْ رِيقِهِ فِيهَا شَيْءٌ مَعَ النَّفْخِ فَيَتَقَذَّرُهُ النَّاظِرُ وَيُفْسِدُهُ عَلَيْهِ وَقَوْلُ الرَّجُلِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي لَا أُرْوَى مِنْ نَفَسٍ وَاحِدٍ يَقْتَضِي أَنَّ التَّنَفُّسَ فِي الْإِنَاءِ مِنْ مَعْنَى النَّفْخِ.

وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: لَا يَنْفُخْ أَحَدٌ فِي طَعَامِهِ وَلَا شَرَابِهِ وَلَا يَتَنَفَّسْ أَحَدٌ فِي إنَاءٍ يَشْرَبُ فِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الرَّجُلِ لَا أُرْوَى مِنْ نَفَسٍ وَاحِدٍ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَكْفِيهِ مَا يَشْرَبُ مِنْ الْمَاءِ إلَّا بَعْدَ أَنْ يُعِيدَ التَّنَفُّسَ

فَسَمَّى مَا بَيْنَ التَّنَفُّسَيْنِ نَفَسًا فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَبِنْ الْقَدَحَ عَنْ فِيكَ، ثُمَّ تَنفَّسْ وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ الشُّرْبَ مِنْ نَفَسٍ وَاحِدٍ بَلْ أَقَرَّهُ عَلَيْهِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ إبَاحَتَهُ لَهُ وَأَمَّا مَا أَمَرَهُ بِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أَنْ يَبِينَ الْقَدَحَ عَنْ فِيهِ ثُمَّ يَتَنَفَّسَ قَلِيلًا فَرُبَّمَا يَرْجِعُ إلَى الْقَدَحِ مَعَ تَنَفُّسِهِ شَيْءٌ مِنْ رِيقِهِ، أَوْ مِنْ بَقِيَّةِ مَا فِي فِيهِ مِنْ الْمَاءِ، أَوْ غَيْرِهِ فَيَتَقَذَّرُهُ مَنْ يَشْرَبُ بَعْدَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ جَوَّزَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – الشُّرْبَ فِي نَفَسٍ وَاحِدٍ وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَعَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ –.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَعِكْرِمَةَ كَرَاهِيَةُ ذَلِكَ وَقَالَا هُوَ شُرْبُ الشَّيْطَانِ وَمَا اخْتَارَهُ مَالِكٌ أَظْهَرُ لِلْحَدِيثِ الْمُتَقَدِّمِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنِّي أَرَى الْقَذَاةَ فِيهِ يُرِيدُ فِي الْإِنَاءِ عَلَى وَجْهِ السُّؤَالِ عَنْ الْمَعَانِي الَّتِي تَدْعُوهُ إلَى النَّفْخِ فِي الشَّرَابِ؛ لِأَنَّهُ مَنْ رَأَى فِي شَرَابِهِ قَذَاةً يَدْفَعُهُ عَنْ مَوْضِعِ شَرَابِهِ بِالنَّفْخِ فِيهِ فَأَعْلَمَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَا يَصِلُ بِهِ إلَى إزَالَتِهِ وَدَفْعِ ضَرَرِهِ مَعَ تَرْكِ النَّفْخِ فِيهِ وَهُوَ إرَاقَةُ بَعْضِ مَا فِيهِ مِنْ الْمَاءِ

(236/7)

مَا جَاءَ فِي شُرْبِ الرَّجُلِ وَهُوَ قَائِمٌ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانُوا يَشْرَبُونَ قِيَامًا مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ وَسَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَا لَا يَرَيَانِ بِ شُرْبِ الْإِنْسَانِ وَهُوَ قَائِمٌ بَأْسًا مَالِكٌ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَشْرَبُ قَائِمًا) .

السُّنَّةُ فِي الشُّرْبِ وَمُنَاوَلَتِهِ عَنْ الْيَمِينِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أُتِيَ بِلَبَنٍ قَدْ شِيبَ

[المنتقى]

لِكَثْرَةِ وُجُودِهِ وَقِلَّةِ الْحَاجَةِ إلَى ذَلِكَ الْقَدْرِ الَّذِي يُرِيقُ مِنْهُ قَالَ مَالِكٌ فِي قَوْلِهِ فَأَهْرِقْهَا يَعْنِي أَخِّرْ الْإِنَاءَ عَنْ شَفَتَيْك، ثُمَّ أَهْرِقْهَا وَقَالَ غَيْرُهُ الْقَذَاةُ عُودٌ، أَوْ شَيْءٌ يَقَعُ فِيهِ يَتَأَذَّى بِهِ الشَّارِبُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا إذَا كَانَ فِي الْإِنَاءِ لَبَنٌ أَوْ شَرَابٌ فَإِنَّهُ يُتَوَصَّلُ إلَى إزَالَتِهِ بِمَا أَمْكَنَهُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَيُكْرَهُ النَّفْخُ فِي الطَّعَامِ كَمَا يُكْرَهُ النَّفْخُ فِي الشَّرَابِ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ يُتَوَقَّعُ أَنْ يُسْرِعَ إلَيْهِ مِنْ رِيقِ النَّافِخِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ مَا يَتَقَذَّرُ بِهِ ذَلِكَ الطَّعَامُ كَمَا يَتَقَذَّرُ الشَّرَابُ.

[مَا جَاءَ فِي شُرْبِ الرَّجُلِ وَهُوَ قَائِمٌ]

(ش) : وَعَلَى هَذَا جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ فِي جَوَازِ الشُّرْبِ قَائِمًا وَقَدْ كَرِهَهُ قَوْمٌ لِأَحَادِيثَ وَرَدَتْ فِيهِ فِيهَا نَظَرٌ وَإِنْ كَانَ مُسْلِمٌ قَدْ أَخْرَجَهَا فِي صَحِيحِهِ وَلَمْ يُخْرِجْهَا الْبُخَارِيُّ مِنْهَا حَدِيثٌ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي عَرُوبَةَ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ عَنْ «النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ نَهَى أَنْ يَشْرَبَ الرَّجُلُ قَائِمًا» قَالَ قَتَادَةُ فَقُلْنَا فَالْأَكْلُ قَالَ ذَلِكَ أَشَرُّ وَأَخْبَثُ وَتَابَعَهُ هِشَامٌ الدَّسْتُوَائِيُّ عَنْ قَتَادَةَ وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْأَكْلِ وَخَالَفَهُمَا شُعْبَةُ فَرَوَاهُ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَبِي عَبْسٍ الْأُسْوَارِيِّ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَتَابَعَهُ هَمَّامٌ عَنْ قَتَادَةَ وَهَذَا الْحَدِيثُ فِيهِ مِنْ الِاضْطِرَابِ عَلَى قَتَادَةَ مَا لَا تَحْمِلُهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لِمُخَالَفَةِ أَئِمَّةَ الصَّحَابَةِ.

وَالْأَحَادِيثُ الْمُتَّفَقُ عَلَى صِحَّتِهَا مُعَارِضَةٌ لَهَا وَلَيْسَ فِي حَدِيثِ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ حَدَّثَنَا وَكَانَ شُعْبَةُ يَتَّقِي مِنْ حَدِيثِهِ مِمَّا لَا يُصَرِّحُ فِيهِ بِحَدَّثَنَا وَأَبُو عَبْسٍ الْأُسْوَارِيُّ غَيْرُ مَشْهُورٍ وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ بْنِ حَمْزَةَ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ الْمُرِّيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا يَشْرَبُ أَحَدٌ مِنْكُمْ قَائِمًا فَمَنْ نَسِيَ فَلْيَسْتَقِئْ» وَهَذَا الْحَدِيثُ أَيْضًا رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ حَمْزَةَ وَلَا يَحْتَمِلُ مِثْلَ هَذَا وَحَدِيثُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَصَحُّ إسْنَادًا وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَوَاهُ أَبُو عَوَانَةَ عَنْ عَاصِمٍ الْأَحْوَلِ عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «سَقَيْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ زَمْزَمَ فَشَرِبَ وَهُوَ قَائِمٌ» وَعَاصِمٌ حَافِظٌ مُتْقِنٌ رَوَاهُ عَنْهُ ابْنُ سُفْيَانَ وَهُشَيْمٌ وَشُعْبَةُ وَتَابَعَهُ عَلَيْهِ الْمُغِيرَةُ مَعَ عَمَلِ الْأَئِمَّةِ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالَّذِي يَظْهَرُ لِي أَنَّ الصَّحِيحَ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ إنَّمَا هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الِاسْتِقَاءُ عَلَى مَنْ شَرِبَ قَائِمًا نَاسِيًا وَلَوْ صَحَّ الْحَدِيثُ لَجَازَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنَّهُ نَهَى عَنْ إنَاءِ شَرَابٍ لَهُ وَلِأَصْحَابِهِ أَنْ يَبْدَأَ بِشُرْبِهِ قَائِمًا قَبْلَ أَنْ يَجْلِسَ وَلَوْ أَسْهَمَ فِيهِ وَيَكُونُ آخِرَهُمْ شُرْبًا إنْ كَانَ سَاقِيَهُمْ وَرَوَى النَّزَّالُ بْنُ سَبْرَةَ أَنَّ عَلِيًّا شَرِبَ قَائِمًا وَقَالَ أَنَسٌ يَكْرَهُونَ هَذَا وَإِنِّي رَأَيْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - شَرِبَ قَائِمًا وَحَدِيثُ النَّزَّالِ بْنِ سَبْرَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - صَحِيحٌ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ تَنَاوُلُ غِذَاءٍ كَالْأَكْلِ وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ أَكْلِ الْقَائِمِ.

وَرُوِيَ جَوَازُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَعَبْدِ

اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَهُوَ قَوْلُ الْعُلَمَاءِ قَالَ مَالِكٌ وَلَا بَأْسَ بِالشُّرْبِ قَائِمًا وَقَالَ النَّخَعِيُّ إنَّمَا كُرِهَ الشُّرْبُ قَائِمًا لِدَاءٍ يَأْخُذُ الْبَطْنَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(237/7)

بِمَاءٍ وَعَنْ يَمِينِهِ أَعْرَابِيٌّ وَعَنْ يَسَارِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ فَشَرِبَ، ثُمَّ أَعْطَى الْأَعْرَابِيَّ وَقَالَ الْأَيْمَنَ الْأَيْمَنَ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ الْأَنْصَارِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أُتِيَ بِشَرَابٍ فَشَرِبَ مِنْهُ وَعَنْ يَمِينِهِ غُلَامٌ وَعَنْ يَسَارِهِ الْأَشْيَاخُ فَقَالَ لِلْغُلَامِ أَتَأْذَنُ لِي أَنْ أُعْطِيَ هَؤُلَاءِ الْأَشْيَاخَ فَقَالَ: لَا وَاَللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا أُوثِرُ بِنَصِيبِي مِنْك أَحَدًا قَالَ: فَتَلَّهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي يَدِهِ») .

جَامِعُ مَا جَاءَ فِي الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ قَالَ: أَبُو طَلْحَةَ لِأُمِّ سُلَيْمٍ «لَقَدْ سَمِعْت صَوْتَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ضَعِيفًا أَعْرِفُ فِيهِ الْجُوعَ فَهَلْ عِنْدَك مِنْ شَيْءٍ فَقَالَتْ نَعَمْ فَأَخْرَجَتْ أَقْرَاصًا مِنْ شَعِيرٍ، ثُمَّ أَخَذَتْ خِمَارًا لَهَا ثُمَّ لَفَّتْ الْخُبْزَ بِبَعْضِهِ، ثُمَّ رَمَتْهُ تَحْتَ يَدَيَّ وَرَدَّتْنِي بِبَعْضِهِ، ثُمَّ أَرْسَلَتْنِي إلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: فَذَهَبْت بِهِ فَوَجَدْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ وَمَعَهُ النَّاسُ فَقُمْت عَلَيْهِمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَرْسَلَك أَبُو طَلْحَةَ؟ قَالَ: فَقُلْت: نَعَمْ، قَالَ لِطَعَامٍ؟ فَقُلْت: نَعَمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِمَنْ مَعَهُ: قُومُوا قَالَ: فَانْطَلَقَ وَانْطَلَقْت بَيْنَ أَيْدِيهِمْ حَتَّى جِئْت أَبَا طَلْحَةَ فَأَخْبَرْته فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ يَا أُمَّ سُلَيْمٍ قَدْ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالنَّاسِ وَلَيْسَ عِنْدَنَا مِنْ الطَّعَامِ مَا نُطْعِمُهُمْ فَقَالَتْ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قَالَ: فَانْطَلَقَ أَبُو طَلْحَةَ حَتَّى لَقِيَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَقْبَلَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَبُو طَلْحَةَ مَعَهُ حَتَّى دَخَلَا فَقَالَ

[المنتقى]

[السُّنَّةُ فِي الشُّرْبِ وَمُنَاوَلَتِهِ عَنْ الْيَمِينِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أُتِيَ بِلَبَنٍ قَدْ شِيبَ بِمَاءٍ يَقْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ لِلشُّرْبِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشَابَ لِلْبَيْعِ لِمَا فِيهِ مِنْ الْغِشِّ وَالْجَهْلِ بِحَالِ الْمَبِيعِ وَقَدْرِ مَا فِيهِ مِنْ الْمَاءِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعَنْ يَمِينِهِ أَعْرَابِيٌّ وَعَنْ يَسَارِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَا يُدْرَى أَيُّهُمَا كَانَ نَزَلَ قَبْلَ صَاحِبِهِ فَقَدْ يَنْزِلُ الْأَعْرَابِيُّ قَبْلَ أَبِي بَكْرٍ، ثُمَّ يَأْتِي أَبُو بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَلَمْ يُقِمْهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِأَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُقِمْ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ مِنْ مَجْلِسٍ، ثُمَّ يَجْلِسُ فِيهِ» .

(فَصْلٌ) :

قَوْلُهُ فَشَرِبَ، ثُمَّ أَعْطَى الْأَعْرَابِيَّ وَقَالَ الْأَيْمَنَ فَالْأَيْمَنَ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ التَّيَامُنَ مَشْرُوعٌ فِي مُنَاوَلَةِ الشَّرَابِ وَالطَّعَامِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُمَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ أُتِيَ بِشَرَابٍ وَمَعَهُ غَيْرُهُ فَلْيُعْطِهِ إنْ شَرِبَ الْأَيْمَنَ فَالْأَيْمَنَ.

وَقَالَ فِي حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ: إنَّهُ كَانَ عَنْ يَمِينِهِ غُلَامٌ يَعْنِي عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَعَنْ يَسَارِهِ الْأَشْيَاخُ قِيلَ إنَّهُ كَانَ عَنْ يَسَارِهِ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَرْمَلَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مُفَسَّرًا فَقَالَ: أَتَأْذَنُ لِي أَنْ أُعْطِيَ الْأَشْيَاخَ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ حُقُوقِهِ أَنْ يُعْطِيَهُ إيَّاهُ مَا اسْتَأْذَنَهُ فِيهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَ التَّيَامُنِ فِي الْمُنَاوَلَةِ آكَدُ مِنْ حُكْمِ السِّنِّ؛ لِأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَمْ يَبْلُغْ حِينَئِذٍ الْحُلُمَ وَاسْتَحَقَّ ذَلِكَ التَّيَامُنَ مِنْ دُونِ الْأَشْيَاخِ وَمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: كَبِّرْ كَبِّرْ» فَإِنَّمَا ذَلِكَ مَعَ تَسَاوِي الْأَحْوَالِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ أَشْهَبَ يُسْتَحَبُّ فِي مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ أَنْ يَبْدَءُوا بِالْأَيْمَنِ فَالْأَيْمَنِ فِي الْكِتَابِ بِالشَّهَادَاتِ فِي الْمَجْلِسِ وَالْوُضُوءِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[جَامِعُ مَا جَاءَ فِي الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ]

ِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ قَالَ: أَبُو طَلْحَةَ لِأُمِّ سُلَيْمٍ «لَقَدْ سَمِعْت صَوْتَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ضَعِيفًا أَعْرِفُ فِيهِ الْجُوعَ فَهَلْ عِنْدَك مِنْ شَيْءٍ فَقَالَتْ نَعَمْ فَأَخْرَجَتْ أَقْرَاصًا مِنْ شَعِيرٍ، ثُمَّ أَخَذَتْ خِمَارًا لَهَا ثُمَّ لَفَّتْ الْخُبْزَ بِبَعْضِهِ، ثُمَّ رَمَتْهُ تَحْتَ يَدَيَّ وَرَدَّتْنِي بِبَعْضِهِ، ثُمَّ أَرْسَلَتْنِي إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: فَذَهَبْت بِهِ فَوَجَدْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ وَمَعَهُ النَّاسُ فَقُمْت عَلَيْهِمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَرْسَلَك أَبُو طَلْحَةَ؟ قَالَ: فَقُلْت: نَعَمْ، قَالَ لِطَعَامٍ؟ فَقُلْت: نَعَمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمَنْ مَعَهُ: قُومُوا قَالَ: فَانْطَلَقَ وَانْطَلَقْت بَيْنَ أَيْدِيهِمْ حَتَّى

جِئْت أَبَا طَلْحَةَ فَأَخْبَرْته فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ يَا أُمَّ سُلَيْمٍ قَدْ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالنَّاسِ وَلَيْسَ عِنْدَنَا مِنْ الطَّعَامِ مَا نُطْعِمُهُمْ فَقَالَتْ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قَالَ: فَانْطَلَقَ أَبُو طَلْحَةَ حَتَّى لَقِيَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَقْبَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَبُو طَلْحَةَ مَعَهُ حَتَّى دَخَلَا فَقَالَ

(238/7)

رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَلُمِّي يَا أُمَّ سُلَيْمٍ مَا عِنْدَك فَأَتَتْ بِذَلِكَ الْخُبْزِ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَفُتَّ وَعَصَرَتْ عَلَيْهِ أُمُّ سُلَيْمٍ عُكَّةً لَهَا فَأَدَمَتْهُ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ حَتَّى أَكَلَ الْقَوْمُ كُلُّهُمْ وَشَبِعُوا وَالْقَوْمُ سَبْعُونَ رَجُلًا، أَوْ ثَمَانُونَ رَجُلًا»)

[المنتقى]

رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَلُمِّي يَا أُمَّ سُلَيْمٍ مَا عِنْدَك فَأَتَتْ بِذَلِكَ الْخُبْزِ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَفُتَّ وَعَصَرَتْ عَلَيْهِ أُمُّ سُلَيْمٍ عُكَّةً لَهَا فَأَدَمَتْهُ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ فَأَذِنَ لَهُمْ فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ حَتَّى أَكَلَ الْقَوْمُ كُلُّهُمْ وَشَبِعُوا وَالْقَوْمُ سَبْعُونَ رَجُلًا، أَوْ ثَمَانُونَ رَجُلًا») (ش) : قَوْلُ أَبِي طَلْحَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِزَوْجِهِ أُمِّ سُلَيْمٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لَقَدْ سَمِعْت صَوْتَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ضَعِيفًا أَعْرِفُ فِيهِ الْجُوعَ يَقْتَضِي أَنَّ الْأَنْبِيَاءَ – عَلَيْهِمْ السَّلَامُ – قَدْ تُبْتَلَى بِالْجُوعِ وَالْآلَامِ لِيَعْظُمَ ثَوَابُهُمْ وَتُرْفَعَ دَرَجَاتُهُمْ بِمَا رُوِيَ عَنْهُمْ مِنْ الدُّنْيَا وَلَحِقَهُمْ فِيهَا مِنْ الْجُوعِ وَالشِّدَّةِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِنَ الأَمْوَالِ وَالأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ} [البقرة: 155] وَاسْتِدْلَالُ أَبِي طَلْحَةَ عَلَى مَا بِالنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الْجُوعِ بِضَعْفِ صَوْتِهِ يَدُلُّ عَلَى صَبْرِهِ وَأَنَّهُ لَمْ يُخْبِرْ بِمَا يَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ أَحَدًا وَإِنْ كَانَ قَدْ بَلَغَ مِنْهُ الْجَهْدَ مَا ضَعُفَ بِهِ صَوْتُهُ.

وَقدْ رُوِيَ عَنْ سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ «أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ مَرَّ بِقَوْمٍ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ شَاةٌ مَصْلِيَّةٌ فَدَعَوْهُ فَأَبَى أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا وَقَالَ: خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الدُّنْيَا وَلَمْ يَشْبَعْ مِنْ خُبْزِ الشَّعِيرِ» وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَشْبَعُ مِنْ أَقَلِّ الْأَقْوَاتِ وَهُوَ الشَّعِيرُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ شِبَعٌ فِي يَوْمٍ مِنْ الْأَيَّامِ وَأَنَّهُ كَانَ فِي وَقْتِ الْغِنَى وَالْيَسَارِ لَا يَشْبَعُ بَلْ يَقْتَصِرُ عَلَى مَا دُونَ الشِّبَعِ وَيُؤْثِرُ بِمَا كَانَ يُبْلِغُهُ الشِّبَعَ لَوْ تَنَاوَلَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَشْبَعُ مِنْهُ فِي الْجُمْلَةِ وَإِنْ كَانَ قَدْ وُجِدَ مِنْهُ الشِّبَعُ فِي بَعْضِ الْأَيَّامِ وَلِذَلِكَ يُقَالُ فُلَانٌ جَائِعٌ إذَا وُصِفَ بِذَلِكَ فِي غَالِبِ أَمْرِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ أَبِي طَلْحَةَ فَهَلْ عِنْدَك مِنْ شَيْءٍ عَلَى وَجْهِ الْتِمَاسِ مَا يُهْدِيهِ إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِيُمْسِكَ بِهِ رَمَقَهُ وَيُقَلِّلَ مِنْ ضَعْفِهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى قِلَّةِ مَا عِنْدَ أَبِي طَلْحَةَ مِنْ ذَلِكَ وَلَوْ كَانَ عِنْدَهُ كَثِيرٌ مِنْ الْقُوتِ لَمَا احْتَاجَ أَنْ يَسْأَلَهَا هَلْ عِنْدَهَا شَيْءٌ أَمْ لَا هَذَا عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَكْثَرَ الْأَنْصَارِ مَالًا وَنَخْلًا وَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّهَا كَانَتْ سَنَةَ شِدَّةٍ شَامِلَةٍ فَقَالَتْ لَهُ أُمُّ سُلَيْمٍ نَعَمْ وَأَخْرَجَتْ أَقْرَاصًا مِنْ شَعِيرٍ وَذَلِكَ أَفْضَلُ مَا كَانَ عِنْدَهَا يُسْتَدَلُّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهَا كَانَتْ لَا تُرْسِلُ إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا أَفْضَلَ مَا عِنْدَهَا؛ وَلِأَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ تَتَفَاخَرُ بِحُسْنِ الْقِرَى وَسَعَتِهِ وَأَرْسَلَتْ بِهَذَا إلَى الْمَسْجِدِ حَيْثُ كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِحَضْرَةِ النَّاسِ فَلَمْ يَكُنْ يُرْسِلُ إلَّا بِمَا يُمْدَحُ بِهِ دُونَ مَا يُذَمُّ بِهِ وَقَدْ تَنَاوَلَتْ ذَلِكَ بِأَفْضَلِ مَا أَمْكَنَهَا بِأَنْ لَفَّتْ أَقْرَاصَ الشَّعِيرِ بِخِمَارٍ وَرَدَّتْ أَنَسًا بِبَعْضِهِ لِأَنَّ كُلَّ مُهْدٍ يُحِبُّ أَنْ يُجَمِّلَ هَدِيَّتَهُ وَيُحَسِّنَهَا وَيُلْبِسَهَا أَفْضَلَ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يُرَدُّ إلَيْهِ وَقَدْ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ أَرَاهُ كَانَ مِنْ صُوفٍ، أَوْ كَتَّانٍ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ حَرِيرٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَوَجَدْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ وَمَعَهُ النَّاسُ يَقْتَضِي أَنَّهَا خَصَّتْهُ بِهَذِهِ الْهَدِيَّةِ دُونَ أَنْ تُرْسِلَهَا إلَى دَارٍ مِنْ دُورِ نِسَائِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَا عَلِمَتْ مِنْ شُمُولِ الْمَجَاعَةِ لِجَمِيعِ أَزْوَاجِهِ فَوَصَلَ ذَلِكَ إلَيْهِ لِيَصْرِفَ مَا فَضَلَ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ حَيْثُ شَاءَ مِنْ الْمُوَاسَاةِ أَوْ إيثَارِ مَنْ رَأَى إيثَارَهُ فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قِيَامَ أَنَسٍ عَلَيْهِمْ عَلَى تِلْكَ الْحَالِ تَوَهَّمَ مَا أَتَى بِهِ فَسَأَلَ عَنْهُ تَحَقُّقًا لَهُ فَلَمَّا أَخْبَرَهُ بِهِ قَالَ لِمَنْ مَعَهُ مِنْ النَّاسِ قُومُوا وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ مَا يَحْمِلُهُ أَنَسٌ تَحْتَ يَدِهِ مِنْ الْخُبْزِ لَا يَكْفِي الْعَدَدَ الْيَسِيرَ مِنْهُمْ مَعَ الْمَجَاعَةِ وَشِدَّةِ الْحَالِ فَكَيْفَ بِأَنْ يَفْضُلَ عَنْ جَمِيعِهِمْ وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْ الْمَعْلُومِ الْمُعْتَادِ فِي ذَلِكَ إلَّا بِوَحْيٍ يَعْلَمُ بِهِ أَنَّهُ سَيَكْفِي ذَلِكَ الْيَسِيرُ جَمِيعَهُمْ وَلَوْ جَرَى فِيهِ عَلَى

. . . .

[المنتقى]

الْمَعْهُودِ وَقَسَمَهُ بَيْنَهُمْ لَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إلَّا قَدْرٌ يَسِيرٌ لَا يَكَادُ يَنْتَفِعُ بِهِ إلَّا الْمَنْفَعَةَ الْيَسِيرَةَ الَّتِي لَا تُذْهِبُ جُوعًا وَلَا تَرْتَجِعُ قُوَّةً.

وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيث عَمْرُو بْنُ يَحْيَى عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَنَسٍ فَقَالَ فِيهِ «فَقَامَ أَبُو طَلْحَةَ عَلَى الْبَابِ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّمَا كَانَ شَيْءٌ يَسِيرٌ قَالَ: نَعْلَمُهُ فَإِنَّ اللَّهَ سَيَجْعَلُ فِيهِ الْبَرَكَةَ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِنَّمَا سَاغَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَحْمِلَ الْقَوْمَ إلَى طَعَامِ أَبِي طَلْحَةَ وَإِنْ كَانَ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي ذَلِكَ وَقَدْ دَعَاهُ أَبُو شُعَيْبٍ خَامِسَ خَمْسَةٍ لِطَعَامٍ فَتَبِعَهُمْ رَجُلٌ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنَّ هَذَا تَبِعَ فَإِنْ شِئْت أَذِنْت لَهُ وَإِنْ شِئْت تَرَكْته فَقَالَ أَبُو شُعَيْبٍ قَدْ أَذِنْت لَهُ وَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ: إنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَعَلَ ذَلِكَ فِي قِصَّةِ أَبِي طَلْحَةَ لَمَّا عَلِمَ مِنْ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ يَسُرُّهُ ذَلِكَ وَهَذَا وَإِنْ كَانَ مُحْتَمَلًا فَغَيْرُهُ أَظْهَرُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ يَسُرُّهُ أَنْ يَحْمِلَ إلَيْهِ سَبْعِينَ، أَوْ ثَمَانِينَ رَجُلًا فَقَدْ كَانَ أَبُو شُعَيْبٍ مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالْفَضْلِ وَكَانَ يَعْلَمُ مِنْهُ أَنَّهُ يَسُرُّهُ زِيَادَةُ وَاحِدٍ كَمَا فَعَلَ لَكِنَّهُ جَرَى فِي ذَلِكَ عَلَى مَا سَنَّهُ لِأُمَّتِهِ بَعْدَهُ لَمَّا كَانَتْ حَالُهُ تُشَارِكُهُمْ فِيهَا.

وَأَمَّا قِصَّةُ أَبِي طَلْحَةَ فَتَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبَرَكَةَ فِي الطَّعَامِ الَّتِي بِهَا كَفَى الْعَدَدَ الْكَثِيرَ لَمْ تَكُنْ مِنْ قِبَلِ أَبِي طَلْحَةَ وَإِنَّمَا كَانَتْ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنَّمَا أَجْرَى اللَّهُ – تَعَالَى – عَلَى يَدِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْبَرَكَةَ فَكَانَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهَا وَمَا كَانَ لِأَبِي طَلْحَةَ فِيهَا إلَّا أَنْ يَخْتَصَّ بِذَلِكَ بِمَنْزِلِهِ لَمَّا كَانَ سَبَبَهَا وَهَذِهِ بَرَكَةٌ خُصَّ بِهَا يُعْلَمُ أَنَّ كُلَّ مُؤْمِنٍ يَرْغَبُ فِيهَا وَيَحْرِصُ عَلَيْهَا إذَا تَفَضَّلَ اللَّهُ بِهَا وَقَدْ دَعَا أَهْلَ الْخَنْدَقِ وَهُمْ أَلْفٌ فِي رِوَايَةِ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنْ جَابِرٍ إلَى صَاعِ بَعِيرٍ وَبَهِيمَةٍ صَنَعَهَا جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَقَالَ لَهُ: تَعَالَ أَنْتَ وَنَفَرٌ مَعَك، وَأَعْلَمَهُ بِقَدْرِ مَا صَنَعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْ فِي ذَلِكَ جَابِرًا لَمَّا كَانَ الَّذِي يَكْفِي أَهْلَ الْخَنْدَقِ لَيْسَ مِنْ عِنْدِ جَابِرٍ وَإِنَّمَا هِيَ بَرَكَةٌ تَفَضَّلَ اللَّهُ بِهَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَكْرَمَهُ اللَّهُ بِهَا وَخَصَّ بِهَا مَنْزِلَ جَابِرٍ لَمَّا كَانَ سَبَبُهَا مِنْ عِنْدِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ قِصَّةُ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ الْأَقْرَاصَ الَّتِي دَعَا إلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمُؤْمِنِينَ قَدْ كَانَتْ أُهْدِيَتْ لَهُ وَمَلَكَهَا

بِالْقَبُولِ فَإِنَّمَا دَعَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَصْحَابَهُ إلَى طَعَامٍ قَدْ مَلَكَهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إلَى إذْنِ أَبِي طَلْحَةَ وَلَا غَيْرِهِ عَلَى أَنَّهُ قَدْ رَوَى سُفْيَانُ بْنُ أَبِي رَبِيعَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ أُمَّ سُلَيْمٍ جَشَّتْ مُدَّيْنِ مِنْ شَعِيرٍ وَجَعَلَتْ مِنْهُ قَطِيفَةً وَعَصَرَتْ عَلَيْهِ عُكَّةً، ثُمَّ بَعَثَتْنِي إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَدَعَوْته قَالَ: وَمَنْ مَعِي فَجِئْت فَقُلْت: إنَّهُ يَقُولُ وَمَنْ مَعِي فَخَرَجَ أَبُو طَلْحَةَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّمَا هُوَ شَيْءٌ صَنَعَتْهُ أُمُّ سُلَيْمٍ.

وَقَدْ ذَكَرَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي لَيْلَى فِي رِوَايَتِهِ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ فَأَكَلُوا حَتَّى فَضَلَ ذَلِكَ الثَّمَانِينَ رَجُلًا، ثُمَّ أَكَلَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْدَ ذَلِكَ وَأَهْلُ الْبَيْتِ وَتَرَكُوا سُؤْرًا وَفِي رِوَايَةِ سَعْدِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَنَسٍ حَتَّى إذَا لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ إلَّا دَخَلَ فَأَكَلَ حَتَّى شَبِعَ، ثُمَّ هَيَّأَهَا فَإِذَا هِيَ مِثْلُهَا حِينَ أَكَلُوا مِنْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ أَبِي طَلْحَةَ يَا أُمَّ سُلَيْمٍ قَدْ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالنَّاسِ وَلَيْسَ عِنْدَنَا مِنْ الطَّعَامِ مَا نُطْعِمُهُمْ يَقْتَضِي إشْفَاقَهُ مِنْ قِلَّةِ طَعَامِهِ مَعَ كَثْرَةِ مَنْ أَتَى مَعَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَكَانَ مِمَّا يَشُقُّ عَلَيْهِمْ أَنْ يَقِلَّ طَعَامُهُمْ عَنْ أَكْلِهِ فَقَالَتْ أُمُّ سُلَيْمٍ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، مَعْنَاهُ أَنَّهُ قَدْ رَأَى قَدْرَ الطَّعَامِ وَرَأَى قَدْرَ مَنْ يَأْتِي مَعَهُ مِنْ النَّاسِ وَلَيْسَ ذَلِكَ إلَّا لِمَعْنًى يَرْجُوهُ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَتَلَقِّي أَبِي طَلْحَةَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ حُسْنِ الْأَخْلَاقِ وَالْبِرِّ بِالضَّيْفِ الْقَادِمِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَا أُمَّ سُلَيْمٍ هَلُمِّي مَا عِنْدَك يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْأَقْرَاصَ الَّتِي دَعَا بِهَا أَنَسٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ مَا عِنْدَهَا مِنْ إدَامٍ تَأْدِمُهُ بِهِ إلَّا أَنَّ قَوْلَ أَنَسٍ فَأَتَتْ بِذَلِكَ الْخُبْزِ ظَاهِرُهُ أَنَّ السُّؤَالَ كَانَ عَنْهُ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَفُتَّ يَحْتَمِلُ أَنْ يَقْصِدَ بِذَلِكَ بَرَكَةَ الثَّرِيدِ وَأَنَّهُ

(240/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «طَعَامُ الِاثْنَيْنِ كَافِي الثَّلَاثَةِ وَطَعَامُ الثَّلَاثَةِ كَافِي الْأَرْبَعَةِ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «أَغْلِقُوا الْبَابَ وَأَوْكِئُوا السِّقَاءَ وَأَكْفِئُوا الْإِنَاءَ، أَوْ خَمِّرُوا الْإِنَاءَ وَأَطْفِئُوا الْمِصْبَاحَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَا

يَفْتَحُ غَلْقًا وَلَا يَحِلُّ وِكَاءً وَلَا يَكْشِفُ إنَاءً وَإِنَّ الْفُوَيْسِقَةَ تُضْرِمُ عَلَى النَّاسِ بَيْتَهُمْ») .

[المنتقى]

أَبْرَكُ مِنْ غَيْرِهِ وَعَصَرَتْ عَلَيْهِ أُمُّ سُلَيْمٍ عُكَّةً لَهَا فَأَدَمَتْهُ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مِنْ الدُّعَاءِ فِيهِ بِالْبَرَكَةِ وَالذِّكْرِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِمَّا انْفَرَدَ بِعِلْمِهِ الَّذِي يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَجْهَرْ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: ائْذَنْ لِعَشَرَةٍ لَمَّا كَانَ عَدَدُهُمْ مِنْ الْكَثْرَةِ بِحَيْثُ لَا يَكَادُ أَنْ يَحْمِلَهُمْ مَوْضِعٌ عَلَى حَالَةِ الْأَكْلِ لَا سِيَّمَا مِنْ صَحْفَةٍ وَاحِدَةٍ وَدَعَا مِنْ الْقَوْمِ بِعَدَدٍ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ بِعَشَرَةٍ حَتَّى أَكَلَ الْقَوْمُ كُلُّهُمْ وَشَبِعُوا وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الشِّبَعِ قَالَ: وَهُمْ سَبْعُونَ، أَوْ ثَمَانُونَ رَجُلًا وَهَذَا مِنْ الْمُعْجِزَاتِ الْعَظِيمَةِ الَّتِي فَتَحَ اللَّهُ بِهَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَجَعَلَهَا رَحْمَةً لِهَذِهِ الْأُمَّةِ مَنْ حَضَرَ وَمَنْ لَمْ يَحْضُرْ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «طَعَامُ الِاثْنَيْنِ كَافِي الثَّلَاثَةِ وَطَعَامُ الثَّلَاثَةِ كَافِي الْأَرْبَعَةِ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – طَعَامُ الِاثْنَيْنِ كَافِي الثَّلَاثَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ مَا اتَّخَذَهُ الِاثْنَانِ لِقُوتِهِمْ الْمُعْتَادِ يَكْفِي الثَّلَاثَةَ؛ لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْمُوَاسَاةِ، وَمَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –: الْحَضُّ عَلَى الْمُوَاسَاةِ وَتَخْفِيفُ أَمْرِهَا وَأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا إتْلَافُ مَالٍ وَلَا كَبِيرُ مَشَقَّةٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ مَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ إذَا اجْتَمَعَتْ الْأَيْدِي وَكَانَتْ الْمُوَاسَاةُ وَأَكَلَ النَّاسُ عَظُمَتْ الْبَرَكَةُ وَقَدْ هَمَّ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِي سَنَةِ مَجَاعَةٍ أَنْ يَجْعَلَ مَعَ أَهْلِ كُلِّ بَيْتٍ مِثْلَهُمْ. وَقَالَ: إنَّ الرَّجُلَ لَنْ يَهْلِكَ عَلَى نِصْفِ قُوتِهِ وَقَدْ رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «طَعَامُ الْوَاحِدِ يَكْفِي الِاثْنَيْنِ، وَطَعَامُ الِاثْنَيْنِ يَكْفِي الْأَرْبَعَةَ وَطَعَامُ الْأَرْبَعَةِ يَكْفِي ثَمَانِيَةً» لَعَلَّهُ أَرَادَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِنْدَ الْمُوَاسَاةِ فِي الشِّدَّةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَغْلِقُوا الْبَابَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – بِاللَّيْلِ إذَا نِمْتُمْ. وَقَدْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَطْفِئُوا الْمَصَابِيحَ بِاللَّيْلِ إذَا رَقَدْتُمْ وَأَغْلِقُوا الْأَبْوَابَ وَأَوْكِئُوا الْأَسْقِيَةَ، أَوْ خَمِّرُوا الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ» فَأَمَرَ بِإِطْفَاءِ الْمَصَابِيحِ عِنْدَ الرُّقَادِ بِلَيْلٍ وَعَطَفَ عَلَى ذَلِكَ غَلْقَ الْأَبْوَابِ وَغَيْرَهَا فَالظَّاهِرُ مِنْهُ مَا قَدَّمْنَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَيَحْتَمِلُ

أَنْ يُرِيدَ سَائِرَ الْأَوْقَاتِ عَلَى مَا يُرِيدُ النَّاسُ حِفْظَهُ مِنْ الْأَمْوَالِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ أَحْرَزُ لِمَا يُرَادُ حِفْظُهُ وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: وَأَوْكِئُوا السِّقَاءَ أَرْبِطُوهُ وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَكْفِئُوا الْإِنَاءَ مَعْنَاهُ اقْلِبُوهُ وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَوْ خَمِّرُوا الْإِنَاءَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ شَكًّا مِنْ الرَّاوِي وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَفْظُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَأَنَّ مَعْنَاهُ أَكْفِئُوهُ إنْ كَانَ فَارِغًا، أَوْ خَمِّرُوهُ إنْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ فَإِنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الشَّيْطَانَ أَنْ يَتَنَاوَلَ شَيْئًا مِمَّا فِي الْمَمْلُوءِ أَوْ يَتْبَعَ شَيْئًا مِمَّا فِي الْفَارِغِ مِنْ بَقِيَّةٍ، أَوْ رَائِحَةٍ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ جَاءَ رَجُلٌ يُقَالُ لَهُ أَبُو حُمَيْدٍ بِقَدَحِ لَبَنٍ مِنْ الْبَقِيعِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَلَا خَمَّرْته وَلَوْ أَنْ تَعْرِضَ عَلَيْهِ عُودًا وَرَوَى الْقَعْقَاعُ بْنُ حَكِيمٍ عَنْ جَابِرٍ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «غَطُّوا الْإِنَاءَ فَإِنَّ فِي السَّنَةِ لَيْلَةً يَنْزِلُ فِيهَا وَبَاءٌ لَا يَمُرُّ بِإِنَاءٍ لَيْسَ عَلَيْهِ غِطَاءٌ، أَوْ سِقَاءٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وِكَاءٌ إلَّا نَزَلَ بِهِ مِنْ ذَلِكَ الْوَبَاءِ» قَالَ اللَّيْثُ وَالْأَعَاجِمُ عِنْدَنَا يَتَّقُونَ ذَلِكَ فِي كَانُونَ الْأَوَّلِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَأَطْفِئُوا الْمِصْبَاحَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَا يَفْتَحُ غَلْقًا وَلَا يَحِلُّ وِكَاءً وَلَا يَكْشِفُ إنَاءً يُرِيدُ أَنَّ لِلشَّيْطَانِ مَضَرَّةً وَمُشَارَكَةً فِيمَا يُخْتَزَنُ وَيَكُونُ فِي الْوِعَاءِ وَأَنَّ الِاحْتِرَازَ مِنْهُ يَكُونُ بِمَا قَدَّمْنَاهُ مِمَّا أَخْبَرَ

(241/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ عَنْ أَبِي شُرَيْحٍ الْكَعْبِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا، أَوْ لِيَصْمُتْ وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ جَائِزَتُهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ وَضِيَافَتُهُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَثْوِيَ عِنْده حَتَّى يُحْرِجَهُ») .

[المنتقى]

بِهِ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَإِنَّ الْفُوَيْسِقَةَ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ: يُرِيدُ الْفَأْرَةَ تُضْرِمُ عَلَى النَّاسِ بَيْتَهُمْ.

وَقَالَ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ وَإِنَّ الْفُوَيْسِقَةَ رُبَّمَا جَرَّتْ الْفَتِيلَةَ فَأَحْرَقَتْ أَهْلَ الْبَيْتِ.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «جَاءَتْ فَأْرَةٌ فَجَرَّتْ الْفَتِيلَةَ فَأَلْقَتْهَا بَيْنَ يَدَيْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

عَلَى الْخُمْرَةِ الَّتِي كَانَ قَاعِدًا عَلَيْهَا فَأَحْرَقَتْ مِنْهَا مِثْلَ مَوْضِعِ الدِّرْهَمِ فَقَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إذَا نِمْتُمْ فَأَطْفِئُوا سُرُجَكُمْ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَدُلُّ هَذِهِ وَمِثْلَهَا عَلَى هَذَا فَتُحْرِقَكُمْ» وَرَوَى هَذَا الْحَدِيثَ عَطَاءٌ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: أَطْفِئْ مِصْبَاحَك وَاذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وَخَمِّرْ إنَاءَك وَلَوْ بِعُودٍ تَعْرِضُهُ عَلَيْهِ وَاذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وَأَوْكِئْ سِقَاءَك وَاذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَزَادَ فِيهِ التَّسْمِيَةَ وَعَرْضَ الْعُودِ عَلَى الْإِنَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ احْتَرَقَ بَيْتٌ بِالْمَدِينَةِ عَلَى أَهْلِهِ مِنْ اللَّيْلِ فَحَدَّثَ بِشَأْنِهِمْ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: إنَّ هَذِهِ النَّارَ إنَّمَا هِيَ عَدُوٌّ لَكُمْ فَإِذَا نِمْتُمْ فَأَطْفِئُوهَا عَنْكُمْ.

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا، أَوْ لِيَصْمُتْ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ هَذَا حُكْمُ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ تَعَالَى وَعَلِمَ أَنَّهُ يُجَازَى فِي الْآخِرَةِ وَمِمَّا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ خَيْرًا يُؤْجَرُ عَلَيْهِ، أَوْ يَصْمُتَ عَنْ شَرٍّ يُعَاقَبُ عَلَيْهِ وَأَمَّا الصَّمْتُ عَنْ الْخَيْرِ وَذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنْ الْمُنْكَرِ فَلَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهِ بَلْ هُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ نَهْيَ تَحْرِيمٍ، أَوْ نَهْيَ كَرَاهَةٍ وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ خَيْرًا، أَوْ يَسْكُتَ عَنْ شَرٍّ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ، أَوْ هَاهُنَا بِمَعْنَى الْوَاوِ فَيَكُونُ الْمَعْنَى يَقُولُ خَيْرًا وَيَصْمُتُ عَنْ شَرٍّ وَقَدْ قِيلَ ذَلِكَ فِي قَوْلِ اللَّهِ - تَبَارَكَ وَتَعَالَى - {وَأَرْسَلْنَاهُ إِلَى مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ} [الصافات: 147] ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ هَكَذَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ شُرَيْحٍ الْكَعْبِيِّ وَفِي رِوَايَةِ أَبِي هُرَيْرَةَ فَلَا يُؤْذِ جَارَهُ وَالْمَعْنَيَانِ غَيْرُ مُتَنَافِيَيْنِ حَضَّ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى إكْرَامِ الْجَارِ وَحُسْنِ مُجَاوَرَتِهِ وَأَعْلَمَ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ شَرَائِعِ الْإِيمَانِ وَأَنَّ كُلَّ مُؤْمِنٍ بِاَللَّهِ وَبِالثَّوَابِ وَالْعِقَابِ فِي الْآخِرَةِ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ أَنْ يَلْتَزِمَ هَذَا وَيَعْمَلَ بِهِ فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ: {وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ} [النساء: 36] وَرَوَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَابْنُ عُمَرَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالْجَارِ حَتَّى ظَنَنْت أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ» وَرَوَى طَلْحَةُ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - «قُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ لِي جَارَيْنِ فَإِلَى أَيِّهِمَا أُهْدِي قَالَ: إلَى أَقْرَبِهِمَا مِنْك بَابًا» .

1 -

(فَصْلٌ) وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ» عَلَى مَا

تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ هَذَا مِنْ آدَابِ الْإِسْلَامِ وَشَرَائِعِهِ وَأَحْكَامِهِ وَالضِّيَافَةُ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ وَأَوَّلُ مَنْ ضَيَّفَ الضَّيْفَ إبْرَاهِيمُ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ ضَيْفِ إِبْرَاهِيمَ الْمُكْرَمِينَ} [الذاريات: 24] فَوَصَفَهُمْ بِأَنَّهُمْ أُكْرِمُوا، وَهِيَ وَاجِبَةٌ عِنْدَ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ جَمِيعُ الْفُقَهَاءِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَصَفَ ذَلِكَ بِالْكَرَامَةِ فَقَالَ: فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ وَلَمْ يَقُلْ: فَلْيَقْضِهِ حَقَّهُ وَالْإِكْرَامُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَقَدْ يَتَعَيَّنُ وُجُوبُهَا فِي مَوَاضِعَ لِلْمُجْتَازِ الَّذِي لَيْسَ عِنْدَهُ مَا يُبَلِّغُهُ وَيَخَافُ الْهَلَاكَ إنْ لَمْ يُضَيِّفْ وَتَكُونُ وَاجِبَةً عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ الْعَامِرِينَ لِأَرْضِ الْعَنْوَةِ إنْ شَرَطَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ وَقَدْ.

(242/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

[المنتقى]

رَوَى عُقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ: «قُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّك تَبْعَثُنَا فَنَمُرُّ بِقَوْمٍ لَا يُقْرُونَنَا فَمَاذَا تَرَى فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنْ أَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبَلُوا فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ الَّذِي يَنْبَغِي يَحْتَمِلُ» – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ لِمَنْ كَانَ يَجْتَازُ غَازِيًا عَلَى أَهْلِ عَهْدٍ مِمَّنْ لَمْ يَكُنْ يَقْدِرُ عَلَى اسْتِصْحَابِ الزَّادِ إلَى رَأْسِ مَغْزَاتِهِ وَلَا يَصِلُ إلَى الْغَزْوِ وَالْجِهَادِ الَّذِي تَعَيَّنَ فَرْضُهُ وَوُجُوبُهُ إلَّا بِالْقِرَى فِي الطَّرِيقِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ اُفْتُتِحَتْ خَيْبَرُ وَغَيْرُهَا مِنْ بِلَادِ الْعَنْوَةِ إنْ كَانَ شُرِطَ ذَلِكَ عَلَى أَهْلِهَا وَأَمَّا أَهْلُ الْحَضَرِ فَقَوْلُهُ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَيْسَ عَلَى أَهْلِ الْحَضَرِ ضِيَافَةٌ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ الضِّيَافَةُ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى وَأَمَّا أَهْلُ الْحَضَرِ فَإِنَّ الْمُسَافِرَ إذَا قَدِمَ الْحَضَرَ وَجَدَ مَنْزِلًا وَهُوَ الْفُنْدُقُ وَإِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ أَنَّهُ يَتَأَكَّدُ النَّدْبُ إلَيْهِ وَلَا يَتَعَيَّنُ عَلَى أَهْلِ الْحَضَرِ بِعَيْنِهِ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى لِمَعَانٍ أَحَدُهَا أَنَّ ذَلِكَ يَتَكَرَّرُ عَلَى أَهْلِ الْحَضَرِ فَلَوْ الْتَزَمَ أَهْلُ الْحَضَرِ الضِّيَافَةَ لَمَا خَلَوْا مِنْهَا وَأَهْلُ الْقُرَى يَنْدُرُ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ وَيَقِلُّ فَلَا تَلْحَقُهُمْ بِذَلِكَ مَشَقَّةٌ وَالْوَجْهُ الْآخَرُ أَنَّ الْمُسَافِرَ يَجِدُ فِي الْحَضَرِ مِنْ الْمَسْكَنِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ فَلَا تَلْحَقُهُ الْمَشَقَّةُ لِعَدَمِ الضِّيَافَةِ وَأَمَّا فِي الْقُرَى الصِّغَارِ فَلَا يَجِدُ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ فَهُوَ كَالْمُضْطَرِّ إلَى مَنْ يُضَيِّفُهُ وَحُكْمُ الْقُرَى الْكِبَارِ الَّتِي تُوجَدُ فِيهَا الْفَنَادِقُ وَالْمَطَاعِمُ لِلشِّرَاءِ

وَيَكْثُرُ تَرْدَادُ النَّاسِ عَلَيْهَا حُكْمُ الْحَضَرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ، وَهَذَا فِيمَنْ لَا يَعْرِفُهُ الْإِنْسَانُ وَأَمَّا مَنْ يَعْرِفُهُ مَعْرِفَةَ مَوَدَّةٍ أَوْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَرَابَةٌ، أَوْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ مَعْنًى يَقْتَضِي الْمُوَاصَلَةَ وَالْمُكَارَمَةَ فَحُكْمُهُ فِي الْحَضَرِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَائِزَتُهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مِنْحَتَهُ وَعَطِيَّتَهُ؛ لِأَنَّ الْجَائِزَةَ الْعَطِيَّةُ وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا يَجُوزُ وَيَمْضِي بِهِ عَنْهُ إلَى غَيْرِهِ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ وَهُوَ قُوتُهُ فِي مَبِيتِهِ عِنْدَهُ وَغِذَاؤُهُ فِي غَدِهِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ مَعْنَى جَائِزَتُهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ يُتْحِفُهُ وَيُكْرِمُهُ وَيَفْعَلُ بِهِ أَفْضَلَ مَا يَسْتَطِيعُ وَرَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ فَإِذَا كَانَ هَذَا مَعْنَاهُ فَمَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْدَ ذَلِكَ: وَالضِّيَافَةُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ يُرِيدُ يُطْعِمُهُ فِيهَا مَا يَسْتَطِيعُ عَلَيْهِ وَعَلَى التَّأْوِيلِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ خَصَّ الضِّيَافَةَ لِمَنْ أَرَادَ الْمُقَامَ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَمَنْ أَرَادَ الْجَوَازَ فَيَوْمٌ وَلَيْلَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْجَائِزَةِ الْمُتَأَكِّدِ حُكْمُهَا لِلْمُجْتَازِ لَا حُكْمُ الضِّيَافَةِ الْمَشْرُوعَةِ لِلضَّيْفِ وَإِنَّمَا هِيَ صَدَقَةٌ مُخْتَصَّةٌ بِالْمُعْتَرِضِ وَالْمُقِيمُ عَلَيْهَا طَالِبُ صَدَقَةٍ إلَّا أَنَّهَا صَدَقَةُ نَفْلٍ وَصَدَقَةُ النَّفْلِ تَحِلُّ لِلْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ وَإِنَّمَا الَّذِي يَحْرُمُ مِنْ الصَّدَقَةِ عَلَى الْغَنِيِّ صَدَقَةٌ وَجَبَتْ لِلْفُقَرَاءِ وَقَدْ كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَقْبَلُ الضِّيَافَةَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، ثُمَّ يَقُولُ لِنَافِعٍ: أَنْفِقْ فَإِنَّا لَا نَأْكُلُ الصَّدَقَةَ وَيَقُولُ: احْبِسُوا عَنَّا صَدَقَتَكُمْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَاهُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ ذَلِكَ وَلَا يَرْضَاهُ لِنَفْسِهِ وَلَا يَلْزَمُ أَحَدًا أَنْ يَقْبَلَ صَدَقَةً يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ مَعَ السَّلَامَةِ وَلَوْ قَبِلَهَا حَلَّتْ لَهُ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ لَا نَقْبَلُ صَدَقَةَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ الَّذِينَ نَزَلْنَا عِنْدَهُمْ وَلَوْ نَزَلَ عَلَى غَيْرِهِمْ لَقَبِلَ ضِيَافَتَهُمْ شَهْرًا؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ نَزَلَ عَلَى أَبِيهِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، أَوْ عَلَى ابْنِهِ سَالِمٍ، أَوْ عَلَى أَخِيهِ عَاصِمٍ لَمْ يَرُدَّ طَعَامَهُمْ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَثْوِيَ عِنْدَهُ حَتَّى يُحْرِجَهُ يُرِيدُ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهُ حَتَّى يُحْرِجَهُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ يُضَيِّقُ عَلَيْهِ وَيُثْقِلُهُ مِنْ الْحَرَجِ وَهُوَ الضِّيقُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ حَتَّى يُؤْثِمَهُ وَهُوَ أَنْ يَضُرَّ بِهِ مُقَامُهُ عِنْدَهُ حَتَّى يَقُولَ قَوْلًا، أَوْ يَفْعَلَ فِعْلًا يَأْثَمُ بِهِ مَعَ أَنَّ مَا يُعْطِيهِ بَعْدَ أَنْ يُبْرَمَ بِطُولِ مُقَامِهِ عِنْدَهُ لَا تَطِيبُ بِهِ نَفْسُهُ وَمِثْلُ هَذَا لَا يَحِلُّ لِلْمُقِيمِ عِنْدَهُ عَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

قَالَ: «بَيْنَمَا رَجُلٌ يَمْشِي بِطَرِيقٍ إذْ اشْتَدَّ عَلَيْهِ الْعَطَشُ فَوَجَدَ بِئْرًا فَنَزَلَ فِيهَا فَشَرِبَ فَخَرَجَ فَإِذَا كَلْبٌ يَلْهَثُ يَأْكُلُ الثَّرَى مِنْ الْعَطَشِ فَقَالَ الرَّجُلُ لَقَدْ بَلَغَ هَذَا الْكَلْبَ مِنْ الْعَطَشِ مِثْلُ الَّذِي بَلَغَ مِنِّي فَنَزَلَ الْبِئْرَ فَمَلَأَ خُفَّهُ، ثُمَّ أَمْسَكَهُ بِفِيهِ حَتَّى رَقِيَ فَسَقَى الْكَلْبَ فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ فَغَفَرَ لَهُ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَإِنَّ لَنَا فِي الْبَهَائِمِ لَأَجْرًا فَقَالَ: فِي كُلِّ ذِي كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: «بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْثًا قِبَلَ السَّاحِلِ فَأَمَّرَ عَلَيْهِمْ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ وَهُمْ ثَلَاثُمِائَةٍ قَالَ: وَأَنَا فِيهِمْ قَالَ: فَخَرَجْنَا حَتَّى إذَا كُنَّا بِبَعْضِ الطَّرِيقِ فَنِيَ الزَّادُ فَأَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِأَزْوَادِ ذَلِكَ الْجَيْشِ فَجَمَعَ ذَلِكَ كُلَّهُ فَكَانَ مِزْوَدَيْ تَمْرٍ قَالَ: فَكَانَ يُقَوِّتُنَاهُ كُلَّ يَوْمٍ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى فَنِيَ وَلَمْ تُصِبْنَا إلَّا تَمْرَةٌ تَمْرَةٌ فَقُلْت وَمَا تُغْنِي تَمْرَةٌ فَقَالَ: لَقَدْ وَجَدْنَا فَقْدَهَا حَيْثُ فَنِيَتْ قَالَ، ثُمَّ انْتَهَيْنَا إلَى الْبَحْرِ فَإِذَا حُوتٌ مِثْلُ الظَّرِبِ فَأَكَلَ مِنْهُ ذَلِكَ الْجَيْشُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ لَيْلَةً، ثُمَّ أَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِضِلْعَيْنِ مِنْ أَضْلَاعِهِ فَنُصِبَتَا، ثُمَّ أَمَرَ بِرَاحِلَةٍ فَرُحِلَتْ، ثُمَّ مَرَّتْ تَحْتَهُمَا وَلَمْ تُصِبْهُمَا» قَالَ مَالِكٌ الظَّرِبُ الْجُبَيْلُ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا كَلْبٌ يَلْهَثُ يُقَالُ فِي الْمَاضِي لَهَثَ بِفَتْحِ الْهَاءِ وَكَسْرِهَا وَفِي الْمُسْتَقْبَلِ يَلْهَثُ بِالْفَتْحِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ كَمَثَلِ الْكَلْبِ إنْ تَحْمِلْ عَلَيْهِ يَلْهَثْ، أَوْ تَتْرُكْهُ يَلْهَثْ وَاللَّهَثُ شِدَّةُ تَوَاتُرِ النَّفَسِ مِنْ التَّعَبِ، أَوْ غَيْرِهِ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ هَذَا الْكَلْبُ الْمَذْكُورُ فِي الْحَدِيثِ هُوَ الْكَلْبُ الْمُخْتَصُّ بِهَذَا الِاسْمِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُ الْحَيَوَانِ لَهَثًا وَلِذَلِكَ يَلْهَثُ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ لَا تَلْهَثُ إلَّا لِسَبَبٍ وَقَوْلُ الرَّجُلِ لَقَدْ بَلَغَ هَذَا الْكَلْبَ مِنْ الْعَطَشِ مِثْلُ الَّذِي بَلَغَ مِنِّي بِمَعْنَى الذِّكْرِ لِلسَّبَبِ الْمُوجِبِ لِإِشْفَاقِهِ عَلَيْهِ وَرَحْمَتِهِ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَنَزَلَ الْبِئْرَ فَمَلَأَ خُفَّهُ، ثُمَّ أَمْسَكَهُ بِفِيهِ حَتَّى رَقِيَ فَسَقَاهُ بِمَعْنَى الْإِعْلَامِ لِسَبَبِهِ إلَى سَقْيِ الْكَلْبِ بِهِ وَمَا نَالَ فِيهِ مِنْ التَّعَبِ وَاسْتِعْمَالِ خُفِّهِ بِمَا يُفْسِدُهُ غَالِبًا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ الثَّنَاءَ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْجَزَاءَ لَهُ بِالْغُفْرَانِ وَالثَّوَابِ وَقَدْ تُسَمِّي الْعَرَبُ الْجَزَاءَ شُكْرًا وَلِذَلِكَ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فِي الَّذِي أَقْرَضَ قَرْضًا: شُقَّ الصَّحِيفَةَ فَإِنْ أَعْطَاك مِثْلَ الَّذِي لَك قَبِلْته وَإِنْ أَعْطَاك أَفْضَلَ مِنْهُ طَيِّبَةً بِهِ نَفْسُهُ

فَذَلِكَ شُكْرٌ شَكَرَهُ لَك وَقَدْ وَصَفَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ نَفْسَهُ بِالشُّكْرِ فَقَالَ تَعَالَى {وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ} [التغابن: 17] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فِي كُلِّ ذِي كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ» عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْحَيَوَانِ مَا يُمْلَكُ مِنْهُ وَمَا لَا يُمْلَكُ فَإِنَّ فِي الْإِحْسَانِ إلَيْهَا أَجْرًا.

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْثًا قِبَلَ السَّاحِلِ يُرِيدُ جَيْشًا غَازِينَ وَمُرْتَصِدِينَ لِعَابِرِ السَّبِيلِ مِنْ الْمُحَارِبِينَ وَكَانُوا ثَلَاثَمِائَةٍ وَأَمَّرَ عَلَيْهِمْ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِيَعُودَ أَمْرُهُمْ وَتَصَرُّفُهُمْ إلَى حُكْمِهِ لِأَنَّ رَأْيَ الْجَمَاعَةِ إذَا لَمْ يَعُدْ إلَى وَاحِدٍ كَثُرَ فِيهِ الِاخْتِلَافُ الْمُؤَدِّي إلَى الْفَسَادِ وَلَمَّا فَنِيَ زَادُهُمْ بِبَعْضِ الطَّرِيقِ وَأَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِأَزْوَادِ الْجَيْشِ فَجُمِعَتْ فَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ أَبُو عُبَيْدَةَ لِرَأْيٍ رَآهُ وَمُوَافَقَةِ أَهْلِ الْجَيْشِ أَجْمَعَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَرِضَاهُمْ بِهِ وَإِنْ كَانَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُمْ أَكْثَرَ زَادًا مِنْ بَعْضٍ وَيَكُونَ فِيهِمْ مَنْ فَنِيَ زَادُهُ جُمْلَةً إلَّا أَنَّهُمْ أَرَدُوا التَّوَاسِيَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: إنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إذَا أَرْمَلُوا جَمَعُوا زَادَهُمْ فَتَوَاسَوْا فِيهِ فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو عُبَيْدَةَ حَكَمَ بِذَلِكَ بَيْنَهُمْ حِينَ رَأَى أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ قَدْ فَنِيَ زَادُهُ وَخَافَ عَلَيْهِ سُرْعَةَ الْهَلَاكِ وَمِنْهُمْ مَنْ لَهُ زَادٌ يَكْفِيهِ وَلَيْسَ بِمَوْضِعِ ابْتِيَاعٍ وَلَا تَسَبُّبٍ فَأَلْزَمَهُمْ أَبُو عُبَيْدَةَ التَّسَاوِيَ فِيمَا عِنْدَهُمْ مِنْ الزَّادِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْحَدِيثِ ثَمَنًا وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ كَانَ عَلَى وَجْهِ التَّرَاضِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فَكَانَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَقُوتُهُمْ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ يَسِيرًا يَسِيرًا اسْتِدَامَةً لِلزَّادِ وَتَسْوِيَةً بَيْنَ النَّاسِ حَتَّى لَمْ يُصِبْهُمْ إلَّا تَمْرَةٌ تَمْرَةٌ وَفَنِيَتْ بَعْدَ ذَلِكَ فَفَقَدُوا

(244/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ عَنْ جَدَّتِهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ إحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا وَلَوْ كُرَاعُ شَاةٍ مُحْرَقٌ») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ نُهُوا عَنْ أَكْلِ الشَّحْمِ فَبَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ») .

[المنتقى]

الِانْتِفَاعَ بِهَا وَلَعَلَّهُمْ كَانُوا يُضِيفُونَ إلَى ذَلِكَ مَا أَمْكَنَ مِنْ حَشِيشٍ وَوَرَقِ شَجَرٍ حَتَّى انْتَهَوْا إلَى الْبَحْرِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الْيَسِيرِ فَإِذَا حُوتٌ بِمِثْلِ الظَّرِبِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الظَّرِبُ الْجُبَيْلُ.

وَقَالَ صَاحِبُ الْعَيْنِ الظَّرِبُ مَا نَتَأَ مِنْ الْحِجَارَةِ وَالْجَمْعُ ظِرَابٌ وَحَكَى أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ الظَّرِبُ صَغِيرُ الْجَبَلِ فَأَكَلَ الْجَيْشُ مِنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْحُوتُ لَفَظَهُ الْبَحْرُ حَيًّا فَمَاتَ، أَوْ لَفَظَهُ مَيِّتًا بَعْدَ أَنْ مَاتَ بِحَرٍّ، أَوْ بَرْدٍ، أَوْ قَتْلِ غَيْرِهِ مِنْ الْحِيتَانِ لَهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْفِظَهُ مَيِّتًا وَقَدْ مَاتَ بِغَيْرِ سَبَبٍ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِ أَكْلِ مَا مَاتَ بِغَيْرِ سَبَبٍ وَأَمَّا مَا مَاتَ بِسَبَبٍ مِنْ الْأَسْبَابِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا، أَوْ غَيْرِهَا فَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي جَوَازِ أَكْلِهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا جَوَازُ أَكْلِ الصَّيْدِ إذَا نَتِنَ فَعَلَيْهِ جَمَاعَةُ الْعُلَمَاءِ وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ مَنْ لَمْ يُتَابِعْ عَلَيْهِ وَقَدْ انْقَطَعَ الْخِلَافُ فِيهِ وَمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخُشَنِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: كُلُوا الصَّيْدَ وَإِنْ وَجَدْتُمُوهُ بَعْدَ ثَلَاثٍ مَا لَمْ يُنْتِنْ فَإِنَّ مَعْنَاهُ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ تَغَيُّرًا يَمْنَعُ أَكْلَهُ فَاسْتَثْنَى ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْكَرَاهَةِ وَالْمَنْعِ مِمَّا لَمْ يَسْتَضِرَّ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَكَلَ الْجَيْشُ مِنْهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ لَيْلَةً يَقْتَضِي عِظَمَهُ، وَأَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِضِلْعَيْنِ مِنْ أَضْلَاعِهِ فَنَصَبَهُمَا، ثُمَّ أَمَرَ بِرَاحِلَةٍ فَرُحِلَتْ، ثُمَّ مَرَّتْ تَحْتَهُمَا وَلَمْ تُصِبْهُمَا يُرِيدُ أَعْلَاهُمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو عُبَيْدَةَ فَعَلَ ذَلِكَ اعْتِبَارًا بِعِظَمِ مَا خَلَقَ اللَّهُ – تَبَارَكَ وَتَعَالَى – إذْ لَمْ يَرَ مِنْ حَيَوَانِ الْبَحْرِ مِثْلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ؛ وَلِيَتَمَكَّنَ مِنْ الْإِخْبَارِ عَنْهُ مَنْ لَمْ يَحْضُرْهُ فَيَعْتَبِرَ بِهِ وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَنْظُرَ فِيمَا عَظُمَ خَلْقُهُ مِنْ الْمَخْلُوقَاتِ مَا لَمْ يَرَهُ قَبْلَ ذَلِكَ وَسَعَى إلَى ذَلِكَ لِيَعْتَبِرَ بِهِ وَيُعْجِبَ غَيْرُهُ مِنْهُ فَيَعْتَبِرَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ هَكَذَا قَرَأْنَاهُ وَقَدْ رَأَيْت مَنْ يَرْوِيهِ يَا نِسَاءُ الْمُؤْمِنَاتُ بِرَفْعِ النِّسَاءِ وَرَفْعِ الْمُؤْمِنَاتِ عَلَى النَّعْتِ وَقَالَ: مَعْنَاهُ يَا أَيُّهَا النِّسَاءُ الْمُؤْمِنَاتُ وَمُنِعَ يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ بِنَصْبِ نِسَاءٍ عَلَى النِّدَاءِ الْمُضَافِ وَخَفْضِ الْمُؤْمِنَاتِ بِالْإِضَافَةِ؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ أَعَمُّ مِنْ الْمُؤْمِنَاتِ، وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُ النِّسَاءِ وَلَا يُضَافُ الشَّيْءُ إلَى بَعْضِهِ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيد – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَقَدْ يَجُوزُ هَذَا عِنْدِي عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يُوصَفْنَ بِأَنَّهُنَّ نِسَاءٌ عَلَى مَعْنَى الْمَدْحِ وَالثَّنَاءِ فَتَقُولُ لِمَنْ تَمْدَحُهُ مِنْ النِّسَاءِ بِمَعْنَى أَنَّهُنَّ عَلَى الْمَحْمُودِ مِنْ أَحْوَالِ النِّسَاءِ فِي الْخَيْرِ وَالشَّرِّ وَالْعَفَافِ

وَكَمَا يَقُولُ لِمَنْ مَدَحَهُ مِنْ الرِّجَالِ هُوَ رَجُلٌ وَلِلْجَمَاعَةِ هُمْ رِجَالٌ بِمَعْنَى أَنَّهُمْ عَلَى حُكْمِ الرِّجَالِ فِي النَّجْدَةِ وَالْقُوَّةِ وَالْكَرَمِ وَالْفَصَاحَةِ وَالْحِلْمِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: يَا فَاضِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ مِنْ النِّسَاءِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا تَحْقِرَنَّ إحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا وَلَوْ كُرَاعُ شَاةٍ مُحْرَقٌ " أَمْرٌ بِحُسْنِ الْأَدَبِ وَكَرِيمِ الْأَخْلَاقِ وَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَنْ عِنْدَهَا فَضْلٌ فَلَا تَحْقِرُ أَنْ تُهْدِيَهُ لِجَارَتِهَا وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ مَنْ أُهْدِيَ إلَيْهَا مِثْلُ ذَلِكَ فَلَا تَحْقِرْهُ وَلَا تُصَغِّرْهُ مِنْ مَعْرُوفِ جَارَتِهَا وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَوْ كُرَاعُ شَاةٍ مُحْرَقٌ وَالْكُرَاعُ مُؤَنَّثَةٌ عِنْدَ سِيبَوَيْهِ وَكَانَ حُكْمُهُ عَلَى هَذَا أَنْ تَكُونَ مُحْرَقَةً إلَّا أَنَّ الرِّوَايَةَ هَكَذَا وَرَدَتْ فِي الْمُوَطَّآتِ وَغَيْرِهَا وَقَالَ ابْنُ الْأَنْبَارِيِّ بَعْضُ الْعَرَبِ يُذَكِّرُهَا فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى تِلْكَ اللُّغَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ قِيلَ مَعْنَاهُ لَعَنَهُمْ اللَّهُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {قُتِلَ الْخَرَّاصُونَ} [الذاريات: 10] مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لُعِنُوا وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ الدُّعَاءَ

(245/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – كَانَ يَقُولُ يَا بَنِي إسْرَائِيلَ عَلَيْكُمْ بِالْمَاءِ الْقَرَاحِ وَالْبَقْلِ الْبَرِّيِّ وَخُبْزِ الشَّعِيرِ وَإِيَّاكُمْ وَخُبْزَ الْبُرِّ فَإِنَّكُمْ لَنْ تَقُومُوا بِشُكْرِهِ) .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَخَلَ الْمَسْجِدَ فَوَجَدَ فِيهِ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ وَعُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَسَأَلَهُمَا فَقَالَا: أَخْرَجَنَا الْجُوعُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَنَا أَخْرَجَنِي الْجُوعُ فَذَهَبُوا إلَى أَبِي الْهَيْثَمِ بْنِ التَّيْهَانِ الْأَنْصَارِيِّ فَأَمَرَ لَهُمْ بِشَعِيرٍ عِنْدَهُ يُعْمَلُ وَقَامَ يَذْبَحُ لَهُمْ شَاةً فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَكِّبْ عَنْ ذَاتِ الدَّرِّ فَذَبَحَ لَهُمْ شَاةً وَاسْتَعْذَبَ لَهُمْ مَاءً فَعَلَّقَ فِي نَخْلَةٍ، ثُمَّ أُتُوا بِذَلِكَ الطَّعَامِ فَأَكَلُوا مِنْهُ وَشَرِبُوا مِنْ ذَلِكَ الْمَاءِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: لَتُسْئَلُنَّ عَنْ نَعِيمِ هَذَا الْيَوْمِ») .

[المنتقى]
عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْخَبَرَ عَمَّا حَكَمَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ عَلَيْهِمْ مِنْ ذَلِكَ وَلَفْظَةُ قَاتَلَ وَإِنْ كَانَ أَصْلُهَا أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ مِنْ اثْنَيْنِ وَلِذَلِكَ يُقَالُ تَلَاعَنَ الزَّوْجَانِ إذَا وُجِدَتْ الْمُلَاعَنَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقَدْ تَجِيءُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ الْمُفَاعَلَةُ مِنْ الْوَاحِدِ يُقَالُ قَاتَلَهُ اللَّهُ بِمَعْنَى فَعَلَ اللَّهُ بِهِ ذَلِكَ وَمِنْهُ سَافَرَ الرَّجُلُ وَعَاجَلْتُ الْمَرِيضَ.

(فَصْلٌ) :
ثُمَّ ذَكَرَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِعْلَهُمْ الَّذِي عُوقِبُوا عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَقَالَ: نُهُوا عَنْ أَكْلِ الشَّحْمِ فَبَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ، وَالنَّهْيُ عَنْ أَكْلِ الشَّحْمِ لَا يَتَنَاوَلُ النَّهْيَ عَنْ أَكْلِ ثَمَنِهِ إلَّا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ وَالرَّأْيِ وَأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ أَكْلُهُ مِمَّا مُعْظَمُ مَنْفَعَتِهِ الْأَكْلُ لَا يَجُوزُ أَكْلُ ثَمَنِهِ فَلَا يَجُوزُ أَكْلُ ثَمَنِ الْخَمْرِ وَلَا ثَمَنِ الْخِنْزِيرِ وَلَا الْمَيْتَةِ وَمَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ وَأَمَّا مَا لَهُ مَنْفَعَةٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَكْلُ ثَمَنِهِ وَإِنْ لَمْ يَجُزْ أَكْلُهُ كَالْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – يَا بَنِي إسْرَائِيلَ عَلَيْكُمْ بِالْمَاءِ الْقَرَاحِ وَهُوَ الْخَالِصُ الَّذِي لَمْ يُمَازِجْهُ شَيْءٌ وَالْبَقْلِ الْبَرِّيِّ يُرِيدُ الَّذِي لَمْ يَتَقَدَّمْ عَلَيْهِ مِلْكٌ لِأَحَدٍ فَهُوَ مُبَاحٌ كَمَاءِ الْأَنْهَارِ وَقَوْلُهُ وَخُبْزِ الشَّعِيرِ يُرِيدُ فَتَقَوَّتُوا بِهِ وَاقْتَصِرُوا عَلَيْهِ فَهُوَ أَقَلُّ مَا يُمْسِكُ الرَّمَقَ وَتَبْقَى بِهِ الْحَيَاةُ؛ لِأَنَّ الشَّعِيرَ أَقَلُّ الْأَقْوَاتِ وَإِيَّاكُمْ وَخُبْزَ الْبُرِّ فَإِنَّكُمْ لَنْ تَقُومُوا بِشُكْرِهِ فَنَهَاهُمْ عَنْ الْبُرِّ خَاصَّةً حَضًّا عَلَى الْقَلِيلِ مِنْ الدُّنْيَا وَالزُّهْدِ فِيمَا زَادَ عَلَى يَسِيرِ الْأَقْوَاتِ مِنْهَا وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُمْ وَلَا سِوَاهُمْ لَا يَقُومُ بِشُكْرِ الْمَاءِ وَالْبَقْلِ وَلَكِنَّهُ حَضَّهُمْ عَلَى أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ مِنْهُ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَنْصَرِفَ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ –: فَإِنَّكُمْ لَنْ تَقُومُوا بِشُكْرِهِ إلَى الْبُرِّ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إلَى الْمَاءِ وَالْبَقْلِ وَالشَّعِيرِ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ مَا تَقَدَّمَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلَيْسَ هَذَا مُخَالِفًا لِشَرِيعَتِنَا فَإِنَّ مِنْ النَّاسِ مَنْ يُصْلِحُهُ هَذَا فَيَنْدُبُ إلَيْهِ وَمِنْهُمْ مَنْ يُصْلِحُهُ غَيْرُ هَذَا فَيَأْخُذُ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : سُؤَالُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِأَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَعُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا أَخْرَجَكُمَا وَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ خُرُوجًا أَنْكَرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي وَقْتِ خُرُوجٍ مُعْتَادٍ، أَوْ كَانَ فِي وَقْتٍ تَخَوَّفَ عَلَيْهِمْ فِيهِ مَا أَخْبَرَا بِهِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا مِنْ أَنَّ الَّذِي أَخْرَجَهُمَا الْجُوعُ وَأَخْبَرَهُمَا هُوَ عَنْ نَفْسِهِ بِذَلِكَ وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ الْإِخْبَارِ عَمَّا يَلْحَقُ الْإِنْسَانَ مِنْ شِدَّةِ أَلَمِ الْجُوعِ،

أَوْ الْمَرَضِ لَا سِيَّمَا إذَا أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ مَنْ يَعْلَمُ إشْفَاقَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَرْجُو مَنْفَعَةً مِنْ عِنْدِهِ مِنْ دُعَاءٍ، أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ مَنْ يُرِيدُ إعْلَامَهُ بِحَالِهِ لِيَأْخُذَ لِذَلِكَ أُهْبَتَهُ وَقَدْ قَالَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا –: وَارَأْسَاهُ فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: بَلْ أَنَا وَارَأْسَاهُ، وَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ: إنِّي أُوعَكُ كَمَا يُوعَكُ رَجُلَانِ مِنْكُمْ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: ذَلِكَ بِأَنَّ لَك الْأَجْرَ مَرَّتَيْنِ وَإِنَّمَا يُكْرَهُ مِنْ ذَلِكَ مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ التَّشَكِّي وَالْجَزَعِ وَقِلَّةِ الرِّضَى عَنْ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فِيمَا قَضَى بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَذَهَبُوا إلَى أَبِي الْهَيْثَمِ بْنِ التَّيْهَانِ الْأَنْصَارِيِّ، وَأَبُو الْهَيْثَمِ هُوَ مَالِكٌ وَيَقْتَضِي أَنَّهُمْ ذَهَبُوا إلَيْهِ لِيُطْعِمَهُمْ مَا بِهِ يَسُدُّ جَوْعَتَهُمْ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى جَوَازِ قَصْدِ الْمُؤْمِنِ إلَى صَدِيقِهِ الَّذِي يَعْلَمُ سُرُورَهُ

(246/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَأْكُلُ خُبْزًا بِسَمْنٍ فَدَعَا رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَجَعَلَ يَأْكُلُ وَيَتْبَعُ بِاللُّقْمَةِ وَضَرَ الصَّحْفَةِ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: كَأَنَّك مُقْفِرٌ فَقَالَ: وَاَللَّهِ مَا أَكَلْت سَمْنًا وَلَا لُكْت أَكْلًا بِهِ مُنْذُ كَذَا وَكَذَا فَقَالَ عُمَرُ لَا آكُلُ السَّمْنَ حَتَّى يَحْيَا النَّاسُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَحْيَوْنَ) .

[المنتقى]

بِهِ وَمُبَادَرَتَهُ إلَى مُشَارَكَتِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إلَى ذَلِكَ وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا لَهُ جُوعَهُمْ فَكَانَ ذَلِكَ مِنْ التَّعْرِيضِ لِمَعْرُوفٍ يُجْرِيهِ اللَّهُ عَلَى يَدِهِ.

وَقَدْ قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ إنَّهُ كَانَ يَسْتَقْرِئُ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ وَعُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – الْآيَةَ يَحْفَظُهَا لِيُطْعِمَهُ أَحَدُهُمَا عِنْدَ شِدَّةِ جُوعِهِ وَكَانَ يُمْسِكُ عَنْ سُؤَالِهِمْ وَإِنَّمَا هَذَا بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقْصِدَ الرَّجُلُ صَدِيقَهُ لِيُضَيِّفَهُ فَيُكْرِمَهُ وَيُطْعِمَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَمَرَ لَهُمْ بِشَعِيرٍ يُعْمَلُ وَقَامَ فَذَبَحَ شَاةً يُرِيدُ أَنَّهُ هَيَّأَ ذَلِكَ لِطَعَامِهِمْ وَجَعَلَهُ قِرًى لَهُمْ فَاسْتَعْذَبَ لَهُمْ مَاءً يُرِيدُ اجْتَلَبَهُ عَذْبًا وَعُلِّقَ فِي نَخْلَةٍ لِيَبْرُدَ، وَهَذَا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ إصْلَاحِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، وَالْمُبَالَغَةِ فِي تَطْيِيبِهِ بِإِتْحَافِ الضَّيْفِ وَالصَّدِيقِ بِأَفْضَلِ مَا يَجِدُهُ مِنْهُ وَقَدْ أَخْبَرَهُ اللَّهُ – تَعَالَى – عَنْ نَبِيِّهِ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – وَأَنَّهُ رَاغَ إلَى أَهْلِهِ فَجَاءَ بِعَجَلٍ سَمِينٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَكِّبْ عَنْ ذَاتِ الدَّرِّ يُرِيدُ ذَاتَ اللَّبَنِ وَالدَّرُّ اللَّبَنُ وَهَذَا عَلَى سَبِيلِ النُّصْحِ لَهُ وَالتَّوْقِيرِ لَهُ مَعَ أَنَّ غَيْرَهَا مِمَّا لَا مَنْفَعَةَ فِيهَا تَقُومُ مَقَامَهَا فِي صَلَاحِ تَطْيِيبِ طَعَامِهِمْ وَتَبْقَى مَنْفَعَةُ هَذِهِ لِقُوتِهِ وَصَدَقَتِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمَّا أَكَلُوا مِنْ ذَلِكَ الطَّعَامِ وَشَرِبُوا مِنْ ذَلِكَ الْمَاءِ لَتُسْئَلُنَّ عَنْ نَعِيمِ هَذَا الْيَوْمِ قِيلَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –: إنَّهُ سُؤَالُ امْتِنَانٍ لَا سُؤَالُ حِسَابٍ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ سُؤَالَ حِسَابٍ دُونَ مُنَاقَشَةٍ وَهُوَ أَنْ يَسْأَلَهُمْ وَهُوَ أَعْلَمُ بِمَاذَا تَوَصَّلُوا إلَيْهِ بِوَجْهٍ مُبَاحٍ، أَوْ بِمَأْمُورٍ بِهِ، أَوْ بِمَحْظُورٍ، أَوْ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ تَنَاوَلُوهُ وَعَنْ قَدْرِ مَا تَنَاوَلُوهُ مِنْهُ، ثُمَّ يُثِيبُهُمْ اللَّهُ – عَزَّ وَجَلَّ – عَلَى مَا أَتَوْا فِي ذَلِكَ مِنْ حُسْنِ الْعَمَلِ وَالنِّيَّةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ تَنَاوُلِهِ أَنْ يُسَمِّيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فِي أَوَّلِهِ وَيَحْمَدَهُ فِي آخِرِهِ عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا – إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى – وَكَرِهَ مَالِكٌ غَسْلَ يَدِهِ قَبْلَ الطَّعَامِ وَرَآهُ مِنْ فِعْلِ الْعَجَمِ قَالَ: وَيَغْسِلُ يَدَهُ بَعْدَ الطَّعَامِ وَيُمَضْمِضُ مِمَّا لَهُ دَسَمٌ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ شَرِبَ لَبَنًا، ثُمَّ تَمَضْمَضَ وَقَالَ: إنَّ لَهُ دَسَمًا» ؛ وَلِأَنَّ ذَلِكَ نَوْعٌ مِنْ النَّظَافَةِ مَشْرُوعَةٌ كَالسِّوَاكِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يَغْسِلُ يَدَيْهِ بَعْدَ الطَّعَامِ فَقَدْ سُئِلَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَيَغْسِلُ يَدَيْهِ بِالدَّقِيقِ فَقَالَ غَيْرُهُ أَعْجَبُ إلَيَّ مِنْهُ وَلَوْ فَعَلَهُ لَمْ أَرَ بِهِ بَأْسًا وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ فِي الْجُلْبَانِ وَالْفُولِ وَشِبْهِ ذَلِكَ لَا بَأْسَ أَنْ يَتَوَضَّأَ بِهِ وَيَتَدَلَّكَ بِهِ فِي الْحَمَّامِ وَقَدْ يَدْهُنُ جَسَدَهُ بِالتِّينِ وَالزَّيْتِ مِنْ الشِّقَاقِ وَرَوَى أَشْهَبُ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ الْوُضُوءِ بِالدَّقِيقِ وَالنُّخَالَةِ وَالْفُولِ قَالَ: لَا عِلْمَ لِي بِهِ وَلَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ إنْ أَعْيَاهُ شَيْءٌ فَلْيَتَوَضَّأْ بِالتُّرَابِ فَقَدْ قَالَ عُمَرُ إيَّاكُمْ وَالتَّنَعُّمَ وَأَمْرَ الْأَعَاجِمِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَأْكُلُ جَالِسًا وَلَا يَأْكُلُ مُتَّكِئًا لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَمَّا أَنَا فَلَا آكُلُ مُتَّكِئًا وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى مَا فِيهِ مِنْ الْكِبْرِ وَالتَّعَاظُمِ وَالتَّشَبُّهِ بِالْأَعَاجِمِ قِيلَ لِمَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَفَيَأْكُلُ وَيَدُهُ يَضَعُهَا فِي الْأَرْضِ فَقَالَ: أَنَا أَتَّقِيهِ وَمَا سَمِعْت فِيهِ بِشَيْءٍ.

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ يَأْكُلُ خُبْزًا بِسَمْنٍ وَذَلِكَ يَقْتَضِي اسْتِبَاحَةَ طِيبِ الْأُدْمِ فَدَعَا رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ تَوَاضُعًا بِمُؤَاكَلَةِ أَهْلِ الْبَادِيَةِ وَلَعَلَّهُ قَصَدَ تَعْلِيمَهُ آدَابَ الْأَكْلِ كَمَا

عَلَّمَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عُمَرَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ عِنْدَ مُؤَاكَلَتِهِ فَقَالَ لَهُ سَمِّ اللَّهَ وَكُلْ مِمَّا يَلِيك وَلَعَلَّهُ قَصَدَ أَيْضًا أَنْ يَتَعَرَّفَ بِمَا يَظْهَرُ إلَيْهِ مِنْ أَكْلِهِ فَجَعَلَ الرَّجُلُ يَأْكُلُ وَيَتْبَعُ بِاللُّقْمَةِ وَضَرَ الصَّحْفَةِ وَهُوَ مَا تَعَلَّقَ بِالصَّحْفَةِ مِنْ دَسَمِ الطَّعَامِ وَالْوَدَكِ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى قِلَّةِ السَّمْنِ الَّذِي كَانَ يَأْكُلَانِهِ

(247/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ يُطْرَحُ لَهُ صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ فَيَأْكُلُهُ حَتَّى يَأْكُلَ حَشَفَهُ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَنْ الْجَرَادِ فَقَالَ: وَدِدْت أَنَّ عِنْدِي قَفْعَةً نَأْكُلُ مِنْهُ) .

[المنتقى]

فَتَوَسَّمَ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِيهِ بِذَلِكَ الْحَاجَةَ وَقَالَهُ لَهُ كَأَنَّك مُقْفِرٌ أَيْ أَنَّ هَذَا الْفِعْلَ مِنْ فِعْلِ مَنْ هُوَ مُقْفِرٌ وَهُوَ الَّذِي لَا إدَامَ عِنْدَهُ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَسَمِعْت الْعَرَبَ تَقُولُ أَكَلْت خُبْزًا قِفَارًا يُرِيدُونَ غَيْرَ مَأْدُومٍ وَيُقَالُ مَا أَقْفَرَ بَيْتٌ فِيهِ خَلٌّ أَيْ لَا يَعْدَمُونَ إدَامًا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الرَّجُلِ مَا أَكَلْت سَمْنًا وَلَا لُكْت أَكْلًا بِهِ مُنْذُ كَذَا وَكَذَا يُرِيدُ أَنَّهُ لَمْ يَأْكُلْهُ وَأَنَّ عَدَمَ ذَلِكَ عَامٌّ شَامِلٌ لِلنَّاسِ وَلِذَلِكَ لَمْ يَرَ آكِلًا بِهِ الْمُدَّةَ الَّتِي ذَكَرَهَا وَقَالَ عُمَرُ لَا آكُلُ السَّمْنَ حَتَّى يَحْيَا النَّاسُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَحْيَوْنَ يُرِيدُ مُسَاوَاةَ الْمَسَاكِينِ فِي ضِيقِ عَيْشِهِمْ لِيَذْكُرَ بِذَلِكَ أَحْوَالَهُمْ وَلَا يَغْفُلَ النَّظَرَ لَهُمْ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ يُوسُفَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – قِيلَ لَهُ: أَتَجُوعُ وَبِيَدِك خَزَائِنُ الْأَرْضِ فَقَالَ: أَخَافُ أَنْ أَشْبَعَ فَأَنْسَى الْجِيَاعَ.

وَرُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ لَمَّا أَكَلَ الزَّيْتَ وَلَمْ يَكُنْ أَلِفَهُ بَطْنُهُ فَكَانَ يُقَرْقِرُ عَلَى الْمِنْبَرِ فَيَقُولُ لَتَمُرُّنَّ عَلَى أَكْلِ الزَّيْتِ مَا دَامَ السَّمْنُ يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي وَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ: أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّ أَسْعَدَ الرُّعَاةِ مَنْ سَعِدَتْ بِهِ رَعِيَّتُهُ، وَإِنَّ أَشْقَى الرُّعَاةِ مَنْ شَقِيَتْ بِهِ رَعِيَّتُهُ فَإِيَّاكَ أَنْ تَرِيغَ وَيَرِيغَ عُمَّالُك وَيَكُونَ مَثَلُك مَثَلُ الْبَهِيمَةِ نَظَرَتْ إلَى خُضْرَةٍ مِنْ الْأَرْضِ

فَرِعَتْ فِيهَا تَبْتَغِي بِذَلِكَ السِّمَنَ وَإِنَّمَا سِمَنُهَا فِي حَتْفِهَا وَالسَّلَامُ وَإِنَّمَا فَعَلَ هَذَا كُلَّهُ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «مَنْ اسْتَرْعَاهُ اللَّهُ رَعِيَّةً فَلَمْ يُحِطْهَا بِالنَّصِيحَةِ وَحُسْنِ الرِّعَايَةِ لَمْ يَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: حَتَّى يَحْيَا النَّاسُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَحْيَوْنَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يُمْطَرُونَ وَالْحَيَاءُ الْمَطَرُ فَقَالَ: حَيَّ النَّاسُ يَحْيَوْنَ وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ فِي عَامِ الرَّمَادَةِ قَالَ مَالِكٌ كَانَ الرَّمَادَةُ سِتَّةَ أَعْوَامٍ.

(ش) : قَوْلُهُ رَأَيْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ يُرِيدُ إذْ اسْتَخْلَفَهُ أَبُو بَكْرٍ وَلَمْ يَكُنْ أَمِيرًا عَلَى الْمُؤْمِنِينَ قَبْلَهَا يُطْرَحُ لَهُ صَاعٌ مِنْ التَّمْرِ فَيَأْكُلُهُ حَتَّى يَأْكُلَ حَشَفَهُ يَقْتَضِي تَكَرُّرَ هَذَا الْفِعْلِ مِنْهُ وَلَوْ كَانَ مَرَّةً وَاحِدَةً لَقَالَ: رَأَيْته طُرِحَ لَهُ صَاعُ تَمْرٍ فَأَكَلَهُ وَلَيْسَ فِي كَثْرَةِ أَكْلِهِ مَا يُنْقِصُ مِنْ حَالِهِ فَقَدْ أَكَلَ مَعَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِرَارًا فَمَا أَنْكَرَ أَكْلَهُ وَمَا كَانَ لِيُخَالِفَ أَمْرًا قَدْ أَنْكَرَهُ عَلَيْهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا يَظْهَرُ عَلَيْهِ بَعْدَهُ وَكَانَ ذَلِكَ غَايَةَ قُوتِهِ الَّذِي لَا يَقُومُ جِسْمُهُ إلَّا بِهِ وَلَا خِلَافَ فِي إبَاحَةِ ذَلِكَ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي ذَلِكَ مِنْ تَفْسِيرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ مَا يُغْنِي عَنْ إعَادَتِهِ وَالْحُسْنُ فِي الطَّعَامِ إنَّمَا هُوَ فِي جِنْسِهِ وَمَنْ اقْتَصَرَ عَلَى التَّمْرِ فِي طَعَامِهِ لَمْ يَأْلُ فِي الِاقْتِصَارِ لَا سِيَّمَا فِي الْمَدِينَةِ عَلَى سَاكِنِهَا السَّلَامُ مَعَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ يَأْكُلُ ذَلِكَ فِي وَقْتٍ وَيَأْكُلُ الشَّعِيرَ فِي وَقْتٍ وَيَأْكُلُ الْبُرَّ وَاللَّحْمَ فِي وَقْتٍ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ مِنْ التَّأَنُّقِ فِيهِ مَبْلَغَ الْمُتَنَعِّمِينَ وَلَكِنَّهُ قَدْ كَانَ يَبْلُغُ مِنْ قَدْرِهِ إلَى الْمَبْلَغِ الَّذِي يَرْجُو أَنْ يَبْقَى قُوتُهُ لِلْمُسْلِمِينَ بِهِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَيْسَ كُلُّ الزَّاهِدِينَ زُهْدَهُ فِي قِلَّةِ الْأَكْلِ بَلْ قَدْ يَكُونُ فِي قِلَّةِ الْمَكْسَبِ وَفِي طِيبِهِ وَفِي الِاسْتِكْثَارِ مِنْهُ وَالتَّوَسُّطِ مَعَ الْإِقْبَالِ عَلَى الْعَادَةِ وَيَكُونُ فِي الْإِنْفَاقِ وَقِلَّةِ الِاحْتِكَارِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ بَلَغَنِي أَنَّ رَجُلًا دَخَلَ عَلَى رَجُلٍ كَانَ لَهُ قَدْرٌ وَهُوَ يَأْكُلُ فَلَمْ يَعْرِضْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْكُلَ مَعَهُ فَعَابَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فَقَالَ: إنَّ الْفَتَى يُسْتَطَابُ فِي أُمُورٍ كَثِيرَةٍ وَقَدْ يَكُونُ فِي الْعَالِمِ أَمْرٌ يُعَابُ بِهِ.

(ش) : قَوْلُهُ سُئِلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَنْ الْجَرَادِ يُرِيدُ أَنَّ السَّائِلَ سَأَلَهُ أَحَلَالٌ أَكْلُهُ؟ وَالْفُقَهَاءُ عَلَى إبَاحَةِ أَكْلِهِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي ذَكَاتِهِ هَلْ هِيَ شَرْطٌ فِي جَوَازِ أَكْلِهِ.

وَقَدْ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَلْحَلَةَ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ مَالِكِ بْنِ خُثَيْمٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْت جَالِسًا مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ بِأَرْضِهِ بِالْعَقِيقِ فَأَتَاهُ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى دَوَابَّ فَنَزَلُوا عِنْدَهُ قَالَ حُمَيْدٍ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ اذْهَبْ إلَى أُمِّي فَقُلْ: إنَّ ابْنَك يُقْرِئُك السَّلَامَ، وَيَقُولُ: أَطْعِمِينَا شَيْئًا قَالَ: فَوَضَعَتْ لَهُ ثَلَاثَةَ أَقْرَاصٍ فِي صَحْفَةٍ وَشَيْئًا مِنْ زَيْتٍ وَمِلْحٍ، ثُمَّ وَضَعَتْهَا عَلَى رَأْسِي وَحَمَلْتهَا إلَيْهِمْ فَلَمَّا وَضَعْتهَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ كَبَّرَ أَبُو هُرَيْرَةَ. وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَشْبَعَنَا مِنْ الْخُبْزِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ طَعَامُنَا إلَّا الْأَسْوَدَيْنِ الْمَاءَ وَالتَّمْرَ فَلَمْ يُصِبْ الْقَوْمُ مِنْ الطَّعَامِ شَيْئًا فَلَمَّا انْصَرَفُوا قَالَ: يَا ابْنَ أَخِي أَحْسِنْ إلَى غَنَمِك وَامْسَحْ الرَّغَامَ عَنْهَا وَأَطِبْ مُرَاحَهَا وَصَلِّ فِي نَاحِيَتِهَا فَإِنَّهَا مِنْ دَوَابِّ الْجَنَّةِ وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَيُوشِكُ أَنْ يَأْتِيَ عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ تَكُونُ الثُّلَّةُ مِنْ الْغَنَمِ أُحِبَّ إلَى صَاحِبِهَا مِنْ دَارِ مَرْوَانَ) .

[المنتقى]

تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَدِدْت أَنَّ عِنْدَنَا مِنْهُ قَفْعَةً نَأْكُلُ مِنْهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ مُبَاحٌ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَنَّى أَكْلَ مَا لَيْسَ بِمُبَاحٍ وَالْقَفْعَةُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ شَيْءٌ شَبِيهٌ بِالْمِكْتَلِ تَمَنَّى بِهَا عُمَرُ مَمْلُوءَةً جَرَادًا وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى هِيَ قُفَّةٌ أَكْبَرُ مِنْ الْمِكْتَلِ قَالَ: وَأَهْلُ الْعِرَاقِ يُسَمُّونَهَا جُلَّةً قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ وَأَهْلُ مِصْرَ يُسَمُّونَهَا زِنْبِيلًا.

(ش) : قَوْلُهُ كُنْت جَالِسًا مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ بِالْعَقِيقِ فَأَتَاهُ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى دَوَابَّ فَنَزَلُوا عِنْدَهُ ظَاهِرُهُ الزِّيَارَةُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ قَصَدُوهُ لِلتَّعَلُّمِ مِنْهُ وَالْأَخْذِ عَنْهُ وَمَا أَحْضَرَهُمْ أَبُو هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – مِنْ الطَّعَامِ عَلَى مَعْنَى إكْرَامِ الزَّائِرِ وَالضَّيْفِ وَتَقْدِيمِ مَا حَضَرَ إلَيْهِ وَلِذَلِكَ قَدَّمَ إلَيْهِمْ ثَلَاثَةَ أَقْرَاصٍ وَزَيْتًا وَمِلْحًا وَكَبَّرَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَلَى مَعْنَى الذِّكْرِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَتَعْظِيمِ نِعَمِهِ وَالشُّكْرِ لَهُ عَلَى مَا نَقَلَهُمْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ حَالِ الْقِلَّةِ وَالْمَجَاعَةِ إلَى الْخِصْبِ وَالْكَثْرَةِ حَتَّى يُوجَدَ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْ الْخُبْزِ وَالْإِدَامِ دُونَ اسْتِعْدَادٍ وَلَا تَأَهُّبٍ فَيُطْعِمَهُ مَنْ يَزُورُهُ دُونَ أَنْ يَصْرِفَهُ فِي قُوتٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ طَعَامُهُ الْأَسْوَدَيْنِ التَّمْرَ وَالْمَاءَ وَصَفَهُمَا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يُوصَفُ بِالْخُضْرَةِ وَهِيَ مِنْ أَلْوَانِ السَّوَادِ وَالتَّمْرَ كَثِيرٌ وَالْكَثِيرُ مِنْهُ مَائِلٌ إلَى السَّوَادِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُوصَفَ بِذَلِكَ إتْبَاعًا كَمَا قَالُوا الْقَمَرَانِ وَالْعُمَرَانِ وَلَمْ يُصِبْ الْقَوْمُ مِنْ الطَّعَامِ شَيْئًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونُوا صِيَامًا مَعَ أَنَّهُمْ بِالْخِيَارِ وَإِنْ كَانَ الْأَوْلَى لِحُسْنِ الْأَدَبِ الْإِصَابَةَ مِنْهُ فَذَلِكَ أَطْيَبُ لِنَفْسِ الْمَزُورِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ أَبِي هُرَيْرَةَ لَمَّا انْصَرَفُوا يَا ابْنَ أَخِي أَحْسِنْ إلَى غَنَمِك وَامْسَحْ الرَّغَامَ عَنْهَا وَهُوَ مَا يَجْرِي مِنْ أُنُوفِهَا قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ هُوَ الْمُخَاطُ الَّذِي يَجْتَمِعُ فِي مَنَاخِرِهَا وَقَوْلُهُ وَأَطِبْ مُرَاحَهَا يَعْنِي تَنْظِيفَ الْمَكَانِ الَّذِي تَرُوحُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُصْلِحُهَا وَيُنَظِّفُهَا وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ لَهَا حَقًّا فِي مُرَاعَاةِ مَنَافِعِهَا وَيَجْرِي ذَلِكَ فِيمَا ذَكَرَهُ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ.

وَقَدْ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «فِي كُلِّ ذِي كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ» وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ وَسْمِ الْغَنَمِ فِي الْآذَانِ فَقَالَ: إنَّهُ لَيَكْرَهُ أَنْ يُوسَمَ فِي الْوَجْهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَقَدْ قَالَ لَنَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا بَأْسَ بِهِ فِي الْآذَانِ فَنَحَا إلَى أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ الْآخَرَ يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ ذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا وَسْمُ الْإِبِلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ فَفِي الْعُتْبِيَّةِ لَا بَأْسَ بِهِ فِي غَيْرِ الْوَجْهِ فَأَمَّا فِي الْوَجْهِ فَإِنَّا نَكْرَهُهُ وَقَوْلُهُ وَصَلِّ فِي نَاحِيَتِهَا يَدُلُّ عَلَى طَهَارَةِ بَعْرِهَا وَبَوْلِهَا وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ إلَّا أَنْ يَأْكُلَ، أَوْ يَشْرَبَ نَجَسًا. وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ: فَإِنَّهَا مِنْ دَوَابِّ الْجَنَّةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مِنْ دَوَابِّ أَهْلِ الْجَنَّةِ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ السَّكِينَةُ وَالْوَقَارُ فِي أَهْلِ الْغَنَمِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يُوشِكُ أَنْ يَأْتِيَ عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ تَكُونُ الثُّلَّةُ فِيهِ مِنْ الْغَنَمِ وَهِيَ الْقَلِيلَةُ مِنْ الْغَنَمِ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى: الْمِائَةُ وَنَحْوُهَا وَقَوْلُهُ خَيْرٌ مِنْ دَارِ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ لِلْفِتْنَةِ الْوَاقِعَةِ بِالْمَدِينَةِ وَتَفَرُّقِ النَّاسِ عَنْهَا إلَى التَّبَرِّي بِالْمَاشِيَةِ وَالْغَنَمِ اعْتِزَالًا لِأَهْلِ الْفِتْنَةِ

(249/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي نُعَيْمٍ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ قَالَ «أُتِيَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِطَعَامٍ وَمَعَهُ رَبِيبُهُ عُمَرُ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَمِّ اللَّهَ وَكُلْ مِمَّا يَلِيك») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ جَاءَ رَجُلٌ إلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَقَالَ لَهُ: إنَّ لِي يَتِيمًا وَلَهُ إبِلٌ أَفَأَشْرَبُ مِنْ لَبَنِ إبِلِهِ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: إنْ كُنْت تَبْغِي ضَالَّةَ إبِلِهِ وَتَهْنَأُ جَرْبَاهَا وَتَلِيطُ حَوْضَهَا وَتَسْقِيهَا يَوْمَ وِرْدِهَا فَاشْرَبْ غَيْرَ مُضِرٍّ بِنَسْلٍ وَلَا نَاهِكٍ فِي الْحَلْبِ) .

[المنتقى]

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سَمِّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقْتَضِي أَنَّ التَّسْمِيَةَ مَشْرُوعَةٌ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الطَّعَامِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ يُسْتَحَبُّ لِلْمَرْءِ أَنْ يُسَمِّيَ اللَّهَ عَلَى طَعَامِهِ وَشَرَابِهِ يُرِيدُ عِنْدَ ابْتِدَائِهِ وَيَحْمَدَ اللَّهَ عِنْدَ تَمَامِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَكُلْ مِمَّا يَلِيك يُرِيدُ مِنْ الطَّعَامِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْلِيمِ لَهُ وَالْإِرْشَادِ إلَى حُسْنِ الْأَدَبِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ يَنْبَغِي لِلْآكِلِ يُرِيدُ مَعَ غَيْرِهِ أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا يَلِيهِ إنْ كَانَ طَعَامًا مُتَسَاوِيًا فَإِنْ كَانَ مُخْتَلِفًا فَلَا بَأْسَ أَنْ يُدِيرَ يَدَهُ فِيهِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي آخِرِ النِّكَاحِ.

وَقَالَ مَالِكٌ وَسُئِلَ عَنْ الرَّجُلِ يَأْكُلُ فِي بَيْتِهِ مَعَ أَهْلِهِ وَوَلَدِهِ فَيَأْكُلُ مِمَّا يَلِيهِمْ وَيَتَنَاوَلُ مِمَّا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ «أَكَلَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِنْدَ خَيَّاطٍ فَقَدَّمَ قَدِيدًا وَدُبَّاءَ فَرَأَيْت النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَتَتَبَّعُ الدُّبَّاءَ حَوْلَ الْقَصْعَةِ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَقَدْ سُئِلَ عَنْ الْقَوْمِ يَأْكُلُونَ فَيَتَنَاوَلُ بَعْضُهُمْ مِنْ يَدِ بَعْضٍ وَبَعْضُهُمْ مُتَوَسِّعٌ لِبَعْضٍ قَالَ: لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ وَلَيْسَ هَذَا مِنْ أَخْلَاقِ النَّاسِ الَّتِي تُعْرَفُ عِنْدَنَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ سُنَّةِ الْأَكْلِ أَنْ يَكُونَ جَالِسًا عَلَى الْأَرْضِ عَلَى هَيْئَةٍ يَطْمَئِنُّ عَلَيْهَا وَلَا يَأْكُلُ مُضْطَجِعًا عَلَى بَطْنِهِ وَلَا مُتَّكِئًا عَلَى جَنْبِهِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْبُعْدِ عَنْ التَّوَاضُعِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي التَّشَبُّهِ بِالْأَعَاجِمِ وَوَقْتُ الْأَكْلِ وَقْتُ تَوَاضُعٍ وَشُكْرٍ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى نِعَمِهِ.

وَقَدْ رَوَى جَابِرٌ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: أَمَّا أَنَا فَلَا آكُلُ مُتَّكِئًا.

(فَرْعٌ) وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الرَّجُلِ يَأْكُلُ وَهُوَ وَاضِعٌ يَدَهُ الْيُسْرَى عَلَى الْأَرْضِ فَقَالَ: إنِّي لَأَتَّقِيهِ وَأَكْرَهُهُ وَمَا سَمِعْت فِيهِ شَيْئًا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَرِهَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الِاتِّكَاءِ وَإِنْ كَانَ لَمْ يُسْمَعْ فِي ذَلِكَ بِنَهْيٍ يَخُصُّهُ وَإِنْ كَانَ قَدْ سَمِعَ فِي الْإِتْكَاءِ مَا تَقَدَّمَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنْ كُنْت تَبْغِي ضَالَّةَ إبِلِهِ أَيْ تَطْلُبُ مَا ضَلَّ مِنْهَا وَتَقْتَفِي أَثَرَهُ وَتَنْشُدُهُ يُرِيدُ عَلَى حَسَبِ مَا تَفْعَلُ بِضَالَّةِ إبِلِك؛ لِأَنَّهُ هُوَ الِابْتِغَاءُ الْمُعْتَادُ وَقَوْلُهُ وَتَهْنَأُ

جَرْبَاهَا يُرِيدُ تَطْلِي الْجَرَبَةَ مِنْهَا بِالْهِنَاءِ وَهُوَ الْقَطْرَانُ وَقَوْلُهُ وَتُلِيطُ حَوْضَهَا يُرِيدُ تَرُمُّ حَوْضَهَا الَّذِي تَشْرَبُ مِنْهُ وَتَكْنُسُهُ وَتَسْقِيهَا يَوْمَ وِرْدِهَا يُرِيدُ يَوْمَ شُرْبِهَا قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَابْنُ نَافِعٍ وَقَالَ صَاحِبُ الْعَيْنِ لُطْت الْحَوْضَ لُوطًا طَيَّنْته.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَاشْرَبْ غَيْرَ مُضِرٍّ بِنَسْلٍ عَلَى مَعْنَى الْإِبَاحَةِ لَهُ لِيَشْرَبَ مِنْ لَبَنِهَا عَلَى هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ لَا يَضُرَّ بِأَوْلَادِهَا وَقَوْلُهُ وَلَا نَاهِكٍ فِي الْحَلَبِ يُرِيدُ مُسْتَأْصِلَ اللَّبَنِ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَابْنُ نَافِعٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى، وَالْحَلَبُ بِفَتْحِ اللَّامِ اللَّبَنُ وَبِتَسْكِينِ اللَّامِ الْفِعْلُ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا أَعْلَمُ أَنَّهُ يَجُوزُ لِوَلِيِّ الْيَتِيمِ أَنْ يُصِيبَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا إلَّا مِنْ اللَّبَنِ إنْ كَانَ بِمَوْضِعٍ لَا ثَمَنَ لَهُ وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: 6] .

وَاخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَأْوِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ فَذَهَبَ عُمَرُ إلَى أَنَّهُ إنْ كَانَ فَقِيرًا أَكَلَ بِالْمَعْرُوفِ، ثُمَّ قَضَى رَوَاهُ حَارِثَةُ بْنُ مُضَرِّبٍ قَالَ: سَمِعْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ أَنْزَلْت مَالَ اللَّهِ مِنِّي بِمَنْزِلَةِ وَالِي الْيَتِيمِ إنْ اسْتَغْنَيْت اسْتَعْفَفْت وَإِنْ افْتَقَرْت أَكَلْت، ثُمَّ قَضَيْت وَرَوَاهُ عِكْرِمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَالَهُ مُجَاهِدٌ وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ وَرَوَى مُقَسِّمٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مَعْنَاهُ فَلْيُقَوِّتْ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ مَالِهِ وَلَا يُصِبْ مِنْ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ لَا يُؤْتَى أَبَدًا بِطَعَامٍ وَلَا شَرَابٍ حَتَّى الدَّوَاءِ فَيُطْعَمُهُ، أَوْ يَشْرَبُهُ حَتَّى يَقُولَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا وَأَطْعَمَنَا وَسَقَانَا، وَنَعَّمَنَا اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ أَلْفَتْنَا نِعْمَتُك بِكُلِّ شَرٍّ فَأَصْبَحْنَا مِنْهَا وَأَمْسَيْنَا بِكُلِّ خَيْرٍ فَنَسْأَلُك تَمَامَهَا وَشُكْرَهَا لَا خَيْرَ إلَّا خَيْرُك وَلَا إلَهَ غَيْرُك إلَهَ الصَّالِحِينَ وَرَبَّ الْعَالَمِينَ الْحَمْدُ لِلَّهِ وَلَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ مَا شَاءَ اللَّهُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِيمَا رَزَقْتَنَا وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ تَأْكُلُ الْمَرْأَةُ مَعَ غَيْرِ ذِي مَحْرَمٍ، أَوْ مَعَ غُلَامِهَا فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ إذَا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ مَا يُعْرَفُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْكُلَ مَعَهُ

[المنتقى]

مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا.
وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ: مَعْنَاهُ يَأْكُلُ مِنْ الصَّامِتِ وَغَيْرِهِ وَلَا يَقْضِي وَقَالَ عَطَاءٌ يَأْكُلُ مَعَهُمْ بِقَدْرِ خِدْمَتِهِ وَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ وَنَحْوُهُ رَوَى عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ وَقَالَ الشَّعْبِيُّ إنَّمَا ذَلِكَ فِي الرِّسْلِ وَالثَّمَرَةِ دُونَ صُلْبِ الْمَالِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ أَمَّا أَكْلُ الْفَاكِهَةِ وَشُرْبُ اللَّبَنِ فَخَفِيفٌ وَلَا يُنْتَفَعُ بِظَهْرِ إبِلِهِ وَقَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيُّ وَرَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ مَعْنَاهُ فِي الْيَتِيمِ إذَا كَانَ فَقِيرًا أَنْفَقَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ فَقْرِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا أَنْفَقَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ غِنَاهُ.
وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إسْحَاقَ وَلَيْسَ قَوْلُ مَنْ قَالَ: يَقْضِي مَا أَكَلَ بِالْبَيِّنِ وَاحْتَجُّوا فِي ذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ} [النساء: 6] وَلَا حُجَّةَ فِيهِ وَإِنَّمَا الْمَعْنَى أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهِمْ بِمَا يَدْفَعُ إلَيْهِمْ مِمَّا يَبْقَى وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: أَنْ يَأْكُلَ النَّاظِرُ مِنْهُ الْيَسِيرَ الَّذِي لَا مَضَرَّةَ عَلَى الْيَتِيمِ فِيهِ فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ وَلَوْ اسْتَعَفَّ لَكَانَ خَيْرًا لَهُ لَكِنْ إنْ احْتَاجَ النَّاظِرُ لَهُ إلَى أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِهِ قَدْرَ حَاجَتِهِ فَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الِاقْتِرَاضِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ وَلَا يَفْعَلُ ذَلِكَ إلَّا لِضَرُورَةٍ وَحَاجَةٍ لَا لِتَرَفُّهٍ وَلَا تَكَسُّبٍ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِقَدْرِ عَمَلِهِ وَنَظَرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْ النَّظَرَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا الْتَزَمَهُ عَلَى وَجْهِ التَّطَوُّعِ دُونَ عِوَضٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ عِوَضًا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الْيَتِيمِ يَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ فَيَأْخُذُ نَفَقَتَهُ فَيُرِيدُ أَنْ يَخْلِطَهَا بِنَفَقَتِهِ وَيَكُونَ طَعَامُهُمْ وَاحِدًا فَقَالَ مَالِكٌ إنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَى وَجْهِ التَّفَضُّلِ عَلَى الْيَتِيمِ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَنَالُ الْيَتِيمَ مِنْ ذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ فَلَا يُعْجِبُنِي وَهَذَا مِنْ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَلَى وَجْهِ التَّنَاهِي فِي التَّحَرُّزِ لِكَثْرَةِ مَا حَدَثَ فِي هَذَا الْبَابِ مِنْ التَّحَامُلِ وَعِنْدِي أَنَّهُ إذَا أَكَلَ الْيَتِيمُ بِقَدْرِ حَقِّهِ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَفِي إفْرَادِهِ بِقُوتِهِ مَشَقَّةٌ عَلَيْهِ وَعَلَى النَّاظِرِ لَهُ فِي الْغَالِبِ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ لَا يُؤْتَى بِطَعَامٍ وَلَا شَرَابٍ حَتَّى الدَّوَاءِ فَيُطْعَمُهُ، أَوْ يَشْرَبُهُ يَقْتَضِي أَنَّ مَا يُنَاوَلُ مِنْ دَوَاءٍ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الطَّعَامِ، أَوْ الشَّرَابِ فَأَرَادَ مَا كَانَ مِنْ طَعَامٍ، أَوْ شَرَابٍ مُعْتَادٍ، أَوْ غَيْرِ مُعْتَادٍ فَكَانَ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَقُولُ عِنْدَ تَنَاوُلِهِ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَأَطْعَمَنَا وَسَقَانَا وَنَعَّمَنَا إلَى آخِرِ الذِّكْرِ ظَاهِرُهُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ عِنْدَ ذَلِكَ قَبْلَ تَنَاوُلِهِ وَيَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يُرِيدَ بِهِ كَانَ يَقُولُهُ بَعْدَ تَنَاوُلِهِ فَيَكُونُ مَعْنَى اللَّفْظِ فَيَطْعَمُهُ أَوْ يَشْرَبُهُ إلَّا قَالَ: كَذَا يُقَالُ لَا تَبِعْ مِنْ فُلَانٍ حَتَّى تَرْبَحَ مَعْنَاهُ إلَّا أَنْ تَرْبَحَ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَكُونُ وَلَا يَثْبُتُ إلَّا بَعْدَ تَمَامِ الْبَيْعِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ وَالثَّانِي أَظْهَرُ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى؛ لِأَنَّ الْحَمْدَ مَشْرُوعٌ فِي آخِرِ الطَّعَامِ وَالتَّسْمِيَةَ مَشْرُوعَةٌ فِي أَوَّلِ

الطَّعَامِ «وَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِعُمَرَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ: سَمِّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَكُلْ مِمَّا يَلِيك» وَيُجْزِئُ مِنْ التَّسْمِيَةِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَيُجْزِئُ مِنْ الْحَمْدِ: الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَمَنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَحَسَنٌ فَإِنَّهُ ذِكْرٌ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

وَرُوِيَ أَنَّ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لَمَّا قَرَّبَ الْعِجْلَ لِلْمَلَائِكَةِ وَهُوَ يَعْتَقِدُهُمْ أَضْيَافًا مِنْ الْإِنْسِ قَالَ: أَلَا تَأْكُلُونَ قَالُوا: لَا نَأْكُلُ طَعَامًا إلَّا بِثَمَنٍ قَالَ لَهُمْ فَإِنَّ لِهَذَا الطَّعَامِ ثَمَنًا قَالُوا وَمَا ثَمَنُهُ قَالَ تُسَمُّونَ اللَّهَ فِي أَوَّلِهِ وَتَحْمَدُونَهُ فِي آخِرِهِ فَنَظَرَ بَعْضُهُمْ إلَى بَعْضٍ وَقَالُوا حُقَّ لِهَذَا أَنْ يَتَّخِذَهُ اللَّهُ خَلِيلًا.

(251/7)

مِنْ الرِّجَالِ قَالَ وَقَدْ تَأْكُلُ الْمَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا وَمَعَ غَيْرِهِ مِمَّنْ تُؤَاكِلُهُ، أَوْ مَعَ أَخِيهَا عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ وَيُكْرَهُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْلُوَ مَعَ الرَّجُلِ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حُرْمَةٌ) .

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَا بَأْسَ أَنْ تَأْكُلَ الْمَرْأَةُ مَعَ ذِي مَحْرَمٍ يُرِيدُ مَنْ تَأَبَّدَ تَحْرِيمُهَا عَلَيْهِ كَالْأَبِ وَالِابْنِ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْخَالِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مُؤَاكَلَتِهَا لَهُ أَكْثَرُ مِنْ النَّظَرِ إلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا وَيَجُوزُ لِذِي مَحْرَمٍ أَنْ يَنْظُرَ مِنْهَا إلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ} [النور: 31] قَالَ إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ مَعْنَاهُ مَا فَوْقَ النَّحْرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمَعَ غُلَامِهَا يُرِيدُ عَبْدَهَا وَذَلِكَ لِمَا قُلْنَاهُ مِنْ أَنَّ الْأَكْلَ لَيْسَ فِيهِ إلَّا النَّظَرُ إلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ وَذَلِكَ مُبَاحٌ لِلْعَبْدِ وَأَمَّا نَظَرُهُ إلَى شَعْرِهَا فَاخْتَلَفَ فِيهِ الْعُلَمَاءُ فَقَالَ الشَّعْبِيُّ لَا بَأْسَ أَنْ تَضَعَ الْمَرْأَةُ ثَوْبَهَا عِنْدَ مَمْلُوكِهَا وَكَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَرَى شَعْرَهَا وَبِهِ قَالَ مُجَاهِدٌ وَعَطَاءٌ.

وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ الْمَمْلُوكُ إلَى شَعْرِ مَوْلَاتِهِ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ يَجُوزُ أَنْ يَرَى الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدَتِهِ مَا يَرَاهُ ذُو الْمَحَارِمِ كَالْأَبِ وَالْأَخِ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّ تَحْرِيمَهُ لَيْسَ بِمُؤَبَّدٍ كَالْأَجْنَبِيِّ لَهُ أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ، أَوْ كَالْأَجْنَبِيِّ يَكُونُ زَوْجَ أُخْتِهَا وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا لِبُعُولَتِهِنَّ} [النور: 31] الْآيَةُ.

وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ لَا تَغُرَّنَّكُمْ هَذِهِ الْآيَةُ {أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ} [النور: 31] إنَّمَا عَنَى بِهَا الْإِمَاءَ

وَلَمْ يَعْنِ بِهَا الْعَبِيدَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: وَلَيْسَ مَا قَالَهُ بِظَاهِرٍ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ جَلَّ وَعَزَّ {أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ} [النور: 31] عَامٌّ وَالْإِمَاءُ قَدْ دَخَلْنَ فِي قَوْله تَعَالَى {أَوْ نِسَائِهِنَّ} [النور: 31] وَاسْتَدَلَّ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ فِي ذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى بِأَنَّ هَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فَجَازَ لَهُ النَّظَرُ إلَى شَعْرِهَا كَذَوِي الْمَحَارِمِ وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَنْظُرُ إلَى شَعْرِهَا مِنْ عَبِيدِهَا إلَّا الْوَغْدُ وَهُوَ الَّذِي لَا مَنْظَرَ لَهُ وَأَمَّا الْعَبْدُ الْحَسَنُ الْمَنْظَرِ فَلَا يَرَى شَعْرَهَا وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي إذَا لَمْ يَكُنْ مَنْظَرًا كَانَ مِمَّنْ لَا أَرَبَ لَهُ فِيهَا وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَأَمَّا الَّذِي لَهُ مَنْظَرٌ فَهُوَ مِمَّنْ لَهَا فِيهِ أَرَبٌ وَلَهُ فِي النِّسَاءِ أَرَبٌ وَتَحْرِيمُهُ غَيْرُ مُتَأَبِّدٍ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَيْسَ عَبْدُهَا مِنْ ذَوِي مَحَارِمِهَا الَّذِي يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ مِنْهَا لَا تَدُومُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ تُعْتِقَهُ فِي سَفَرِهَا فَيَحِلُّ لَهُ تَزْوِيجُهَا.

وَقَدْ قَالَ اللَّهُ – تَبَارَكَ وَتَعَالَى {لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ} [النور: 58] فَأَجْرَاهُمْ مَجْرَى مَنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحُلُمَ مِنْ الْأَجَانِبِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: وَقَدْ تَأْكُلُ الْمَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا وَغَيْرِهِ مِمَّنْ تُؤَاكِلُهُ، أَوْ مَعَ أَخِيهَا عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ نَظَرَ الرَّجُلِ إلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ وَكَفَّيْهَا مُبَاحٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَبْدُو مِنْهَا عِنْدَ مُؤَاكَلَتِهَا وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي ذَلِكَ وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} [النور: 31] قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: الزِّينَةُ زِينَتَانِ: زِينَةٌ ظَاهِرَةٌ وَهِيَ الثِّيَابُ، وَزِينَةٌ بَاطِنَةٌ لَا يَرَاهَا إلَّا الزَّوْجُ وَهِيَ الْكُحْلُ وَالسِّوَارُ وَالْخَاتَمُ.

وَقَالَ النَّخَعِيُّ: مَا ظَهَرَ مِنْهَا مَا فَوْقَ الدِّرْعِ وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَعَالَى قَالَ {خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ} [الأعراف: 31] يَعْنِي الثِّيَابَ وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ {إِلا مَا ظَهَرَ مِنْهَا} [النور: 31] الْوَجْهُ وَالْكَفَّانِ وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ وَذَكَرَ ابْنُ بُكَيْرٍ أَنَّهُ قَوْلُ مَالِكٍ وَغَيْرِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو إِسْحَاقَ وَالظَّاهِرُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ الْوَجْهُ وَالْكَفَّانِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتُرَ فِي الصَّلَاةِ كُلَّ مَوْضِعٍ مِنْهَا إلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ يَجُوزُ لِلْقُرْبَى أَنْ يَرَوْهُ مِنْ الْمَرْأَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ الْأَبْهَرِيُّ: إنَّمَا قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنْ تَأْكُلَ الْمَرْأَةُ مَعَ مَنْ تَأْمَنُ الْفِتْنَةَ فِي الْأَكْلِ مَعَهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ} [النور: 30] وَعِنْدِي أَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَغُضَّ عَنْ بَعْضِ الْمَرْئِيَّاتِ

مَا جَاءَ فِي أَكْلِ اللَّحْمِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: إيَّاكُمْ وَاللَّحْمَ فَإِنَّ لَهُ ضَرَاوَةً كَضَرَاوَةِ الْخَمْرِ مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَدْرَكَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَمَعَهُ حَمَّالُ لَحْمٍ فَقَالَ: مَا هَذَا فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ قَرِمْنَا إلَى اللَّحْمِ فَاشْتَرَيْتُ بِدِرْهَمٍ لَحْمًا فَقَالَ عُمَرُ: أَمَا يُرِيدُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَطْوِيَ بَطْنَهُ عَنْ جَارِهِ، أَوْ ابْنِ عَمِّهِ أَيْنَ تَذْهَبُ عَنْكُمْ هَذِهِ الْآيَةُ {أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا} [الأحقاف: 20]) .

[المنتقى]

وَهِيَ الَّتِي لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إلَيْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يُكْرَهُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْلُوَ مَعَ الرَّجُلِ مِمَّنْ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ حُرْمَةٌ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو الْخَيْرِ عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إيَّاكُمْ وَالدُّخُولَ عَلَى النِّسَاءِ فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ الْأَنْصَارِ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفَرَأَيْت الْحَمْوَ قَالَ الْحَمْوُ الْمَوْتُ» قَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ: الْحَمْوُ أَخُو الزَّوْجِ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ أَقَارِبِ الزَّوْجِ ابْنُ الْعَمِّ وَنَحْوُهُ.

[مَا جَاءَ فِي أَكْلِ اللَّحْمِ]

(ش) : قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: إيَّاكُمْ وَاللَّحْمَ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْمُبَالَغَةَ فِي النَّهْيِ عَنْ اللَّحْمِ وَيُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - إيَّاكُمْ وَالْإِكْثَارَ مِنْهُ وَالْمُدَاوَمَةَ عَلَيْهِ وَأَنْ لَا يُجْتَزَى بِشَيْءٍ مِنْ الْأُدْمِ عَنْهُ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ يَأْكُلُ فِي بَعْضِ أَوْقَاتِهِ وَيُؤْكَلُ عِنْدَهُ وَقَوْلُهُ فَإِنَّ لَهُ ضَرَاوَةً يُرِيدُ عَادَةً تَدْعُو إلَيْهِ وَيَشُقُّ تَرْكُهَا لِمَنْ أَلِفَهَا وَإِنَّمَا أَرَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَنْعَ التَّنْعِيمِ بِالْمُدَاوَمَةِ عَلَى أَكْلِ اللَّحْمِ وَبِكُلِّ مَا جَرَى مَجْرَى ذَلِكَ وَنَدَبَ إلَى الِاقْتِصَادِ وَالِاقْتِصَارِ عَلَى أَيْسَرِ الْأَقْوَاتِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَدْرَكَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَمَعَهُ حَمَّالُ لَحْمٍ فَقَالَ: مَا هَذَا فَقَالَ: قَرِمْنَا إلَى اللَّحْمِ فَاشْتَرَيْت بِدِرْهَمٍ لَحْمًا فَقَالَ عُمَرُ أَمَا يُرِيدُ أَنْ يَطْوِيَ أَحَدُكُمْ بَطْنَهُ عَنْ جَارِهِ وَابْنِ عَمِّهِ فَيَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَكُونَ فِي وَقْتِ شِدَّةٍ عَمَّتْ النَّاسَ فَكَرِهَ لَهُ التَّنَعُّمَ بِأَكْلِ اللَّحْمِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ وَأَرَادَ لَوْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ كَمَا امْتَنَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ أَكْلِ السَّمْنِ حَتَّى يَعُمَّ النَّاسَ الْخِصْبُ وَيَعُودَ بِفَضْلِ قُوتِهِ عَلَى جِيرَانِهِ وَبَنِي عَمِّهِ وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَمَا يُرِيدُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَطْوِيَ بَطْنَهُ عَنْ جَارِهِ وَابْنِ عَمِّهِ عَلَى وَجْهِ

الْإِنْكَارِ لِذَلِكَ فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَلَيْسَ مَا يُرِيدُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَطْوِيَ بَطْنَهُ عَنْ جَارِهِ وَابْنِ عَمِّهِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ أَنْ يُنْقِصَ مِنْ شِبَعِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى عَنْ جَارِهِ عِنْدِي مِنْ أَجْلِ جَارِهِ وَابْنِ عَمِّهِ فَيُشَارِكُهُ فِي قُوتِهِ لِيَعُودَ عَلَيْهِ بِفَضْلِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: أَيْنَ تَذْهَبُ عَنْكُمْ هَذِهِ الْآيَةُ يُرِيدُ أَيْنَ تَذْهَبُ عَنْكُمْ فَلَا تَعْتَبِرُونَ بِهَا وَلَا تَمْتَنِعُوا عَمَّا عَابَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى مَنْ قَبْلَكُمْ وَهُوَ قَوْله تَعَالَى {أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا} [الأحقاف: 20] فَعَابَهُمْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَوَبَّخَهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَمَعْنَى الْآيَةِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّكُمْ اسْتَوْفَيْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ وَاسْتَوْعَبْتُمُوهُ اوَلَمْ تَتْرُكُوا شَيْئًا مِنْهَا لِلَّهِ تَعَالَى بَلْ اسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا وَقَطَعْتُمْ بِهَا أَعْمَارَكُمْ دُونَ أَنْ تَقْطَعُوهَا بِطَاعَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَشْغَلْتُمْ بِهَا أَنْفُسَكُمْ عَنْ الْعَمَلِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَكَرِهَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَإِنْ كَانَ إنَّمَا اشْتَرَى اللَّحْمَ بَعْدَ أَنْ قَرِمَ هُوَ وَأَهْلُهُ إلَيْهِ اتِّبَاعَ شَهْوَتِهِ وَإِيثَارَهَا عَلَى مُوَاسَاةِ الْجَارِ وَابْنِ الْعَمِّ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ شِئْت لَكُنْت مِنْ أَلْيَنِكُمْ طَعَامًا وَأَرَقِّكُمْ عَيْشًا وَإِنِّي – وَاَللَّهِ – مَا أَجْهَلُ كَذَا وَكَذَا وَأَسْنِمَةٌ وَصِلًا وَصِلًا وَيَوَدُّ مَنَابًا مَا وَلَكِنِّي سَمِعْت اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ عَيَّرَ قَوْمًا بِأَمْرٍ فَعَلُوهُ فَقَالَ: {أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا} [الأحقاف: 20] .

(253/7)

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الْخَاتَمِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ يَلْبَسُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَنَبَذَهُ وَقَالَ لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا قَالَ: فَنَبَذَ النَّاسُ بِخَوَاتِيمِهِمْ» مَالِكٌ عَنْ صَدَقَةَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْت سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ عَنْ لُبْسِ الْخَاتَمِ فَقَالَ: الْبَسْهُ وَأَخْبِرْ النَّاسَ أَنِّي أَفْتَيْتُك بِذَلِكَ) .

مَا جَاءَ فِي نَزْعِ الْمَعَالِيقِ وَالْجَرَسِ مِنْ الْعَيْنِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَبَّادِ بْنِ تَمِيمٍ أَنَّ أَبَا بَشِيرٍ الْأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ «أَنَّهُ كَانَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي بَعْضِ أَسْفَارِهِ قَالَ: فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَسُولًا فَقَالَ

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الْخَاتَمِ]

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ يَلْبَسُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ يَقْتَضِي إبَاحَةَ ذَلِكَ حِينَ لَبِسَهُ لَهُ، ثُمَّ وَرَدَ نَسْخُ إبَاحَتِهِ بِتَحْرِيمِهِ فَنَبَذَهُ وَقَالَ: لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا فَنَبَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ الذَّهَبَ الَّتِي كَانُوا اتَّخَذُوهَا حَالَ الْإِبَاحَةِ وَأَمَّا التَّخَتُّمُ بِالْفِضَّةِ فَهُوَ الَّذِي قَالَ فِيهِ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ لِصَدَقَةَ بْنِ يَسَارٍ الْبَسْهُ وَأَخْبِرْ النَّاسَ أَنِّي أَفْتَيْتُك بِذَلِكَ وَهُوَ لِمَا رُوِيَ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ الشَّامِ أَنَّهُ مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ لِحَدِيثِ رُوِيَ عَنْ أَبِي رَيْحَانَةَ أَنَّهُ سَمِعَ «النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ عَشْرِ خِصَالٍ عَنْ الْوَشْمِ وَالْوَسْمِ وَالتَّخَتُّمِ لِغَيْرِ ذِي السُّلْطَانِ» وَهُوَ حَدِيثٌ ضَعِيفٌ.

وَقَدْ أَجْمَعَ النَّاسُ بَعْدَ هَذَا الْقَائِلِ عَلَى جَوَازِ التَّخَتُّمِ وَرَوَى ابْنُ شِهَابٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ وَرِقٍ، ثُمَّ نَبَذَهُ وَنَبَذَ النَّاسُ» وَهَذَا وَهْمٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَاَلَّذِي رَوَاهُ أَصْحَابُ أَنَسٍ ثَابِتٌ وَقَتَادَةُ وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ صُهَيْبٍ عَنْ أَنَسٍ أَنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اتَّخَذَ خَاتَمَ الذَّهَبِ، ثُمَّ نَبَذَهُ وَاِتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ وَرِقٍ وَنَقَشَ فِيهِ " مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ " فَكَانَ فِي يَدِ أَبِي بَكْرٍ، ثُمَّ فِي يَدِ عُمَرَ، ثُمَّ سَقَطَ مِنْ يَدِ عُثْمَانَ فِي بِئْرِ أَرِيسٍ.

وَقَدْ رَوَى زِيَادُ بْنُ سَعْدٍ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ أَنَسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ، ثُمَّ نَبَذَهُ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ: وَلَا يُجْعَلُ لِخَاتَمِ الْفِضَّةِ فَصٌّ مِنْ ذَهَبٍ وَلَا يُذَهَّبُ، وَكَرِهَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي فَصِّ خَاتَمِهِ مِنْ الذَّهَبِ قَدْرًا لِئَلَّا تَصْدَأَ الْفِضَّةُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَجْمَعَ أَهْلُ السُّنَّةِ عَلَى التَّخَتُّمِ فِي الشِّمَالِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَكْرَهُ التَّخَتُّمَ فِي الْيَمِينِ وَقَالَ إنَّمَا يَأْكُلُ وَيَشْرَبُ وَيَعْمَلُ بِيَمِينِهِ فَكَيْفَ يَبْدَأُ أَنْ يَأْخُذَ الْخَاتَمَ بِيَسَارِهِ، ثُمَّ يَجْعَلُهُ فِي يَمِينِهِ قَالَ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْعَلَ الْخَاتَمَ فِي يَمِينِهِ لِلْحَاجَةِ يَتَذَكَّرُهَا أَوْ يَرْبِطَ خَيْطًا فِي أُصْبُعِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْقُشَ فِي الْخَاتَمِ اسْمَ اللَّهِ وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَمَالِكٌ وَكَرِهَهُ ابْنُ سِيرِينَ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبَ إلَيْهِ الْجُمْهُورُ مِنْ ذَلِكَ مَا رَوَى قَتَادَةُ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ: «اتَّخَذَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خَاتَمًا مِنْ وَرِقٍ نَقْشُهُ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ كُتُبَ الْعِلْمِ وَالْأَدَبِ وَسَائِرَ الْعُلُومِ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَذِكْرِهِ وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ فِيهَا وَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِعْمَالِهِ وَحَمْلِهَا عَلَى

كُلِّ حَالٍ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَيُقَالُ كَانَ نَقْشُ خَاتَمِ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – حَسْبِي اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

(فَرْعٌ) وَمَنْ لَبِسَهُ فِي يَسَارِهِ فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ لَهُ أَنْ يَسْتَنْجِيَ بِهِ قَالَ مَالِكٌ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ خَفِيفًا وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو عَلِيٍّ الْحَنَفِيُّ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا أَرَادَ الْخَلَاءَ وَضَعَ خَاتَمَهُ» قَالَ أَبُو دَاوُد: وَهَذَا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ، وَالْمَعْرُوفُ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ الزُّهْرِيِّ الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(254/7)

عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ: حَسِبْتُ أَنَّهُ قَالَ: وَالنَّاسُ فِي مَقِيلِهِمْ لَا تَبْقَيَنَّ فِي رَقَبَةِ بَعِيرٍ قِلَادَةٌ مِنْ وَتَرٍ أَوْ قِلَادَةٌ إلَّا قُطِعَتْ» قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: أَرَى ذَلِكَ مِنْ الْعَيْنِ) .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي نَزْعِ الْمَعَالِيقِ وَالْجَرَسِ مِنْ الْعَيْنِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: لَا يَبْقَيَنَّ فِي رَقَبَةِ بَعِيرٍ قِلَادَةٌ مِنْ وَتَرٍ أَوْ قِلَادَةٌ عَلَى الشَّكِّ مِنْ الرَّاوِي أَنْ يَكُونَ خَصَّ، أَوْ عَمَّ إلَّا قُطِعَتْ وَاَلَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ أَنَّ الْمَمْنُوعَ مِنْهَا الْأَوْتَارُ.

وَقَالَ: فِي الْعُتْبِيَّةِ مَا سَمِعْتُ بِكَرَاهِيَةٍ إلَّا فِي الْوَتَرِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا بَأْسَ بِهِ مِنْ غَيْرِ الْوَتَرِ وَلَعَلَّهُ كَانَ يُصْنَعُ كَثِيرًا عَلَى وَجْهٍ مَحْظُورٍ فَتَعَلَّقَ الْمَنْعُ بِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيُّ: وَقَدْ قِيلَ إنَّ الْجَاهِلِيَّةَ كَانُوا يُقَلِّدُونَهُ لِلْعَيْنِ فَنُهُوا عَنْ ذَلِكَ وَأَمَّا لِلْجَمَالِ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ أَرَى ذَلِكَ مِنْ الْعَيْنِ عَلَى وَجْهِ التَّأْوِيلِ لِلْحَدِيثِ وَالْعُدُولِ بِهِ عَنْ عُمُومِهِ بِنَظَرِهِ وَاجْتِهَادِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ فِي عُنُقِهِ الْخِطَامُ وَغَيْرُهُ مِمَّا يُشَدُّ بِهِ الرَّحْلُ، وَيُزَيِّنُ ذَلِكَ بِمَا شَاءَ وَمَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَنَّهُ نَهَى عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا يَظُنُّ أَنَّ تِلْكَ الْقَلَائِدَ تَمْنَعُ أَنْ تُصِيبَ الْإِبِلَ الْعَيْنُ، أَوْ تَرُدُّ الْقَدَرَ وَقَدْ ذَهَبَ قَوْمٌ إلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعَلَّقَ عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ بَنِي آدَمَ وَالْبَهَائِمِ شَيْءٌ مِنْ الْعَلَائِقِ خَوْفَ نُزُولِ الْعَيْنِ وَإِنْ جَوَّزُوا تَعْلِيقَ ذَلِكَ عَلَى السَّقِيمِ رَجَاءً لِلْبُرْءِ وَالصَّحِيحُ مِنْ قَوْلِ الْعُلَمَاءِ جَوَازُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالْفُقَهَاءِ وَقَدْ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَفْصِدَ وَيَحْتَجِمَ خَوْفَ

التَّأَذِّي بِالدَّمِ كَمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ التَّأَذِّي بِهِ لِإِزَالَةِ ضَرَرِهِ وَكَمَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ الْعَيْنِ وَبَعْدَهَا إذَا كَانَ فِيهَا حِرْزٌ، أَوْ دُعَاءٌ.

وَقَدْ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزَنِيَّةِ: لَا بَأْسَ أَنْ يُعَلِّقَ الرَّجُلُ عَلَى فَرَسِهِ لِلْجَمَالِ الْقِلَادَةَ الْمُلَوَّنَةَ فِيهَا خَرَزٌ وَإِنَّمَا كُرِهَ الْوَتَرُ وَمَا اُتُّخِذَ لِلْعَيْنِ وَقَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى.

وَقَالَ مَالِكٌ: مَا سَمِعْتُ بِكَرَاهِيَةٍ فِي الْقِلَادَةِ أَوْ فِي الْوَتَرِ.

وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: قَلِّدُوا الْخَيْلَ وَلَا تُقَلِّدُوهَا الْأَوْتَارَ، وَلَا أَعْرِفُهُ مِنْ وَجْهٍ صَحِيحٍ وَقَالَ غَيْرُهُ مَعْنَاهُ وَلَا تَرْكَبُوهَا فِي الْفِتَنِ فَمَنْ رَكِبَ فَرَسًا يَنْشَبُ أَنْ يُعَلَّقَ بِهِ وَتَرٌ يُطْلَبُ بِهِ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مَا كُرِهَ مِنْ الْقَلَائِدِ فِي أَعْنَاقِ الْإِبِلِ هُوَ مِثْلُ الْجَرَسِ فَقَالَ: الْجَرَسُ أَشَدُّ قَالَ: وَإِنَّمَا كُرِهَ الْجَرَسُ فِيمَا يَقَعُ بِقَلْبِي لِصَوْتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَلِّقَ الْعُوذَةَ فِيهَا الْقُرْآنَ وَذِكْرُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى الْإِنْسَانِ إذَا خُرِزَ عَلَيْهَا جِلْدٌ وَلَا خَيْرَ فِي أَنْ يَعْقِدَ فِي الْخَيْطِ الَّذِي يَرْبِطُ بِهِ وَلَا فِي أَنْ يَكْتُبَ فِي ذَلِكَ: " خَاتَمُ سُلَيْمَانَ " قَالَهُ كُلَّهُ مَالِكٌ قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يُعَلِّقَ الْحِرْزَ مِنْ الْحُمْرَةِ وَلَا بَأْسَ بِالنَّشْرَةِ وَالْأَسْعَارِ وَالْأَدْهَانِ وَبَلَغَنِي أَنَّ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – سُحِرَتْ فَقِيلَ لَهَا فِي مَنَامِهَا: خُذِي مَاءً مِنْ ثَلَاثَةِ آبَارٍ تَجْرِي بَعْضُهَا إلَى بَعْضٍ فَاغْتَسِلِي بِهِ فَفَعَلَتْ فَذَهَبَ عَنْهَا، مَا كَانَتْ تَجِدُهُ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سَأَلَ مَالِكٌ عَمَّا يُعَلَّقُ مِنْ الْكُتُبِ فَقَالَ: مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ فِيهِ كَلَامُ اللَّهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

(فَصْلٌ) :

ذَكَرَ فِي التَّرْجَمَةِ نَزْعَ الْمَعَالِيقِ وَالْجَرَسِ مِنْ الْعَيْنِ وَلَا ذِكْرَ لَهَا فِي الْحَدِيثِ إلَّا بِمَعْنَى أَنَّهَا لَا تُعَلَّقُ فِي عُنُقِ الْبَعِيرِ إلَّا بِقِلَادَةٍ فَاقْتَضَى الْأَمْرُ بِنَزْعِ الْقَلَائِدِ أَنْ لَا يَنْزِعَهَا إلَّا أَنَّ هَذَا إنَّمَا يَكُونُ إذَا حُمِلَ الْأَمْرُ بِنَزْعِ الْقَلَائِدِ عَلَى عُمُومِهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ فِي كَرَاهِيَةِ الْقَلَائِدِ فِي أَعْنَاقِ الْإِبِلِ الْجَرَسُ أَشَدُّهُ وَمَا أَرَاهُ كَرِهَ الْجَرَسَ إلَّا لِصَوْتِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ سَأَلْت مَالِكًا عَنْ الْأَكْرِيَاءِ يَجْعَلُونَ الْأَجْرَاسَ فِي الْحَمِيرِ وَالْإِبِلِ الَّتِي تَحْمِلُ الْقُرْطَ وَغَيْرَهُ قَالَ: مَا جَاءَ فِيهِ إلَّا الْحَدِيثُ الْوَاحِدُ وَتَرْكُهُ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ لَهُ قَالَ مَالِكٌ: إنَّ سَالِمًا مَرَّ عَلَى عِيرٍ لِأَهْلِ الشَّامِ وَفِيهَا جَرَسٌ فَقَالَ لَهُمْ سَالِمٌ: إنَّ هَذَا يُنْهَى عَنْهُ قَالُوا لَهُ: نَحْنُ أَعْلَمُ بِهَذَا مِنْك إنَّمَا يُكْرَهُ الْجُلْجُلُ الْكَبِيرُ فَأَمَّا مِثْلُ هَذَا الصَّغِيرُ فَلَا بَأْسَ بِهِ، فَسَكَتَ سَالِمٌ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي الْجَرَّاحِ مَوْلَى أُمِّ حَبِيبَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ أُمِّ حَبِيبَةَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الْعِيرُ الَّتِي فِيهَا جَرَسٌ لَا تَصْحَبُهَا الْمَلَائِكَةُ» .

الْوُضُوءُ مِنْ الْعَيْنِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي أُسَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ يَقُولُ «اغْتَسَلَ أَبِي سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ بِالْخَرَّارِ فَنَزَعَ جُبَّةً كَانَتْ عَلَيْهِ وَعَامِرُ بْنُ رَبِيعَةَ يَنْظُرُ إلَيْهِ قَالَ: كَانَ سَهْلٌ رَجُلًا أَبْيَضَ حَسَنَ الْجِلْدِ قَالَ: فَقَالَ لَهُ عَامِرُ بْنُ رَبِيعَةَ مَا رَأَيْتُ كَالْيَوْمِ وَلَا جِلْدَ عَذْرَاءَ قَالَ: فَوُعِكَ سَهْلٌ مَكَانَهُ وَاشْتَدَّ وَعْكُهُ فَأُتِيَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأُخْبِرَ أَنَّ سَهْلًا وُعِكَ وَأَنَّهُ غَيْرُ رَائِحٍ مَعَك يَا رَسُولَ اللَّهِ فَأَتَاهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَخْبَرَهُ سَهْلٌ بِالَّذِي كَانَ مِنْ أَمْرِ عَامِرٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَامَ يَقْتُلُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَلَّا بَرَّكْتَ إنَّ الْعَيْنَ حَقٌّ تَوَضَّأْ لَهُ فَتَوَضَّأَ لَهُ عَامِرٌ فَرَاحَ سَهْلٌ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ قَالَ: «رَأَى عَامِرُ بْنُ رَبِيعَةَ سَهْلَ بْنَ حُنَيْفٍ يَغْتَسِلُ فَقَالَ: مَا رَأَيْتُ كَالْيَوْمِ وَلَا جِلْدَ مُخْتَبِئَةٍ فَلُبِطَ سَهْلٌ فَأُتِيَ رَسُولُ اللَّهِ فَقِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ هَلْ لَك فِي سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ وَاَللَّهِ مَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ فَقَالَ: هَلْ تَتَّهِمُونَ لَهُ أَحَدًا قَالُوا نَتَّهِمُ عَامِرَ بْنَ رَبِيعَةَ قَالَ: فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَامِرًا فَتَغَيَّظَ عَلَيْهِ وَقَالَ: عَلَامَ يَقْتُلُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَلَّا بَرَّكْتَ اغْتَسِلْ لَهُ فَغَسَلَ عَامِرٌ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ وَمِرْفَقَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ وَأَطْرَافَ رِجْلَيْهِ وَدَاخِلَةَ إزَارِهِ فِي قَدَحٍ، ثُمَّ صَبَّ عَلَيْهِ فَرَاحَ سَهْلٌ مَعَ النَّاسِ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ») .

[المنتقى]

[الْوُضُوءُ مِنْ الْعَيْنِ]

(ش) : قَوْلُهُ اغْتَسَلَ سَهْلُ بْنُ حُنَيْفٍ بِالْخَرَّارِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ هُوَ مَاءٌ بِالْمَدِينَةِ وَقِيلَ مَوْضِعٌ بِالْمَدِينَةِ وَقِيلَ وَادٍ مِنْ أَوْدِيَتِهَا فَقَالَ عَامِرُ بْنُ رَبِيعَةِ مَا رَأَيْتُ كَالْيَوْمِ وَلَا جِلْدَ مُخَبَّأَةٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ الْمُغَيَّبَةُ الْمُخَدَّرَةُ الَّتِي لَا تَظْهَرُ قَالَ: فَلُبِطَ سَهْلُ بْنُ حُنَيْفٍ قَالَ حَبِيبٌ عَنْ مَالِكٍ مَعْنَاهُ وُعِكَ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَابْنُ نَافِعٍ مَعْنَاهُ حُمَّ فَوَقَعَ صَرِيعًا كَالْمَرِيضِ الْمُثْبَتِ الْمُثْقَلِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ وُعِكَ سَهْلٌ يُرِيدُ حُمَّ غَيْرَ أَنَّ لَفْظَ لُبِطَ عِنْدَ الْعَرَبِ بِمَعْنَى صُرِعَ وَسَقَطَ بِالْأَرْضِ مِنْ خَبَلٍ، أَوْ سُكْرٍ، أَوْ إعْيَاءٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ عَلَى مَعْنَى الْمُبَالَغَةِ فِي حُمَّاهُ أَنَّهَا بَلَغَتْ بِهِ هَذَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَلْ تَتَّهِمُونَ لَهُ أَحَدًا يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ أَحَدٌ أَصَابَهُ بِالْعَيْنِ وَلَعَلَّهُ كَانَ بَلَغَهُ ذَلِكَ فَأَرَادَ أَنْ يَتَحَقَّقَهُ وَلَمَّا أُخْبِرَ بِمَا كَانَ مِنْ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ وَتَغَيَّظَ عَلَيْهِ وَأَقَرَّ الْمُتَّهَمُ لَهُ بِذَلِكَ عَلَى

تَصْحِيحِهِ لَهُ وَتَعَيُّنِهِ إيَّاهُ وَذَلِكَ بِأَنْ قَالَ: الْعَيْنُ حَقٌّ وَقَدْ ذَكَرَ النَّاسُ فِي أَمْرِ الْعَيْنِ وُجُوهًا أَصَحُّهَا أَنْ يَكُونَ اللَّهُ قَدْ أَجْرَى الْعَادَةَ عِنْدَ تَعَجُّبِ ذَلِكَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ وَنُطْقِهِ بِهِ دُونَ أَنْ يُبَرِّكَ أَنْ يَمْرَضَ الْمُتَعَجَّبُ مِنْهُ، أَوْ يَتْلَفَ، أَوْ يَفْسُدَ، أَوْ يَتَغَيَّرَ، أَوْ يَكُونَ ذَلِكَ عِنْدَ وُجُودِ مَعْنًى فِي نَفْسِ الْعَائِنِ لَا يُوجَدُ فِي نَفْسِ غَيْرِهِ مِنْ حَسَدٍ مَخْصُوصٍ، أَوْ مَعْنًى مِنْ الْمَعَانِي إلَّا أَنَّ الْعَائِنَ إذَا بَرَّكَ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: بَارَكَ اللَّهُ فِيهِ بَطَلَ الْمَعْنَى الَّذِي يُخَافُ مِنْ الْعَيْنِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ تَأْثِيرٌ فَإِنْ لَمْ يُبَرِّكْ وَقَعَ مَا أَجْرَى اللَّهُ تَعَالَى بِهِ الْعَادَةَ عِنْدَ ذَلِكَ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي ذَلِكَ بَعْدَ وُقُوعِهِ بِمَا أَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الْوُضُوءِ عَلَى مَا قَالَ فِي حَدِيثِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي أُمَامَةَ وَفِي حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ: اغْتَسِلْ لَهُ إلَّا أَنَّهُ فُسِّرَ الْغُسْلُ بِفِعْلِ الْوُضُوءِ وَالْوُضُوءُ غَسْلُ الْأَعْضَاءِ الْمَخْصُوصَةِ بِهِ.

وَرُوِيَ عَنْ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ فِي مَعْنَى الْوُضُوءِ الَّذِي أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: يَغْسِلُ الَّذِي يُتَّهَمُ لِلرَّجُلِ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ وَمِرْفَقَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ وَرِجْلَيْهِ وَدَاخِلَةَ إزَارِهِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ إنَّمَا يَغْسِلُ يَدَيْهِ وَمِرْفَقَيْهِ وَلَا يَغْسِلُ مَا بَيْنَ الْيَدِ وَالْمِرْفَقِ.

وَرُوِيَ عَنْ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: الْغُسْلُ

(256/7)

الرُّقْيَةُ مِنْ الْعَيْنِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ أَنَّهُ قَالَ: «دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِابْنَيْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ: لِحَاضِنَتِهِمَا مَالِي أَرَاهُمَا ضَارِعَيْنِ فَقَالَتْ حَاضِنَتُهُمَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّهُ تُسْرِعُ إلَيْهِمَا الْعَيْنُ وَلَمْ يَمْنَعْنَا أَنْ نَسْتَرْقِيَ لَهُمَا إلَّا أَنَّا لَا نَدْرِي مَا يُوَافِقُك مِنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: اسْتَرْقُوا لَهُمَا فَإِنَّهُ لَوْ سَبَقَ شَيْءٌ الْقَدَرَ لَسَبَقَتْهُ الْعَيْنُ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ حَدَّثَهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَخَلَ بَيْتَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَفِي الْبَيْتِ صَبِيٌّ يَبْكِي فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ بِهِ الْعَيْنَ قَالَ عُرْوَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَلَا تَسْتَرْقُونَ لَهُ مِنْ الْعَيْنِ») .

[المنتقى]

الَّذِي أَدْرَكْنَا عُلَمَاءَنَا يَصِفُونَهُ أَنْ يُؤْتَى الْعَائِنُ بِقَدَحٍ فِيهِ مَاءٌ فَيُمْسِكُ مُرْتَفِعًا مِنْ الْأَرْضِ فَيُدْخِلُ فِيهِ كَفَّهُ فَيُمَضْمِضُ، ثُمَّ يَمُجُّهُ فِي الْقَدَحِ، ثُمَّ يَغْسِلُ وَجْهَهُ فِي الْقَدَحِ صَبَّةً وَاحِدَةً، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى كَفِّهِ الْيُمْنَى، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُمْنَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى ظَهْرِ كَفِّهِ الْيُسْرَى صَبَّةً وَاحِدَةً، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ

الْيُسْرَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى مِرْفَقِهِ الْأَيْمَنِ، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُمْنَى فَيَصُبُّ عَلَى مِرْفَقِهِ الْأَيْسَرِ، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى قَدَمِهِ الْيُمْنَى، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُمْنَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى قَدَمِهِ الْأَيْسَرِ، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُسْرَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى رُكْبَتِهِ الْيُمْنَى، ثُمَّ يُدْخِلُ يَدَهُ الْيُمْنَى فَيَصُبُّ بِهَا عَلَى رُكْبَتِهِ الْيُسْرَى كُلُّ ذَلِكَ فِي قَدَحٍ، ثُمَّ يُدْخِلُ دَاخِلَةَ إزَارِهِ فِي الْقَدَحِ وَلَا يُوضَعُ الْقَدَحُ فِي الْأَرْضِ فَيَصُبُّ عَلَى رَأْسِ الْمُعِينِ مِنْ خَلْفِهِ صَبَّةً وَاحِدَةً وَقِيلَ يَغْتَفِلُ وَيَصُبُّ عَلَيْهِ، ثُمَّ يُكْفَأُ الْقَدَحُ عَلَى ظَهْرِ الْأَرْضِ وَرَاءَهُ وَأَمَّا دَاخِلَةُ إزَارِهِ فَهُوَ الطَّرَفُ الْمُتَدَلِّي الَّذِي يُفْضِي مِنْ مِئْزَرِهِ إلَى جِلْدِهِ كَأَنَّهُ إنَّمَا يَمُرُّ بِالطَّرَفِ الْأَيْمَنِ عَلَى الْأَيْسَرِ حَتَّى يَشُدَّهُ بِذَلِكَ الطَّرَفِ الْمُتَدَلِّي الَّذِي يَكُونُ مِنْ دَاخِلٍ قَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ: لَا يَغْسِلُ مَوْضِعَ الْحُجْزَةِ مِنْ دَاخِلِ الْإِزَارِ وَإِنَّمَا يَغْسِلُ الطَّرَفَ الْمُتَدَلِّيَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَرَاحَ سَهْلٌ مَعَ النَّاسِ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ بَأْسٌ يُرِيدُ أَنَّهُ بَرِيءٌ مِمَّا أَصَابَتْهُ عَيْنُ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ حِينَ امْتَثَلَ فِي أَمْرِهِ مَا أَمَرَهُ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ اغْتِسَالِ عَامِرٍ لَهُ وَاغْتِسَالِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ بِذَلِكَ الْمَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَلَيْسَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ سَهْلًا دَخَّلَ مَاءً لِلْغُسْلِ وَلَعَلَّهُ إنَّمَا كَانَ يَغْتَسِلُ بِمَا يَغْتَرِفُهُ بِيَدَيْهِ وَيَصُبُّهُ عَلَيْهِ وَلَا فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ اغْتَسَلَ بِغَيْرِ إزَارٍ؛ لِأَنَّ حُسْنَ جِلْدِهِ يَظْهَرُ بِكَشْفِ مُعْظَمِ جَسَدِهِ مَعَ بَقَاءِ إزَارِهِ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَدُخُولُ الْمَاءِ بِغَيْرِ مِئْزَرٍ حَيْثُ لَا يَكُونُ أَحَدٌ يَنْظُرُ إلَيْهِ مُبَاحٌ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ إلَّا مَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى أَنَّهُ مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ قَالَ؛ لِأَنَّ لِلْمَاءِ سُكَّانًا وَاحْتَجَّ النَّسَائِيّ فِي جَوَازِ ذَلِكَ فِي حَدِيثِ مُوسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ - حِينَ اغْتَسَلَ بِغَيْرِ مِئْزَرٍ فَجَرَى الْحَجَرُ بِثِيَابِهِ وَأَتْبَعَهُ مُوسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ - حَتَّى رَأَتْهُ بَنُو إسْرَائِيلَ فَقَالُوا مَا بِمُوسَى مِنْ بَأْسٍ وَهَذَا قَوْلُ مَنْ قَالَ: شَرِيعَةُ مَنْ قَبْلَنَا شَرِيعَةٌ لَنَا مَا لَمْ يَطْرَأْ نَسْخٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الرُّقْيَة مِنْ الْعَيْنِ]

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي ابْنَيْ جَعْفَرٍ مَالِي أَرَاهُمَا ضَارِعَيْنِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى مَعْنَاهُ نَاحِلَيْنِ نَحَلَتْ أَجْسَامُهُمَا فَقَالَتْ حَاضِنَتُهُمَا وَلَعَلَّهُ يُرِيدُ أُمَّهُمَا وَهِيَ أَسْمَاءُ بِنْتُ عُمَيْسٍ كَانَتْ تَحْتَ جَعْفَرِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَوَلَدَتْ لَهُ عَبْدَ اللَّهِ وَمُحَمَّدًا وَعَوْنًا، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَوَلَدَتْ لَهُ مُحَمَّدًا، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَوَلَدَتْ لَهُ يَحْيَى

مَا جَاءَ فِي أَجْرِ الْمَرِيضِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إِذَا مَرِضَ الْعَبْدُ بَعَثَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إِلَيْهِ مَلَكَيْنِ فَقَالَ: اُنْظُرَا مَاذَا يَقُولُ لِعُوَّادِهِ فَإِنْ هُوَ إِذَا جَاءُوهُ حَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ رَفَعَا ذَلِكَ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَهُوَ أَعْلَمُ فَيَقُولُ: لِعَبْدِي عَلَيَّ إِنْ تَوَفَّيْتُهُ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ وَإِنْ أَنَا شَفَيْتُهُ أَنْ أُبَدِّلَ لَهُ لَحْمًا خَيْرًا مِنْ لَحْمِهِ وَدَمًا خَيْرًا مِنْ دَمِهِ وَأَنْ أُكَفِّرَ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ») .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْحَاضِنَةِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ تُسْرِعُ إِلَيْهِمَا الْعَيْنُ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِمَّا يُحْدِثُهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عِنْدَ مُعَايَنَةِ الْعَائِنِ لِلْمَعِينِ وَقَوْلَهُ مَا يَقُولُ مِنْ الِاسْتِحْسَانِ لَهُ، أَوْ التَّعَجُّبِ مِنْهُ دُونَ أَنْ يُبَرِّكَ كَمَا يُحْدِثُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْمَرَضَ عِنْدَ تَنَاوُلِ الْإِنْسَانِ مِنْ الْأَغْذِيَةِ وَقَدْ أَجْرَى اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى الْعَادَةَ بِأَنْ يَبْرَأَ مِنْ ذَلِكَ بِالِاسْتِرْقَاءِ كَمَا أَجْرَى الْعَادَةَ بِأَنْ يَبْرَأَ مِنْ الْأَدْوَاءِ الْمَخْصُوصَةِ بِأَدْوِيَةٍ مَخْصُوصَةٍ.

وَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي هَذَا الْحَدِيثِ اسْتَرْقُوا لَهُمَا وَلَمْ يَأْمُرْ بِالِاغْتِسَالِ؛ لِأَنَّ الِاغْتِسَالَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْعَائِنُ مَعْرُوفًا وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَجْهُولًا فَلَا سَبِيلَ إِلَى أَنْ يُخَصَّ أَحَدٌ بِالِاغْتِسَالِ وَإِنَّمَا يَذْهَبُ أَذَاهُ بِالرُّقْيَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ ذَلِكَ بِأَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى وَكِتَابِهِ وَذِكْرِهِ وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ هَذَا الْحَدِيثُ.

وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ الرُّقَى حِينَ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَلُدِغَ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ كَانَ آلُ حَزْمٍ يَرْقُونَ مِنْ الْحُمَّةِ فَلَمَّا نَهَيْتَ عَنْ الرُّقَى تَرَكُوهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اُدْعُوا إِلَيَّ عُمَارَةَ فَقَالَ: اعْرِضْ عَلَيَّ رُقْيَتَكَ فَعَرَضَهَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَرَ بِهَا بَأْسًا وَأَذِنَ لَهُمْ فِيهَا» فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مَمْنُوعَةً، ثُمَّ نُسِخَ الْمَنْعُ بِالْإِبَاحَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْهَا مَا كَانَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ أَقْوَالِ أَهْلِ الْكُفْرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – أَنَّ الرُّقَى وَالتَّمَائِمَ وَالتُّوَلَةَ شِرْكٌ فَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُمَا أَنَّهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ النَّهْيِ وَلَمْ يَعْرِفَا النَّسْخَ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمَا أَرَادَا بِذَلِكَ الرُّقَى بِقَوْلٍ يَتَضَمَّنُ الْكُفْرَ.

وَقَدْ رَوَى «عَوْفُ بْنُ مَالِكٍ الْأَشْجَعِيُّ كُنَّا نُرْقِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ تَرَى فِي ذَلِكَ فَقَالَ:

اعْرِضُوا عَلَيَّ رُقَاكُمْ فَلَا بَأْسَ بِالرُّقَى مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شِرْكٌ» وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الرَّجُلِ يَرْقِي وَيَنْشُرُ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ بِالْكَلَامِ الطَّيِّبِ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا رُقْيَةُ أَهْلِ الْكِتَابِ فَكَرِهَهَا مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ لَا أَكْرَهُ رُقْيَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَأَخَذَ بِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إذْ قَالَ لِلْيَهُودِيَّةِ: أَرْقِهَا بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلَمْ يَأْخُذْ بِكَرَاهِيَةِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ وَكَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يَرْقِيَ الرَّاقِي وَبِيَدِهِ الْحَدِيدَةُ، أَوْ الْمِلْحُ، وَالْعَقْدُ فِي الْخَيْطِ أَعْظَمُ كَرَاهِيَةً عِنْدَهُ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ كَرِهَ الْحَدِيدَةَ وَالْمِلْحَ، وَالْعَقْدُ فِي الْخَيْطِ أَشَدُّ كَرَاهِيَةً وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ لَمْ يُعْرَفْ وَجْهُ مَنْفَعَتِهِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ اسْتِعْمَالُهُ لِمَا يُضَافُ إلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَأَمَّا الشَّيْءُ يُنْجَمُ فَيُجْعَلُ عَلَيْهِ حَدِيدَةٌ أَرْجُو أَنْ يَكُونَ خَفِيفًا وَأَنَّهُ لَيَقَعُ فِي قَلْبِي أَنَّ التَّنْجِيمَ لِطُولِ اللَّيْلِ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَوْ سَبَقَ الْقَدَرَ شَيْءٌ لَسَبَقَتْهُ الْعَيْنُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَسْبِقُ الْقَدَرَ شَيْءٌ وَأَنَّهُ مِمَّا قَدَّرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى مَا قَدَّرَهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَكِنْ لَمَّا كَانَ تَأْثِيرُ الْعَيْنِ تَأْثِيرًا مُتَوَالِيًا بَيِّنًا قَالَ فِيهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَذَا الْقَوْلَ عَلَى مَعْنَى الْمُبَالَغَةِ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي أَجْرِ الْمَرِيضِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا مَرِضَ الْعَبْدُ مَعْنَاهُ عِنْدِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – الْعَبْدُ الْمُؤْمِنُ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {عَيْنًا يَشْرَبُ بِهَا عِبَادُ اللَّهِ يُفَجِّرُونَهَا تَفْجِيرًا} [الإنسان: 6] يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ الْمُؤْمِنِينَ، ثُمَّ قَالَ: بَعَثَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إلَيْهِ مَلَكَيْنِ ظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُمَا مَلَكَانِ لَا يَكُونَانِ مَعَهُ فِي غَيْرِ حِينِ الْمَرَضِ لِأَنَّهُمَا مَخْصُوصَانِ بِحِفْظِ مَا يَقُولُ لِلْعُوَّادِ؛ لِأَنَّ

(258/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ أَبِي خُصَيْفَةَ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – تَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُصِيبُ الْمُؤْمِنَ مِنْ مُصِيبَةٍ حَتَّى

الشَّوْكَةِ إلَّا قُصَّ بِهَا أَوْ كُفِّرَ بِهَا مِنْ خَطَايَاهُ» لَا يَدْرِي يَزِيدُ أَيَّهُمَا قَالَ عُرْوَةُ مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي صَعْصَعَةَ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْحُبَابِ سَعِيدَ بْنَ يَسَارٍ يَقُولُ سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ يُرِدْ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُصِبْ مِنْهُ») .

التَّعَوُّذُ وَالرُّقْيَةُ مِنْ الْمَرَضِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ خُصَيْفَةَ أَنَّ عَمْرَو بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبٍ السُّلَمِيُّ أَخْبَرَهُ أَنَّ نَافِعَ بْنَ جُبَيْرٍ أَخْبَرَهُ عَنْ عُثْمَانَ بْنَ أَبِي الْعَاصِ أَنَّهُ «أَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: عُثْمَانُ وَبِي وَجَعٌ قَدْ كَادَ يُهْلِكُنِي قَالَ: فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – امْسَحْهُ بِيَمِينِك سَبْعَ مَرَّاتٍ وَقُلْ أَعُوذُ بِعِزَّةِ اللَّهِ وَقُدْرَتِهِ مِنْ شَرِّ مَا أَجِدُ قَالَ: فَفَعَلْت ذَلِكَ فَأَذْهَبَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَا كَانَ بِي فَلَمْ أَزَلْ آمُرُ بِهَا أَهْلِي وَغَيْرَهُمْ»)

[المنتقى]
الْمَلَائِكَةَ الْحَفَظَةَ الْمُلَازِمِينَ لَهُ فِي الصِّحَّةِ يَكْتُبُونَ كُلَّ شَيْءٍ فَإِنْ حَمِدَ اللَّهَ تَعَالَى الْمَرِيضُ وَأَثْنَى عَلَيْهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ رَفَعَا ذَلِكَ إلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى حَسَبِ مَا يَسْتَعْمِلُهُ النَّاسُ رَفَعَ فُلَانٌ إلَى الرَّئِيسِ كَذَا وَكَذَا بِمَعْنَى أَنْهَاهُ إلَيْهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَيَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى: لِعَبْدِي عَلَيَّ إنْ تَوَفَّيْتُهُ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ وَإِنْ شَفَيْتُهُ أَنْ أُعِيدَهُ إلَى صِحَّةٍ أَفْضَلَ مِنْ صِحَّتِهِ بِأَنْ أُبْدِلَهُ لَحْمًا خَيْرًا مِنْ لَحْمِهِ وَدَمًا خَيْرًا مِنْ دَمِهِ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ خَيْرًا فِي صِحَّتِهِ وَقُوَّتِهِ وَسَلَامَتِهِ مِنْ الْأَسْقَامِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ خَيْرٌ لِمَا يُرِيدُ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ اسْتِعْمَالِهِ بِالطَّاعَةِ وَإِثَابَتِهِ مِنْ عِوَضِهِ إيَّاهُ وَقَوْلُهُ وَأَنْ أُكَفِّرَ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ إتْمَامُ نِعْمَتِهِ عَلَيْهِ بِمَا عَوَّضَهُ مِنْ صِحَّتِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يُصِيبُ الْمُؤْمِنَ مِنْ مُصِيبَةٍ حَتَّى الشَّوْكَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَإِنْ صَغُرَتْ إلَّا قُصَّ بِهِ، أَوْ كُفِّرَ بِهَا مِنْ خَطَايَاهُ وَالْقَصُّ وَالتَّكْفِيرُ رَاجِعَانِ إلَى مَعْنًى وَاحِدٍ إنَّمَا رَاعَى الرَّاوِي اللَّفْظَ فَأَعْلَمَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ يُكَفَّرُ بِهِ مِنْ خَطَايَاهُ وَمَعْنَى ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إذَا صَبَرَ وَاحْتَسَبَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَنْ يُرِدْ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُصِبْ مِنْهُ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يُصِبْ مِنْهُ

بِالْمَرَضِ الْمُؤَثِّرِ فِي صِحَّتِهِ وَأَخْذِ الْمَالِ الْمُؤَثِّرِ فِي غِنَاهُ وَالْحُزْنِ الْمُؤَثِّرِ فِي سُرُورِهِ وَالشِّدَّةِ الْمُؤَثِّرَةِ فِي صَلَاحِ حَالِهِ فَإِذَا صَبَرَ وَاحْتَسَبَ كَانَ ذَلِكَ سَبَبًا لِمَا أَرَادَهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِهِ مِنْ الْخَيْرِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا يُصِيبُ الْمُؤْمِنَ مِنْ نَصَبٍ وَلَا وَصَبٍ وَلَا هَمٍّ وَلَا حَزَنٍ وَلَا أَذًى وَلَا غَمٍّ حَتَّى الشَّوْكَةِ يُشَاكُهَا إلَّا كَفَّرَ اللَّهُ بِهَا مِنْ خَطَايَاهُ» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ «أَنَّ رَجُلًا جَاءَهُ الْمَوْتُ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: رَجُلٌ هَنِيئًا لَهُ مَاتَ وَلَمْ يُبْتَلَ بِمَرَضٍ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَيْحَك وَمَا يُدْرِيكَ لَوْ أَنَّ اللَّهَ ابْتَلَاهُ بِمَرَضٍ يُكَفِّرُ بِهِ عَنْهُ مِنْ سَيِّئَاتِهِ») .

(ش) : قَوْلُ الرَّجُلِ فِي الَّذِي مَاتَ هَنِيئًا لَهُ مَاتَ وَلَمْ يُبْتَلَ بِمَرَضٍ يَغْبِطُهُ بِحَالِهِ فِي سَلَامَتِهِ مِنْ الْمَرَضِ وَإِنَّمَا ذَلِكَ غِبْطَةٌ فِي الدُّنْيَا خَاصَّةً فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَيْحَك عَلَى مَعْنَى الْإِنْكَارِ عَلَيْهِ وَالْإِغْلَاظِ لَهُ وَمَا يُدْرِيك يُرِيدُ وَمَا عَلَّمَك لَوْ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ ابْتَلَاهُ بِمَرَضٍ يُكَفِّرُ بِهِ مِنْ سَيِّئَاتِهِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا يُدْرِيك أَنَّ هَذَا أَفْضَلُ وَأَنَّ مَا يُكَفِّرُ عَنْهُ مِنْ سَيِّئَاتِهِ أَفْضَلُ مِنْ سَلَامَتِهِ مِنْ الْأَمْرَاضِ مَعَ بَقَاءِ سَيِّئَاتِهِ.

[التَّعَوُّذُ وَالرُّقْيَةُ مِنْ الْمَرَضِ]

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ خُصَيْفَةَ أَنَّ عَمْرَو بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبٍ السُّلَمِيُّ أَخْبَرَهُ أَنَّ نَافِعَ بْنَ جُبَيْرٍ أَخْبَرَهُ عَنْ عُثْمَانَ بْنَ أَبِي الْعَاصِ أَنَّهُ «أَتَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: عُثْمَانُ وَبِي وَجَعٌ قَدْ كَادَ يُهْلِكُنِي قَالَ: فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – امْسَحْهُ بِيَمِينِك سَبْعَ مَرَّاتٍ وَقُلْ أَعُوذُ بِعِزَّةِ اللَّهِ وَقُدْرَتِهِ مِنْ شَرِّ مَا أَجِدُ قَالَ: فَفَعَلْت ذَلِكَ فَأَذْهَبَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَا كَانَ بِي فَلَمْ أَزَلْ آمُرُ بِهَا أَهْلِي وَغَيْرَهُمْ»)

(259/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا اشْتَكَى يَقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْمُعَوِّذَاتِ وَيَنْفُثُ قَالَتْ فَلَمَّا اشْتَدَّ وَجَعُهُ كُنْتُ أَنَا أَقْرَأُ عَلَيْهِ وَأَمْسَحُ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ رَجَاءَ بَرَكَتِهَا»)

[المنتقى]

(ش) : قَوْلُ عُثْمَانَ بْنَ أَبِي الْعَاصِ: وَبِي وَجَعٌ قَدْ كَادَ يُهْلِكُنِي دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ لِلْعَلِيلِ أَنْ يَصِفَ مَا بِهِ مِنْ الْأَلَمِ لِاسْتِدْعَاءِ الدَّوَاءِ، أَوْ الرُّقْيَةِ أَوْ الشِّفَاءِ بِأَيِّ وَجْهٍ أَمْكَنَ وَقَدْ قَالَ: النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَالَ: لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ إنَّك لَتُوعَكُ وَعْكًا شَدِيدًا قَالَ: أَجَلْ كَمَا يُوعَكُ رَجُلَانِ مِنْكُمْ وَهَذَا مِمَّا لَمْ يُرِدْ بِهِ التَّشَكِّيَ وَقِلَّةَ الصَّبْرِ كَمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَخَلَ عَلَى رَجُلٍ يَعُودُهُ فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا بَأْسَ طَهُورٌ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى قَالَ: كَلَّا بَلْ هِيَ حُمَّى تَفُورُ عَلَى شَيْخٍ كَبِيرٍ تُزِيرُهُ الْقُبُورَ فَقَالَ: النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَنَعَمْ إذًا» وَقَوْلُهُ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – امْسَحْهُ بِيَمِينِك يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى مَعْنَى التَّبَرُّكِ بِالتَّيَامُنِ سَبْعَ مَرَّاتٍ وَقَدْ خَصَّ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَذَا الْعَدَدَ فِي غَيْرِ مَا مَوْضِعٍ فَقَالَ: فِي مَرَضِهِ بَعْدَ مَا دَخَلَ بَيْتَ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – وَاشْتَدَّ مَرَضُهُ هَرِيقُوا عَلَيَّ مِنْ سَبْعِ قِرَبٍ لَمْ تُحْلَلْ أَوْكِيَتُهُنَّ لَعَلِّي أَعْهَدُ إلَى النَّاسِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ شِهَابٍ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ نَافِعِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ الثَّقَفِيِّ فَقَالَ: فِيهِ «ضَعْ يَدَك عَلَى الَّذِي يَأْلَمُ مِنْ جَسَدِك وَقُلْ بِسْمِ اللَّهِ ثَلَاثًا وَقُلْ سَبْعَ مَرَّاتٍ أَعُوذُ بِاَللَّهِ وَقُدْرَتِهِ مِنْ شَرِّ مَا أَجِدُ وَأُحَاذِرُ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: وَقُلْ أَعُوذُ بِعِزَّةِ اللَّهِ وَقُدْرَتِهِ مِنْ شَرِّ مَا أَجِدُ نَصٌّ عَلَى التَّعَوُّذِ فِيمَا نَزَلَ بِهِ مِنْ شِدَّةِ الْمَرَضِ بِعِزَّةِ اللَّهِ وَقُدْرَتِهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الِاسْتِرْقَاءِ وَالدُّعَاءِ لِإِذْهَابِ الْمَرَضِ وَفِي مَعْنَاهُ التَّدَاوِي بِذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ يَقُولُ ذَلِكَ مَعَ كُلِّ مَسْحَةٍ وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي وَقَوْلُ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ فَأَذْهَبَ اللَّهُ عَنِّي مَا كَانَ بِي يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لَمَّا فَعَلَ ذَلِكَ وَلِذَلِكَ كَانَ يَأْمُرُ بِهِ أَهْلَهُ وَغَيْرَهُمْ لَمَّا جَرَّبَهُ مِنْ مَنْفَعَتِهَا وَإِذْهَابِ الْأَدْوَاءِ بِهَا – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا اشْتَكَى يَقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْمُعَوِّذَاتِ وَيَنْفُثُ قَالَتْ فَلَمَّا اشْتَدَّ وَجَعُهُ كُنْتُ أَنَا أَقْرَأُ عَلَيْهِ وَأَمْسَحُ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ رَجَاءَ بَرَكَتِهَا») .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا اشْتَكَى أَلَمًا يُرِيدُ إذَا مَرِضَ يُقَالُ اشْتَكَى فُلَانٌ إذَا أَصَابَهُ شَكْوَى مَرَضٍ فَكَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْمُعَوِّذَاتِ وَقِرَاءَةُ الْمَرِيضِ عَلَى نَفْسِهِ تَكُونُ عَلَى وُجُوهٍ أَنْ يَقْرَأَ وَيُشِيرَ بِقِرَاءَتِهِ إلَى جَسَدِهِ وَرُبَّمَا كَانَتْ إشَارَتُهُ بِإِمْرَارِهِ يَدَهُ عَلَى مَوْضِعِ الْأَلَمِ، أَوْ إلَى أَعْضَائِهِ إنْ كَانَ جَمِيعُ جَسَدِهِ أَلَمًا وَيَكُونُ بِأَنْ يَجْمَعَ يَدَيْهِ فَيَقْرَأَ فِيهِمَا ثُمَّ يَمْسَحَ بِهِمَا عَلَى مَوْضِعِ الْأَلَمِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا وَيَنْفُثُ سُنَّةٌ فِي نَفْثِ الرَّاقِي قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ النَّفْثُ شِبْهُ الْبُزَاقِ وَلَا يُلْقِي شَيْئًا وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى عَنْ أَبِي عُيَيْنَةَ عَنْ زُفَرَ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا سُئِلَتْ عَنْ نَفْثِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَتْ كَانَ يَنْفُثُ كَمَا يَنْفُثُ آكِلُ الزَّبِيبِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ يُلْقِي الْيَسِيرَ مِنْ الرِّيقِ فَأَمَّا التَّفْلُ فَإِنَّهُ يَكُونُ مَعَهُ إلْقَاءُ الرِّيقِ رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيّ أَنَّ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَرُّوا بِمَاءٍ لُدِغَ سَيِّدُ أَهْلِهِ فَرَقَاهُ رَجُلٌ مِنْ الصَّحَابَةِ فَكَانَ يَقْرَأُ بِأُمِّ الْقُرْآنِ وَيَجْمَعُ بُزَاقَهُ وَيَتْفُلُ فَبَرَأَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ النَّفْثِ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ قَالَ: مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى أَخْبَرَنِي بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ عَنْ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ رَآهُ يَنْفُثُ الرُّقْيَةَ عَلَى بَعْضِ يَدَيْهِ، أَوْ أَصَابِعِهِ وَقَالَ: مَعْمَرٌ سَأَلْت الزُّهْرِيَّ كَيْفَ يَنْفُثُ فَقَالَ: كَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَنْفُثُ عَلَى يَدَيْهِ، ثُمَّ يَمْسَحُ بِهِمَا وَجْهَهُ وَقَدْ رَوَاهُ يُونُسُ مُسْنَدًا «كَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إذَا أَوَى إلَى فِرَاشِهِ نَفَثَ فِي كَفَّيْهِ بِقُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ وَبِالْمُعَوِّذَتَيْنِ ن جَمِيعًا، ثُمَّ مَسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ وَمَا بَلَغَتْ يَدَاهُ مِنْ جَسَدِهِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - فَلَمَّا اشْتَدَّ وَجَعُهُ تُرِيدُ ضَعُفَ عَنْ الْقِرَاءَةِ، أَوْ عَنْ الْقِرَاءَةِ فِي يَدَيْهِ قَالَتْ

(260/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ وَهِيَ تَشْتَكِي وَيَهُودِيَّةٌ تَرْقِيهَا فَقَالَ: أَبُو بَكْرٍ: ارْقِيهَا بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى) .

تَعَالُجُ الْمَرِيضِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ «أَنَّ رَجُلًا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَصَابَهُ جُرْحٌ فَاحْتَقَنَ الْجُرْحُ الدَّمَ وَأَنَّ الرَّجُلَ دَعَا رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي أَنْمَارَ فَنَظَرَا إلَيْهِ فَزَعَمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: لَهُمَا أَيُّكُمَا أَطَبُّ فَقَالَا: أَوَفِي الطِّبِّ خَيْرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَزَعَمَ زَيْدٌ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الْأَدْوَاءَ») .

[المنتقى]

عَائِشَةُ فَكُنْت أَنَا أَقْرَأُ عَلَيْهِ وَرَوَى مَعْمَرٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ فَلَمَّا أُثْقِلَ كُنْتُ أَنْفُثُ عَلَيْهِ بِهِنَّ وَفِي رِوَايَةِ يُونُسَ فَلَمَّا اشْتَكَى أَمَرَنِي أَنْ أَفْعَلَ ذَلِكَ بِهِ قَالَتْ وَكُنْت أَمْسَحُ بِيَمِينِهِ رَجَاءَ بَرَكَتِهَا إشَارَةً إلَى أَنَّهَا كَانَتْ تَتَنَاوَلُ ذَلِكَ مِنْهُ لِضَعْفِهِ عَنْ الِانْفِرَادِ بِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ وَهِيَ تَشْتَكِي وَيَهُودِيَّةٌ تَرْقِيهَا فَقَالَ: أَبُو بَكْرٍ: ارْقِيهَا بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى) .

(ش) : قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِلْيَهُودِيَّةِ ارْقِيهَا بِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ظَاهِرُهُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّوْرَاةَ؛ لِأَنَّ الْيَهُودِيَّةَ فِي الْغَالِبِ لَا تَقْرَأُ الْقُرْآنَ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ اسْمُهُ، أَوْ رُقْيَةً مُوَافِقَةً لِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَيَعْلَمُ صِحَّةَ ذَلِكَ بِأَنْ تَظْهَرَ رُقْيَتُهَا فَإِنْ كَانَتْ مُوَافِقَةً لِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَمَرَهَا بِهَا لَمْ يَكُنْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَفِي الْمُسْتَخْرَجَةِ عَنْ مَالِكٍ لَا: أُحِبُّ رُقَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَكَرِهَهُ وَذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ إذَا لَمْ تَكُنْ رُقْيَتُهُمْ مُوَافِقَةً لِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنَّمَا كَانَتْ مِنْ جِنْسِ السِّحْرِ وَمَا فِيهِ كُفْرٌ مُنَافٍ لِلشَّرْعِ وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْهُ عَنْ الْمَرْأَةِ الَّتِي تَرْقِي بِالْحَدِيدَةِ وَالْمِلْحِ وَعَنْ الَّذِي يَكْتُبُ الْحِرْزَ وَيَعْقِدُ فِيمَا يُعَلِّقُهُ بِهِ عَقْدًا وَالَّذِي يَكْتُبُ حِرْزَ سُلَيْمَانَ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ كُلَّهُ وَكَانَ الْعَقْدُ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ أَشَدَّ كَرَاهِيَةٍ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ مُشَابَهَةِ السِّحْرِ وَلَعَلَّهُ تَأَوَّلَ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى {وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ} [الفلق: 4]– وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

(فَصْلٌ) :

وَكَانَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – كَثِيرَةَ الِاسْتِرْقَاءِ قَالَ: مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ بَلَغَنِي أَنَّهَا كَانَتْ تَرَى الْبَثْرَةَ الصَّغِيرَةَ فِي يَدِهَا فَتُلِحُّ عَلَيْهَا بِالتَّعْوِيذِ فَيُقَالُ لَهَا إنَّهَا صَغِيرَةٌ فَتَقُولُ إنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُعَظِّمُ مَا يَشَاءُ مِنْ صَغِيرٍ وَيُصَغِّرُ مَا يَشَاءُ مِنْ عَظِيمٍ.

[تَعَالُجُ الْمَرِيضِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَجُلًا أَصَابَهُ جُرْحٌ فَاحْتَقَنَ الْجُرْحُ الدَّمَ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ فَأَضَرَّ ذَلِكَ بِهِ وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْهُ وَإِنَّ الْمَجْرُوحَ دَعَا رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي أَنْمَارَ لِمُعَالَجَتِهِ فَرَوَيَا أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: لَهُمَا أَيُّكُمَا أَطَبُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْبَحْثَ عَنْ حَالِهِمَا وَمَعْرِفَتَهُمَا بِالطِّبِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يُعَالَجَ إلَّا بِعِلَاجِ مَنْ لَهُ عِلْمٌ بِالطِّبِّ قَالَ: مَالِكٌ أَرَى لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْهَى عَنْ حَالِهِمَا وَمَعْرِفَتِهِمَا بِالطِّبِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يُعَالِجَ مِنْ هَؤُلَاءِ الْأَطِبَّاءِ عَنْ الدِّمَاءِ إلَّا طَبِيبٌ مَعْرُوفٌ.

وَقَدْ قَالَ: لِي رَبِيعَةُ وَلَا تَشْرَبْ مِنْ دَوَائِهِمْ إلَّا شَيْئًا تَعْرِفُهُ قَالَ: وَإِنِّي بِذَلِكَ لَمُسْتَوْصٍ وَفِي هَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الطِّبَّ مَعْنًى صَحِيحٌ وَلِذَلِكَ سَأَلَهُمَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ أَفْضَلِهِمَا فِيهِ فَقَالَ:

الرَّجُلَانِ أَوَفِي الطِّبِّ خَيْرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَا طَبِيبَيْنِ فِي حَالِ كُفْرِهِمَا فَلَمَّا أَسْلَمَا أَمْسَكَا عَنْ ذَلِكَ شَكًّا فِي أَمْرِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَا تَحْقِيقَ مَا اعْتَقَدَا صِحَّتَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الْأَدْوَاءَ تَفْوِيضٌ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَأَنَّهُ الْخَالِقُ لَهُ وَإِنَّمَا أَنْزَلَهُ إلَى النَّاسِ بِمَعْنَى أَعْلَمَهُمْ إيَّاهُ وَأَذِنَ لَهُمْ فِيهِ كَمَا أَعْلَمَهُمْ التَّغَذِّيَ بِالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَأَبَاحَهُ لَهُمْ وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي جَوَازِ التَّدَاوِي لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْمَنَافِعِ وَرَوَى عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ

(261/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَلَغَنِي «أَنَّ سَعْدَ بْنَ زُرَارَةَ اكْتَوَى فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الذَّبْحَةِ فَمَاتَ» مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اكْتَوَى مِنْ اللَّقْوَةِ وَرَقَى مِنْ الْعَقْرَبِ) .

الْغُسْلُ بِالْمَاءِ مِنْ الْحُمَّى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ الْمُنْذِرِ «أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ كَانَتْ إذَا أُتِيَتْ

[المنتقى]

الْمُعَالَجَةِ الْجَائِزَةِ حِمْيَةُ الْمَرِيضِ قَالَ: الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ حَمَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مَرِيضًا فَقَالَ: حَمَانِي حَتَّى كُنْت أَمُصُّ النَّوَى مِنْ الْجُوعِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ سَعْدَ بْنَ زُرَارَةَ اكْتَوَى فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الذَّبْحَةِ وَهُوَ لِمَكَانِهِ وَحَالِهِ لَا يَشُكُّ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَدْ عَلِمَ بِهِ فَلَمْ يُنْكِرْهُ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو قِلَابَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ كُوِيتُ مِنْ ذَاتِ الْجَنْبِ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَيٌّ وَشَهِدَنِي أَبُو طَلْحَةَ وَأَنَسُ بْنُ النَّضْرِ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَأَبُو طَلْحَةَ كَوَانِي يُرِيدُ بِذَلِكَ شُهْرَةَ الْأَمْرِ وَأَنَّهُ لَمْ

يَخْفَ عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَمْ يُنْكِرْهُ وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى إبَاحَتِهِ وَمَا رُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: «الشِّفَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ فِي شَرْطَةِ مِحْجَمٍ، أَوْ شَرْبَةِ عَسَلٍ، أَوْ كَيَّةٍ بِنَارٍ وَأَنَا أَنْهَى أُمَّتِي عَنْ الْكَيِّ» فَإِنَّمَا هَذَا نَهْيُ كَرَاهِيَةٍ وَحَضٌّ عَلَى الْأَخْذِ بِمَا هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ مِنْ التَّوَكُّلِ عَلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ: «يَدْخُلُ الْجَنَّةَ سَبْعُونَ أَلْفًا بِغَيْرِ حِسَابٍ، ثُمَّ قَالَ: هُمْ الَّذِينَ لَا يَتَطَيَّرُونَ وَلَا يَسْتَرْقُونَ وَلَا يَكْتَوُونَ وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ» فَنَهَى عَلَى هَذَا الْوَجْهِ عَنْ الِاسْتِرْقَاءِ وَقَدْ أَمَرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَا حَدِيثٍ وَقَدْ رَقَى نَفْسَهُ بِقُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ وَالْمُعَوِّذَاتِ وَلَمْ يَكُنْ اسْتِرْقَاءُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا مُدَاوَاتُهُ بِمَاءِ سَبْعِ قِرَبٍ لَمْ تُحْلَلْ أَوْكِيَتُهُنَّ تَرْكًا لِلتَّوَكُّلِ وَإِنَّمَا كَانَ يَأْخُذُ فِي نَفْسِهِ بِأَفْضَلِ الْأَحْوَالِ وَلَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْمَرَ بِذَلِكَ وَيَعْلَمُ أَنَّهُ سَيَقْوَى بِذَلِكَ عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ مِنْ عِبَادَةٍ أَوْ طَاعَةٍ وَإِنَّمَا كَانَ التَّوَكُّلُ أَفْضَلَ مِنْ التَّعَانِي بِأَمْرٍ لَا يَتَيَقَّنُ بِهِ الْبُرْءَ وَيَكُونُ ذَلِكَ الَّذِي رَجَا لَا لِعِبَادَةٍ أُمِرَ بِهَا.

وَقَدْ رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ «جَاءَ رَجُلٌ إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ: إنَّ أَخِي اسْتَطْلَقَ بَطْنُهُ فَقَالَ: اسْقِهِ عَسَلًا فَسَقَاهُ فَقَالَ: إنِّي سَقَيْتُهُ فَلَمْ يَزِدْهُ إلَّا اسْتِطْلَاقًا فَقَالَ: – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – صَدَقَ اللَّهُ وَكَذَبَ بَطْنُ أَخِيك» وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَعْلَمَ أَنَّهُ قَدْ جُعِلَ شِفَاؤُهُ فِي شُرْبِ الْعَسَلِ فَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُكَرِّرَ ذَلِكَ حَتَّى يَبْرَأَ فَإِنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ بُرْأَهُ فِي أَوَّلِ شُرْبِهِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَصَدَقَ اللَّهُ فِيمَا أَمَرَنِي بِهِ مِنْ أَنْ يُسْقَى عَسَلًا فَيَبْرَأَ وَكَذَبَ بَطْنُ أَخِيك بِمَعْنَى أَنَّ هَذَا الَّذِي يَذْكُرُهُ عَنْهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ وَلَا صَدَقَ إذَا كَانَ بِمَعْنَى الْخَبَرِ فَرُوِيَ أَنَّهُ سَقَاهُ فَبَرَأَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَغْسِلُ الْقُرْحَةَ بِالْبَوْلِ وَالْخَمْرِ إذَا غَسَلَ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْمَاءِ وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ كَرِهَ التَّعَالُجَ بِالْخَمْرِ وَإِنْ غَسَلَهُ بِالْمَاءِ قَالَ: مَالِكٌ إنِّي لَأَكْرَهُ الْخَمْرَ فِي الدَّوَاءِ وَغَيْرِهِ وَبَلَغَنِي أَنَّهُ إنَّمَا يَدْخُلُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَنْ يُرِيدُ الطَّعْنَ فِي الدِّينِ وَالْبَوْلُ عِنْدِي أَخَفُّ قَالَ: مَالِكٌ وَلَا يُشْرَبُ بَوْلُ الْإِنْسَانِ لِيُتَدَاوَى بِهِ وَلَا بَأْسَ بِشُرْبِ أَبْوَالِ الْأَنْعَامِ الثَّمَانِيَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا اللَّهُ سُبْحَانَهُ قِيلَ أَكْلُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ قَالَ: لَمْ أَقُلْ إلَّا أَبْوَالَ الْأَنْعَامِ الثَّمَانِيَةِ بَلْ وَلَا خَيْرَ فِي أَبْوَالِ الْآدَمِيِّ.

(فَصْلٌ) :

وَمَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اكْتَوَى مِنْ اللَّقْوَةِ يَقْتَضِي إبَاحَةَ ذَلِكَ عِنْدَهُ وَكَذَلِكَ اسْتِرْقَاؤُهُ مِنْ الْعَقْرَبِ وَلَعَلَّهُ آثَرَهُ ذَلِكَ بِمَعْنَى رَجَاهُ مِنْ عَمَلٍ صَالِحٍ كَانَ عِنْدَهُ أَفْضَلَ مِنْ تَرْكِ الِاسْتِرْقَاءِ فَيَكُونُ النَّهْيُ عَنْ الِاكْتِوَاءِ عِنْدَهُ مُتَوَجِّهًا إلَى مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ لِإِيثَارِ الصِّحَّةِ خَاصَّةً وَصَلَاحِ الْحَيَاةِ لَا لِيَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إلَى عِبَادَةٍ وَعَمَلٍ صَالِحٍ وَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ لَا بَأْسَ بِالِاكْتِوَاءِ مِنْ اللَّقْوَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

بِالْمَرْأَةِ وَقَدْ حُمَّتْ تَدْعُو لَهَا أَخَذَتْ الْمَاءَ فَصَبَّتْهُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ جَيْبِهَا وَقَالَتْ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ يَأْمُرُنَا أَنْ نُبَرِّدَهَا بِالْمَاءِ» مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إنَّ الْحُمَّى مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ فَأَبْرِدُوهَا بِالْمَاءِ») .

عِيَادَةُ الْمَرِيضِ وَالطِّيَرَةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إذَا عَادَ الرَّجُلُ الْمَرِيضَ خَاضَ الرَّحْمَةَ حَتَّى إذَا قَعَدَ عِنْدَهُ قَرَّتْ فِيهِ، أَوْ نَحْوَ هَذَا») .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ عَنْ ابْنِ عَطِيَّةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا عَدْوَى وَلَا هَامَ وَلَا صَفَرَ وَلَا يَحُلُّ الْمُمْرِضُ عَلَى الْمُصِحِّ وَلْيَحْلُلْ الْمُصِحُّ حَيْثُ شَاءَ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا ذَاكَ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّهُ أَذًى»)

[المنتقى]

[الْغُسْلُ بِالْمَاءِ مِنْ الْحُمَّى]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ أَسْمَاءَ كَانَتْ إذَا أُتِيَتْ بِالْمَرْأَةِ وَقَدْ حُمَّتْ تَدْعُو لَهَا دَلِيلٌ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ يَتَكَرَّرُ مِنْهَا تَبَرُّكًا مِنْ النَّاسِ بِهَا وَرَغْبَةً فِي دُعَائِهَا فَكَانَتْ تُضِيفُ إلَى ذَلِكَ أَنْ تَصُبَّ الْمَاءَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ الْمَحْمُومَةِ وَجَيْبِهَا تَبْرِيدًا لَهَا.

وَقَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ تَأْخُذُ الْمَاءَ فَتَصُبُّهُ فِيمَا بَيْنَ طَوْقِهَا وَجَسَدِهَا حَتَّى يَصِلَ الْمَاءُ إلَى جَسَدِهَا تَرْجُو بِذَلِكَ بَرَكَةَ قَوْلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَبْرِدُوهَا بِالْمَاءِ وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ حُمًّى كَانَتْ مُتَكَرِّرَةً بِالْمَدِينَةِ ذَلِكَ الْوَقْتِ شَدِيدَةَ الْحَرِّ فَكَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَأْمُرُ أَنْ يُسْتَشْفَى مِنْهَا بِالْإِبْرَادِ وَلِذَلِكَ قَالَ: إنَّ الْحُمَّى مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ وَالْفَيْحُ سُطُوعُ الْحَرِّ فَأَبْرِدُوهَا بِالْمَاءِ الَّذِي أَجْرَى اللَّهُ الْعَادَةَ أَنْ يَشْفِيَ بَرْدُهُ مِنْ آذَاهُ الْحَرُّ مَرَّةً بِالتَّبْرِيدِ بِهِ وَمَرَّةً بِشُرْبِهِ وَهَذَا كُلُّهُ يَجْرِي الْعَادَةِ وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَدْوِيَةِ إنَّمَا هِيَ أَدْوِيَةٌ بِمَعْنَى أَنَّ اللَّهَ أَجْرَى الْعَادَةَ بِأَنْ يَشْفِيَ هُوَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَنْ تَنَاوَلَهَا عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ وَكَذَلِكَ الْأَغْذِيَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[عِيَادَةُ الْمَرِيضِ وَالطِّيَرَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا عَادَ الرَّجُلُ الْمَرِيضَ خَاضَ الرَّحْمَةَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – عِظَمَ أَجْرِ الْعِيَادَةِ لِلْمَرِيضِ وَقَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِعِيَادَةِ الْمَرِيضِ وَاتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَتَّى إذَا قَعَدَ عِنْدَهُ يُرِيدُ عِنْدَ الْمَرِيضِ قَرَّتْ فِيهِ فَمَعْنَى ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ إذَا ثَبَتَ لَهُ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَهِيَ ثَوَابُهُ الْجَزِيلُ وَتَجَاوُزُهُ عَنْ الذُّنُوبِ وَيَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْهَا مَا ثَبَتَ لِلْخَائِضِ فِي الْمَاءِ فَإِذَا قَعَدَ عِنْدَهُ تَعَلَّقَ بِهِ مِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقَرِّ الثَّابِتِ وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْخَائِضِ فِي الْمَاءِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَرَّتْ فِيهِ أَوْ نَحْوُ هَذَا إنْ كَانَ هَذَا اللَّفْظُ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ قَرَّتْ لَهُ كَمَا يَقُولُ فِيهِ رِفْقٌ بِكَذَا وَفِيهِ طَلَاقَةٌ أَيْ لَهُ طَلَاقَةٌ وَلَهُ رِفْقٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ الْمَقْلُوبِ فَيَكُونَ مَعْنَاهُ قَرَّ فِيهَا أَيْ ثَبَتَ فِيمَا غَمَرَهُ مِنْهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا عَدْوَى قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ لَا يُعْدِي شَيْءٌ شَيْئًا أَيْ لَا يَتَحَوَّلُ شَيْءٌ مِنْ الْمَرَضِ إلَى غَيْرِ الَّذِي هُوَ بِهِ قَالَ: وَسَمِعْتُهُ مِنْ ابْنِ وَهْبٍ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ تَعْتَقِدُ أَنَّ الصَّحِيحَ إذَا جَاوَرَ الْمَرِيضَ أَعْدَاهُ مَرَضُهُ أَيْ تَعَلَّقَ بِهِ، أَوْ انْتَقَلَ إلَيْهِ قَالَ: الشَّاعِرُ

تُعْدِي الصِّحَاحَ مَبَارِكُ الْجُرْبِ

فَكَذَّبَ ذَلِكَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَبَيَّنَ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى.

وَقَدْ رَوَى الزُّهْرِيُّ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ أَعْرَابِيًّا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَمَا بَالُ الْإِبِلِ تَكُونُ فِي الرَّمْلِ لَكَأَنَّهَا الظِّبَاءُ فَيُخَالِطُهَا الْبَعِيرُ الْأَجْرَبُ فَيُجَرِّبُهَا فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: فَمَنْ أَعْدَى الْأَوَّلَ» وَهَذَا مِنْ أَبْيَنِ طُرُقِ الْحِجَاجِ وَالْإِرْشَادِ إلَى الصَّوَابِ وَإِيضَاحِ وَجْهِ الْحَقِّ؛ لِأَنَّ الْأَعْرَابِيَّ دَخَلَتْ عَلَيْهِ الشُّبْهَةُ بِأَنَّ الْإِبِلَ تَكُونُ فِي الرَّمْلِ وَهُوَ مَوْضِعٌ صَالِحٌ لَيْسَ فِيهِ مَا يُمْرِضُهَا فَتَكُونُ فِيهِ كَالظِّبَاءِ حُسْنًا وَسَلَامَةً مِنْ الْجَرَبِ وَغَيْرِهِ فَيَأْتِي بَعِيرٌ أَجْرَبُ فَيَدْخُلُ بَيْنَهَا فَيَشْمَلُهَا الْجَرَبُ فَاعْتَقَدَ الْأَعْرَابِيُّ

. . . .

أَنَّ ذَلِكَ الْبَعِيرَ قَدْ أَعْدَاهَا جَرَبُهُ فَقَالَ: لَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَوْ كَانَ الْجَرَبُ بِالْعَدْوَى لَامْتَنَعَ أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ جَرِبًا إذْ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ جَرَبَ هَذِهِ الْإِبِلِ بِغَيْرِ جَرَبٍ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعْدِيَهُ غَيْرُهُ أَمَا إنَّ ذَلِكَ دَخَلَ الْبَعِيرَ الَّذِي دَخَلَ بَيْنَهُمَا، أَوْ غَيْرَهُ قَبْلَهُ؟ وَإِذَا جَازَ أَنْ يَكُونَ هَذَا الدَّاءُ لَحِقَ الْأَوَّلَ مِنْ غَيْرِ عَدْوَى وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ فِعْلِ اللَّهِ فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ مَا شَمِلَ الْإِبِلَ أَيْضًا مِنْ الْجَرَبِ مِنْ فِعْلِ اللَّهِ فَلَا مَعْنَى لِاعْتِقَادِ الْعَدْوَى فَالْوَاجِبُ أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا خَالِقَ سِوَاهُ وَإِنْ جَازَ أَنْ يَفْعَلَهُ فِي بَعْضِ الْأَشْخَاصِ ابْتِدَاءً وَفِي بَعْضِهَا عِنْدَ مُجَاوَرَةِ الْجَرَبِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا هَامَ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ لَا يَتَطَيَّرُ بِالْهَامِ قَالَهُ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَقَالَ: مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَقُولُونَ: إذَا وَقَعَتْ هَامَةٌ عَلَى بَيْتٍ خَرَجَ مِنْهُ مَيِّتٌ فَعَلَى هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: وَلَا هَامَ النَّهْيُ أَنْ يَتَطَيَّرَ بِذَلِكَ أَحَدٌ وَقِيلَ إنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَقُولُ إذَا قُتِلَ قَتِيلٌ خَرَجَ مِنْ رَأْسِهِ طَائِرٌ فَلَا يَزَالُ يَقُولُ: اسْقُونِي اسْقُونِي حَتَّى يُقْتَلَ قَاتِلُهُ قَالَ: الشَّاعِرُ فِي مِثْلِ هَذَا

يَا عَمْرُو إلَّا تَدَعْ شَتْمِي وَمَنْقَصَتِي ... أَضْرِبْك حَتَّى تَقُولَ الْهَامَةُ اسْقُونِي

فَعَلَى هَذَا قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا هَامَ تَكْذِيبٌ لِإِخْبَارِهِمْ بِذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا صَفَرَ قَالَ: مَالِكٌ وَغَيْرُهُ مَعْنَاهُ أَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تُحَرِّمُ صَفَرَ عَامًا وَتُؤَخِّرُ إلَيْهِ الْمُحَرَّمَ وَكَانَتْ تُحِلُّهُ عَامًا آخَرَ وَتُقَدِّمُ الْمُحَرَّمَ إلَى وَقْتِهِ فَنَهَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ: ابْنُ وَهْبٍ كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَقُولُونَ إنَّ الصُّفَارَ الَّتِي فِي الْجَوْفِ تَقْتُلُ صَاحِبَهَا وَهِيَ الَّتِي عَدَتْ عَلَيْهِ إذَا مَاتَ فَرَدَّ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَكْذَبَهُمْ فِيهِ وَقَالَ: لَا يَمُوتُ أَحَدٌ إلَّا بِأَجَلِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا يَحُلُّ الْمُمْرِضُ عَلَى الْمُصِحِّ الْمُمْرِضُ ذُو الْمَاشِيَةِ الْمَرِيضَةِ وَالْمُصِحُّ ذُو الْمَاشِيَةِ الصَّحِيحَةِ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ: النَّهْيُ عَنْ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ بِإِبِلِهِ، أَوْ غَنَمِهِ الْجَرِبَةِ فَيَحُلَّ بِهَا عَلَى مَاشِيَةٍ صَحِيحَةٍ فَيُؤْذِيَهُ بِذَلِكَ قَالَ: وَلَكِنَّهُ عِنْدِي مَنْسُوخٌ بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: لَا عَدْوَى قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا عَدْوَى إنْ كَانَ بِمَعْنَى الْخَبَرِ وَالتَّكْذِيبِ بِقَوْلِ مَنْ يَعْتَقِدُ الْعَدْوَى فَلَا يَكُونُ نَاسِخًا وَإِنْ كَانَ بِمَعْنَى النَّهْيِ يُرِيدُ لَا تَكْرَهُوا دُخُولَ الْبَعِيرِ الْجَرِبِ بَيْنَ إبِلِكُمْ غَيْرَ

الْجَرَبَةِ وَلَا تَمْنَعُوا ذَلِكَ وَلَا تَمْتَنِعُوا مِنْهُ فَإِنَّا لَا نَعْلَمُ أَيَّهُمَا قَالَ: أَوَّلًا وَإِنْ تَعَلَّقْنَا بِالظَّاهِرِ فَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: لَا عَدْوَى وَرَدَ فِي أَوَّلِ الْحَدِيثِ فَمُحَالٌ أَنْ يَكُونَ نَاسِخًا لِمَا وَرَدَ بَعْدَهُ، أَوْ لِمَا لَا يَدْرِي وَرَدَ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ النَّاسِخَ إنَّمَا يَكُونُ نَاسِخًا لِحُكْمٍ قَدْ ثَبَتَ قَبْلَهُ.

وَقَالَ: يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي الْمُزَنِيَّةِ: سَمِعْت أَنَّ تَفْسِيرَهُ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ بِهِ الْجُذَامُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ مَحَلَّهُ الصَّحِيحُ مَعَهُ وَلَا يَنْزِلَ عَلَيْهِ يُؤْذِيَهُ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُعْدِي فَالنَّفْسُ تَنْفِرُ مِنْهُ وَقَدْ قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّهُ أَذًى فَهَذَا تَنْبِيهٌ أَنَّهُ إنَّمَا نَهَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ ذَلِكَ لِلْأَذَى لَا لِلْعَدْوَى وَأَمَّا الصَّحِيحُ فَلْيَنْزِلْ مَحَلَّةَ الْمَرِيضِ إنْ صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ وَاحْتَمَلَتْهُ نَفْسُهُ قِيلَ لَهُ وَلَمْ يُرِدْ بِهَذَا أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ بِإِبِلِهِ، أَوْ غَنَمِهِ الْجَرَبَةِ فَيَحِلَّ بِهَا الْمُورِدَةَ عَلَى الصَّحِيحِ الْمَاشِيَةَ قَالَ: لَعَلَّهُ قَدْ قِيلَ ذَلِكَ وَمَا سَمِعْته وَإِنِّي لَأَكْرَهُ لَهُ أَنْ يُؤْذِيَهُ إنْ كَانَ يَجِدُ غِنًى عَنْ ذَلِكَ الْمَوْرِدِ وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يَكُونُ بِهِ الْمَرَضُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ مُورِدَةَ الْأَصِحَّاءِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَا يَجِدُ غِنًى عَنْهَا فَيَرِدُهَا.

وَقَدْ رَوَى يُونُسُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا عَدْوَى وَيُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

(264/7)

. . . .

[المنتقى]

قَالَ: لَا يُورِدُ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ قَالَ: أَبُو سَلَمَةَ، ثُمَّ صَمَتَ أَبُو هُرَيْرَةَ بَعْدَ ذَلِكَ عَنْ قَوْلِهِ لَا عَدْوَى وَأَقَامَ عَلَى أَنْ يُورِدَ مُمْرِضٍ عَلَى مُصِحٍّ فَقَالَ: الْحَارِثُ بْنُ أَبِي رِئَابٍ وَهُوَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ قَدْ كُنْت أَسْمَعُك تُحَدِّثُنَا مَعَ هَذَا الْحَدِيثِ حَدِيثًا آخَرَ تَقُولُ لَا عَدْوَى فَأَبَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنْ يَعْرِفَ فِي ذَلِكَ مِمَّا رَوَاهُ الْحَارِثُ فِي ذَلِكَ حَتَّى غَضِبَ أَبُو هُرَيْرَةَ فَرَطَنَ لَهُ بِالْحَبَشِيَّةِ فَقَالَ: لِلْحَارِثِ أَتَدْرِي مَاذَا قُلْت قَالَ: أَبُو هُرَيْرَةَ قُلْت أَتَيْت قَالَ: أَبُو سَلَمَةَ وَلَعَمْرِي لَقَدْ كَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يُحَدِّثُنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: لَا عَدْوَى فَلَا أَدْرِي أَنَسِيَ أَبُو هُرَيْرَةَ، أَوْ نَسَخَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ الْآخَرَ» قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ أَبُو سَلَمَةَ يَقْتَضِي أَنَّ قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يُورِدُ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ نَاسِخٌ لِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا عَدْوَى وَهَذَا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: إنَّ قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى وَجْهِ النَّهْيِ وَيَصِحُّ عَلَى هَذَا التَّأْوِيلِ أَنْ يَكُونَ أَبُو هُرَيْرَةَ قَدْ عَرَفَ الْأَوَّلَ مِنْهُمَا قَالَ:

الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ وَالَّذِي عِنْدِي فِي مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: لَا عَدْوَى إنَّمَا نَفَى بِهِ أَنْ يَكُونَ لِمُجَاوَرَةِ الْمَرِيضِ تَأْثِيرٌ فِي مَرَضِ الصَّحِيحِ وَأَنَّ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ابْتِدَاءً كَمَا فَعَلَهُ فِي الْأَوَّلِ ابْتِدَاءً وَأَنَّ قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا يُورِدُ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ لَيْسَ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ مِنْ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ الْأَذَى عَلَى ظَاهِرِ الْحَدِيثِ وَهَذَا الَّذِي يَذْهَبُ إلَيْهِ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى.

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْبَارِئُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ أَجْرَى الْعَادَةَ بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الْبَارِئُ عَزَّ وَجَلَّ هُوَ الْخَالِقُ لِلْمَرَضِ وَالصِّحَّةِ فَنَفَى بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَا عَدْوَى اعْتِقَادَ مَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ مِنْ مُجَاوَرَةِ الْمَرِيضِ الصَّحِيحَ وَلَيْسَ هَذَا بِوَاضِحٍ؛ لِأَنَّا لَا نَجِدُ ذَلِكَ جَارِيًا عَلَى عَادَةٍ فَقَدْ يُجَاوِرُ الْمَرِيضُ الصَّحِيحَ فَلَا يَمْرَضُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَفِرَّ مِنْ الْمَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنْ الْأَسَدِ» وَظَاهِرُ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ اسْتِضْرَارًا غَيْرَ التَّكَرُّهِ لِمُجَاوَرَتِهِ؛ لِأَنَّهُ إذَا قَدَرَ عَلَى الصَّبْرِ عَلَى مُجَاوَرَتِهِ فَلَا مَعْنَى لِنَهْيِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّك إذَا اسْتَضْرَرْت بِرَائِحَتِهِ وَكَرِهْت مُجَاوَرَتَهُ فَإِنَّهُ مُبَاحٌ أَنْ تَفِرَّ مِنْهُ فِرَارَك مِنْ الْأَسَدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَقَدْ قَالَ: يَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي الْقَوْمِ يَكُونُونَ فِي قَرْيَتِهِمْ شُرَكَاءَ فِي أَرْضِهَا وَمَائِهَا وَجَمِيعِ أَمْرِهَا فَيُجْذَمُ بَعْضُهُمْ فَيَرِدُونَ الْمُسْتَقَى بِآنِيَتِهِمْ فَيَتَأَذَّى بِهِمْ أَهْلُ الْقَرْيَةِ وَيُرِيدُونَ مَنْعَهُمْ مِنْ ذَلِكَ إنْ كَانُوا يَجِدُونَ عَنْ ذَلِكَ الْمَاءِ غِنًى مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ بِهِمْ، أَوْ يَقْوَوْنَ عَلَى اسْتِنْبَاطِ بِئْرٍ أَوْ إجْرَاءِ عَيْنٍ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ بِهِمْ وَلَا فَدْحٍ بِهِمْ فَأَرَى أَنْ يُؤْمَرُوا بِذَلِكَ وَلَا يُضَارُّوا وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُونَ عَنْ ذَلِكَ غِنًى إلَّا بِمَا يَضُرُّهُمْ، أَوْ يَفْدَحُهُمْ قِيلَ لِمَنْ يَتَأَذَّى بِهِمْ وَيَشْتَكِي ذَلِكَ مِنْهُمْ اسْتَنْبِطْ لَهُمْ بِئْرًا، أَوْ أَجْرِ لَهُمْ عَيْنًا، أَوْ أَقِمْ مَنْ يَسْتَقِي لَهُمْ مِنْ الْبِئْرِ إنْ كَانُوا لَا يَقْوَوْنَ عَلَى اسْتِنْبَاطِ بِئْرٍ، أَوْ إجْرَاءٍ وَيَكُفُّوْنَ عَنْ الْوُرُودِ عَلَيْكُمْ وَإِلَّا فَكُلُّ امْرِئٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ وَالضَّرَرُ مِمَّنْ أَرَادَ أَنْ يَمْنَعَ امْرَأً مِنْ مَالِهِ وَلَا يُقِيمُ لَهُ عِوَضًا مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا جُذِمَ الرَّجُلُ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ إنْ شَاءَتْ ذَلِكَ وَقَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ: يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَطْءِ رَقِيقِهِ إنْ كَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ.

وَقَالَ: سَحْنُونٌ لَا يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَطْءِ إمَائِهِ وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي الزَّوْجَةِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ إنَّهَا امْرَأَةٌ يَلْحَقُهَا الضَّرَرُ بِوَطْءِ الْمَجْذُومِ فَوَجَبَ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا كَالزَّوْجَةِ.

وَقَدْ قَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّمَا يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزَّوْجَةِ إذَا حَدَثَ ذَلِكَ بِهِ لِأَجْلِ الضَّرَرِ وَوَجْهُ قَوْلِ سَحْنُونٍ أَنَّ الْجُذَامَ فِي الْحُرِّ لَمَّا مَنَعَ الزَّوْجِيَّةَ وَنَقَضَهَا مَنَعَ الْوَطْءَ الْمُسْتَحَقَّ بِهَا وَلَمَّا لَمْ يَمْنَعْ مِلْكَ الْيَمِينِ لَمْ يَمْنَعْ

الْوَطْءَ الْمُسْتَحَقَّ بِهِ وَوَجْهٌ ثَانٍ أَنَّ هَذَا عَقْدٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ تَأْثِيرُ الْجُذَامِ فِي وَطْئِهِ كَتَأْثِيرِهِ فِي عَقْدِهِ كَعَقْدِ النِّكَاحِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَهَلْ يُخْرَجُ الْمَرْضَى مِنْ الْقُرَى وَالْحَوَاضِرِ قَالَ: مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ لَا يُخْرَجُونَ إنْ كَانُوا

(265/7)

السُّنَّةُ فِي الشَّعْرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ نَافِعٍ عَنْ أَبِيهِ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِإِحْفَاءِ الشَّوَارِبِ وَإِعْفَاءِ اللِّحَى») .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ «أَنَّهُ سَمِعَ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ عَامَ حَجَّ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ وَتَنَاوَلَ قُصَّةً مِنْ شَعْرٍ كَانَتْ بِيَدِ حَرَسِيٍّ يَقُولُ: يَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ أَيْنَ عُلَمَاؤُكُمْ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذِهِ وَيَقُولُ إنَّمَا هَلَكَتْ بَنُو إسْرَائِيلَ حِينَ اتَّخَذَ هَذِهِ نِسَاؤُهُمْ») .

[المنتقى]
يَسِيرًا، وَإِنْ كَثُرُوا رَأَيْنَا أَنْ يَتَّخِذُوا لِأَنْفُسِهِمْ مَوْضِعًا كَمَا صَنَعَ مَرْضَى مَكَّةَ عِنْدَ التَّنْعِيمِ مَنْزِلُهُمْ وَبِهِ جَمَاعَتُهُمْ وَلَا أَرَى أَنْ يُمْنَعُوا مِنْ الْأَسْوَاقِ لِتِجَارَتِهِمْ وَالتَّطَرُّقِ لِلْمَسْأَلَةِ إذَا لَمْ يَكُنْ إمَامٌ عَدْلٌ يُجْرِي عَلَيْهِمْ الرِّزْقَ.
وَقَالَ: أَصْبَغُ لَيْسَ عَلَى مَرْضَى الْحَوَاضِرِ أَنْ يَخْرُجُوا مِنْهَا إلَى نَاحِيَةٍ بِقَضَاءٍ يُحْكَمُ بِهِ عَلَيْهِمْ وَلَكِنْ إنْ أَجْرَى عَلَيْهِمْ الْإِمَامُ مِنْ الرِّزْقِ مَا يَكْفِيهِمْ مُنِعُوا مِنْ مُخَالَطَةِ النَّاسِ بِلُزُومِ بُيُوتِهِمْ، أَوْ بِالسَّجْنِ إنْ شَاءَ
وَقَالَ: ابْنُ حَبِيبٍ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ يَحْكُمُ عَلَيْهِمْ بِالسَّجْنِ إذَا كَثُرُوا أَحَبُّ إلَيَّ وَهَذَا الَّذِي عَلَيْهِ النَّاسُ.
(مَسْأَلَةٌ) :
وَيُمْنَعُ الْمَجْذُومُ مِنْ الْمَسْجِدِ وَلَا يُمْنَعُ مِنْ الْجُمُعَةِ وَلَا يُمْنَعُ مِنْ غَيْرِهَا قَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ.

[السُّنَّةُ فِي الشَّعْرِ]
(ش) : قَوْلُهُ إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِإِحْفَاءِ الشَّوَارِبِ يُقَالُ أَحْفَى الرَّجُلُ شَارِبَهُ

إذَا قَصَّهُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ تَفْسِيرَ حَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي إحْفَاءِ الشَّوَارِبِ إنَّمَا هُوَ أَنْ يَبْدُوَ الْإِطَارُ وَهُوَ مَا احْمَرَّ مِنْ طَرَفِ الشَّفَةِ وَالْإِطَارُ جَوَانِبُ الْفَمِ الْمُحْدِقَةُ بِهِ وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي الْمُخْتَصَرِ عَنْ مَالِكٍ إنَّمَا الْإِحْفَاءُ الْمَذْكُورُ فِي الْحَدِيثِ قَصُّ الْإِطَارِ وَهُوَ طَرَفُ الشَّعْرِ وَأَشَارَ إلَى الْإِطَارِ مِنْ الشَّعْرِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَإِحْفَاءُ الشَّوَارِبِ قَصُّهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ لَيْسَ إحْفَاءُ الشَّارِبِ حَلْقَهُ وَأَرَى أَنْ يُؤَدَّبَ مَنْ حَلَقَ شَارِبَهُ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ حَلْقُهُ مِنْ الْبِدَعِ.

وَقَالَ: أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ حَلْقُ الشَّارِبِ وَاسْتِئْصَالُهُ أَفْضَلُ مِنْ قَصِّهِ وَتَقْصِيرِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَحْفُوا الشَّوَارِبَ» قَالَ: صَاحِبُ الْأَفْعَالِ مَعْنَاهُ قُصُّوهَا قَالَ: مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ كَانَ إذَا أَحْزَنَهُ أَمْرٌ فَتَلَ شَارِبَهُ وَلَوْ كَانَ مَحْلُوقًا مَا كَانَ فِيهِ مَا يُفْتَلُ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا مَا رَوَى سَعِيدٌ الْمَقْبُرِيُّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «خَمْسٌ مِنْ الْفِطْرَةِ تَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ وَقَصُّ الشَّارِبِ» وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى نَافِعٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «انْهَكُوا الشَّوَارِبَ» وَلَا حُجَّةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ إنْهَاكَ الشَّيْءِ لَا يَقْتَضِي إزَالَةَ جَمِيعِهِ وَإِنَّمَا يَقْتَضِي إزَالَةَ بَعْضِهِ قَالَ: صَاحِبُ الْأَفْعَالِ نَهَكَتْهُ الْحُمَّى نَهْكًا أَثَّرَتْ فِيهِ وَكَذَلِكَ الْعِبَادَةُ.

1 –

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْفُوا اللِّحَى قَالَ: أَبُو عُبَيْدٍ مَعْنَاهُ وَفِّرُوا اللِّحَى لِتَكْثُرَ يُقَالُ مِنْهُ عَفَا بَنُو فُلَانٍ إذَا كَثُرُوا.

قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ أَنْ تُعْفَى اللِّحَى مِنْ الْإِحْفَاءِ؛ لِأَنَّ كَثْرَتَهَا أَيْضًا لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِتَرْكِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ مَا تَطَايَرَ مِنْ اللِّحْيَةِ وَشَذَّ، قِيلَ لِمَالِكٍ فَإِذَا طَالَتْ جِدًّا قَالَ: أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهَا وَتُقَصَّ وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَأَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُمَا كَانَا يَأْخُذَانِ مِنْ اللِّحْيَةِ مَا فَضَلَ عَنْ الْقَبْضَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ قَالَ: عَامَ حَجَّ يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ مُسْتَوْطِنًا غَيْرَ الْمَدِينَةِ فَرَآهُ وَتَنَاوَلَ قُصَّةً مِنْ شَعْرٍ وَالْقُصَّةُ هِيَ الْجُمَّةُ مِنْ الشَّعْرِ تَجْعَلُهَا الْمَرْأَةُ عَلَى شَعْرِهَا تُرِي أَنَّهَا مِنْ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: «سَدَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَاصِيَتَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ فَرَّقَ بَعْدَ ذَلِكَ») .

[المنتقى]

شَعْرِهَا فَكَرِهَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أَجْلِ مَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِ الْخِلْقَةِ وَالتَّدْلِيسِ وَقَدْ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ وَهُوَ فِي مَعْنَى اتِّخَاذِ قُصَّةِ الشَّعْرِ وَقَالَ: فِيهِ الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ يَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ أَيْنَ عُلَمَاؤُكُمْ عَلَى مَعْنَى الِاسْتِعَانَةِ بِهِمْ عَلَى مُوَافَقَتِهِمْ لِقَوْلِهِ إنْ كَانُوا لَمْ يَعْرِفُوا مَنْ اتَّخَذَ ذَلِكَ، أَوْ الْإِنْكَارُ عَلَيْهِمْ إنْ كَانُوا لَمْ يُنْكِرُوا ذَلِكَ فَيَقُولُ كَيْفَ فُعِلَ هَذَا عِنْدَكُمْ مَعَ بَقَاءِ عُلَمَائِكُمْ قَالَ: مَالِكٌ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَصِلَ الْمَرْأَةُ شَعْرَهَا بِشَعْرٍ وَلَا غَيْرِهِ.

وَقَالَ: اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ يَجُوزُ أَنْ تَصِلَهُ بِالصُّوفِ وَإِنَّمَا كُرِهَ الشَّعْرُ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ مَا رُوِيَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ» وَهَذَا عَامٌّ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ صِلَةٌ لِلشَّعْرِ مُغَيِّرَةٌ لِلْخَلْقِ كَالصِّلَةِ بِالشَّعْرِ قَالَ: مَالِكٌ وَلَا خَيْرَ فِي أَنْ تَضَعَ الْجُمَّةَ عَلَى رَأْسِهَا قَالَ: مَالِكٌ وَلَا بَأْسَ بِالْخِرَقِ تَجْعَلُهَا الْمَرْأَةُ فِي قَفَاهَا وَتُرْبَطُ لِلْوِقَايَةِ وَمَا مِنْ عِلَاجِهِنَّ أَخَفُّ مِنْهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَنَهَى عَنْ الْقَزَعِ وَهُوَ أَنْ يَحْلِقَ بَعْضَ الرَّأْسِ وَيُبْقِيَ مَوَاضِعَ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ نَهَى عَنْ الْقَزَعِ وَمِنْ ذَلِكَ الْقُصَّةُ وَالْقَفَا وَهُوَ أَنْ يُحْلَقَ رَأْسُ الصَّبِيِّ فَيُتْرَكَ مِنْهُ مُقَدَّمُهُ وَشَعْرُ الْقَفَا قَالَ: مَالِكٌ لَا يُعْجِبُنِي ذَلِكَ فِي الْجَوَارِي وَلَا الْغِلْمَانِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ نَاحِيَةِ الْقَزَعِ.

وَقَالَ: مَالِكٌ وَلْيَحْلِقُوا جَمِيعَهُ، أَوْ يَتْرُكُوا جَمِيعَهُ وَسُئِلَ عَنْ الْقُصَّةِ وَحْدَهَا فَقَالَ: مَا يُعْجِبُنِي ذَلِكَ وَوَجْهُهُ مَا تَقَدَّمَ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ الْوَشْمُ وَهُوَ مَمْنُوعٌ وَالْوَشْمُ النَّقْشُ فِي الْيَدِ وَالذِّرَاعِ، أَوْ الصَّدْرِ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ وَالْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ» .

وَقَالَ: ابْنُ نَافِعٍ الْوَسْمُ فِي اللِّثَةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مَعْنًى بَاقٍ كَالْخِلْقَةِ وَمِنْ ذَلِكَ التَّفَلُّجُ وَرَوَى عَلْقَمَةُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ:: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ» ، مَا لِي لَا أَلْعَنُ مَنْ لَعَنَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

1 –

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ بَاقِيًا وَأَمَّا مَا كَانَ لَا يَبْقَى وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضِعٌ لِلْجَمَالِ يُسْرِعُ إلَيْهِ التَّغْيِيرُ كَالْكُحْلِ فَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَا بَأْسَ بِالْكُحْلِ لِلْمَرْأَةِ الْإِثْمِدِ وَغَيْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَأَمَّا الرَّجُلُ فَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – أَكْرَهُ الْكُحْلَ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لِلرَّجُلِ إلَّا لِمَنْ بِهِ عِلَّةٌ، وَمَا أَدْرَكْت مَنْ يَكْتَحِلُ نَهَارًا إلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ نَافِعٍ لَيْسَ الْكُحْلُ بِالْإِثْمِدِ مِنْ عَمَلِ النَّاسِ وَلَا سَمِعْت فِيهِ بِنَهْيٍ يُرِيدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ اسْتِحْسَانِ زِيِّ مَنْ مَضَى مِنْ عُلَمَاءِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَالْأَخْذِ بِهَدْيِهِمْ وَأَدَبِهِمْ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي اخْتَارَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْحِنَّاءُ فَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ لَا بَأْسَ أَنْ تُزَيِّنَ الْمَرْأَةُ يَدَيْهَا بِالْحِنَّاءِ، أَوْ تُطَرِّفَهُمَا بِغَيْرِ خِضَابٍ وَأَنْكَرَ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إمَّا أَنْ تَخْضِبَ يَدَهَا كُلَّهَا، أَوْ تَدَعَ.

(ش) : قَوْلُهُ سَدَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَاصِيَتَهُ، ثُمَّ فَرَّقَ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ إسْدَالُ الْقُصَّةِ يُرِيدُ أَنْ يَتَّخِذَ مِنْهُ قُصَّةً فِي مُقَدَّمِ الرَّأْسِ فَعَلَ ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لِمُتَابَعَةِ أَهْلِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُسْدِلُونَ شُعُورَهُمْ وَكَانَ يُحِبُّ مُتَابَعَتَهُمْ فِيمَا لَمْ يُؤْمَرْ فِيهِ بِمُخَالَفَةٍ وَذَلِكَ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يُغَيِّرُوهُ مِنْ شَرِيعَةِ أَنْبِيَائِهِمْ إمَّا بِوَحْيٍ، أَوْ بِخَبَرٍ مُتَوَاتِرٍ وَقَدْ أُمِرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنْ يُقْتَدَى بِهِمْ فَكَانَ يَتَّبِعُ أَهْلَ الْكِتَابِ فِي ذَلِكَ فَإِذَا طَرَأَ النَّسْخُ دَانَ بِمُخَالَفَتِهِمْ وَعَدَلَ إلَى مَا أُمِرَ بِهِ فَلِذَلِكَ فَرَّقَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْدَ أَنْ سَدَلَ قَالَ: ابْنُ عَبَّاسٍ كَانَ أَهْلُ الْكِتَابِ يُسْدِلُونَ شُعُورَهُمْ وَكَانَ الْمُشْرِكُونَ يُفَرِّقُونَ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

(ص) : (قَالَ: مَالِكٌ لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ يَنْظُرُ إلَى شَعْرِ امْرَأَةِ ابْنِهِ، أَوْ شَعْرِ أُمِّ امْرَأَتِهِ بَأْسٌ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ الْإِخْصَاءَ وَيَقُولُ فِيهِ تَمَامُ الْخَلْقِ) .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ، أَوْ لِغَيْرِهِ فِي الْجَنَّةِ كَهَاتَيْنِ إذَا اتَّقَى وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْهِ الْوُسْطَى وَالَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ») .

إصْلَاحُ الشَّعْرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ «أَنَّ أَبَا قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيَّ قَالَ: لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنَّ لِي جُمَّةً أَفَأُرَجِّلُهَا فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: نَعَمْ وَأَكْرِمْهَا فَكَانَ أَبُو قَتَادَةَ رُبَّمَا دَهَنَهَا فِي الْيَوْمِ مَرَّتَيْنِ لِمَا قَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَعَمْ وَأَكْرِمْهَا» مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ قَالَ: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الْمَسْجِدِ فَدَخَلَ رَجُلٌ ثَائِرَ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ فَأَشَارَ إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِيَدِهِ أَنْ أُخْرُجْ كَأَنَّهُ يَعْنِي إصْلَاحَ شَعْرِ رَأْسِهِ وَلِحْيَتِهِ فَفَعَلَ الرَّجُلُ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدُكُمْ ثَائِرَ الرَّأْسِ كَأَنَّهُ شَيْطَانٌ») .

[المنتقى]

يُحِبُّ مُوَافَقَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ فِيمَا لَمْ يُؤْمَرْ فِيهِ بِمُخَالَفَةٍ فَسَدَلَ نَاصِيَتَهُ، ثُمَّ فَرَّقَ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ: مَالِكٌ وَرَأَيْت عَامِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَرَبِيعَةَ وَهِشَامَ بْنَ عُرْوَةَ يُفَرِّقُونَ شُعُورَهُمْ قَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ: مَالِكٌ فَرْقُ الرَّأْسِ لِلرِّجَالِ أَحَبُّ إلَيَّ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الذُّؤَابَةُ لِلصَّبِيِّ فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ كَرِهَ الذُّؤَابَةَ لِلصَّبِيِّ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَأَنَا لَا أَرَى بِهَا بَأْسًا وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ مَا فِيهِ مِنْ مُشَابَهَةِ الْقَزَعِ وَهُوَ أَنْ يَحْلِقَ مَوَاضِعَ مِنْ الرَّأْسِ وَيَدَعَ مَوَاضِعَ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ الْقَزَعِ وَوَجْهُ قَوْلِ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مَعْنَى الْقَزَعِ؛ لِأَنَّ الشَّعْرَ غَيْرُ مُتَفَرِّقٍ فِي الرَّأْسِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ كَالشَّعْرِ يَكُونُ فِي جَمِيعِ الرَّأْسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ يَنْظُرُ إلَى شَعْرِ امْرَأَةِ ابْنِهِ، أَوْ شَعْرِ أُمِّ امْرَأَتِهِ بَأْسٌ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – عَلَى الْوَجْهِ الْمُبَاحِ مِنْ نَظَرِهِ إلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ كَأُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَابْنَتِهِ وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ كَمَا أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي مَنْعِهِ عَلَى وَجْهِ الِالْتِذَاذِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا لَمْ يَكُنْ فِي إخْصَائِهِ مَنْفَعَةٌ وَقَدْ كَرِهَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – إخْصَاءَ الْخَيْلِ وَقَالَ: لَا بَأْسَ بِإِخْصَائِهَا إذَا أُكْلِتْ، وَإِخْصَاءُ بَنِي آدَمَ مُحَرَّمٌ كَقَطْعِ أَعْضَائِهِمْ.

وَقَدْ كَرِهَ مَالِكٌ شِرَاءَ الْخَصِيِّ مِنْ الصَّقَالِبَةِ وَقَالَ: وَلَوْ لَمْ يُشْتَرَوْا مِنْهُمْ لَمْ يَخْصُوهُ.

وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فِي قَوْله تَعَالَى {فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ} [النساء: **119**] قَالَ: هُوَ الْإِخْصَاءُ وَقَالَهُ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ وَقَالَ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ هُوَ الْوَشْمُ وَقَالَ: مُجَاهِدٌ وَالنَّخَعِيُّ {فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ} [النساء: **119**] دِينَ اللَّهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا خِصَاءُ الْغَنَمِ وَمَا يُنْتَفَعُ بِإِخْصَائِهِ لِطِيبِ لَحْمِهِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ش) : كَافِلُ الْيَتِيمِ هُوَ الَّذِي يَكْفُلُهُ وَيَقُومُ بِأَمْرِهِ وَيَنْظُرُ لَهُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَهُ، أَوْ لِغَيْرِهِ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ الْكَافِلُ امْرَأَةً فَتَكْفُلُ الْيَتِيمَ وَهُوَ ابْنُهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ الرَّجُلَ يَكْفُلُ يَتِيمًا مِنْ أَقَارِبِهِ؛ لِأَنَّ الْيَتِيمَ فِي بَنِي آدَمَ بِمَوْتِ الْأَبِ دُونَ مَوْتِ الْأُمِّ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَوْ لِغَيْرِهِ يُرِيدُ أَنْ لَا يَكُونَ مِنْ عَشِيرَتِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَهَاتَيْنِ وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْهِ الْوُسْطَى وَاَلَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ يُرِيدُ السَّبَّابَةَ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يَقُولُ لَا أَفْضُلُهُ فِي الْجَنَّةِ إلَّا بِقَدْرِ فَضْلِ الْوُسْطَى عَلَى الَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ.

[إصْلَاحُ الشَّعْرِ]

(ش) : قَوْلُ أَبِي قَتَادَةَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ لِي جُمَّةً أَفَأُرَجِّلُهَا يُرِيدُ أُمَشِّطُهَا فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

مَا جَاءَ فِي صَبْغِ الشَّعْرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ إبْرَاهِيمَ التَّيْمِيُّ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ يَغُوثَ قَالَ: وَكَانَ جَلِيسًا لَهُمْ وَكَانَ أَبْيَضَ اللِّحْيَةِ وَالرَّأْسِ قَالَ: فَغَدَا عَلَيْهِمْ ذَاتَ يَوْمٍ وَقَدْ حَمَّرَهُمَا قَالَ: فَقَالَ: لَهُ الْقَوْمُ هَذَا أَحْسَنُ فَقَالَ: إنَّ أُمِّيَ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَرْسَلَتْ إلَيَّ الْبَارِحَةَ جَارِيَتَهَا نُخَيْلَةَ فَأَقْسَمَتْ عَلَيَّ لَأَصْبِغَنَّ وَأَخْبَرَتْنِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ يَصْبُغُ قَالَ: يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي صَبْغِ الشَّعْرِ بِالسَّوَادِ لَمْ أَسْمَعْ فِي ذَلِكَ شَيْئًا مَعْلُومًا وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الصَّبْغِ أَحَبُّ إلَيَّ قَالَ: مَالِكٌ وَتَرْكُ الصَّبْغِ كُلِّهِ وَاسِعٌ إنْ شَاءَ اللَّهُ لَيْسَ عَلَى النَّاسِ

[المنتقى]

نَعَمْ وَأَكْرِمْهَا يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - إصْلَاحَهَا وَتَجْمِيلَهَا بِالدَّهْنِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُ مِمَّا يَحْسُنُ بِهِ الشَّعْرُ فَيَكُونُ ذَلِكَ كَرَامَتَهُ وَصِيَانَتَهُ مِنْ الشَّعَثِ وَالتُّرَابِ وَالْوَسَخِ وَلِذَلِكَ كَانَ أَبُو قَتَادَةَ يُوَالِي دَهْنَهَا وَإِصْلَاحَهَا حَتَّى رُبَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي الْيَوْمِ مَرَّتَيْنِ وَقَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ مَا أُحِبُّ نَتْفَهُ وَأَكْرَهُ أَنْ يُقْرَضَ مِنْ أَصْلِهِ وَهُوَ عِنْدِي شِبْهُ النَّتْفِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَدَخَلَ رَجُلٌ الْمَسْجِدَ وَهُوَ ثَائِرُ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ قَائِمَ الشَّعْرِ ثَائِرَهُ فَأَمَرَهُ، وَقَوْلُهُ: فَأَشَارَ إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ اُخْرُجْ يَعْنِي إصْلَاحَ الشَّعْرِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ الْخُرُوجَ مِنْ الْمَسْجِدِ لِإِصْلَاحِ الشَّعْرِ مَأْمُورٌ بِهِ؛ لِأَنَّ إصْلَاحَهُ فِي الْمَسْجِدِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَشْعِيثِ الْمَسْجِدِ بِمَا يَقَعُ فِيهِ مِنْ الشَّعْرِ وَرُبَّمَا كَانَ مَعَ ذَلِكَ مَا يُؤْذِي أَهْلَ الْمَسْجِدِ مِنْ الْقَمْلِ لِمَنْ لَا يَتَعَاهَدُ رَأْسَهُ مِنْ التَّرْجِيلِ وَالتَّنْظِيفِ وَحُكْمُ اللِّحْيَةِ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الشَّعْرِ بَلْ آكَدُ؛ لِأَنَّ الرَّأْسَ قَدْ يُغَطَّى وَاللِّحْيَةُ بَادِيَةٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدُكُمْ ثَائِرَ الرَّأْسِ كَأَنَّهُ شَيْطَانٌ شَبَّهَ ذَلِكَ بِالشَّيْطَانِ لِقُبْحِ مَنْظَرِهِ وَقُبْحِ مَنْظَرِ الثَّائِرِ الرَّأْسِ وَالتَّرَجُّلُ وَالتَّنَظُّفُ وَحُسْنُ الزِّيِّ وَالتَّطَيُّبُ وَالتَّدَهُّنُ مِنْ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُغَفَّلٍ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ التَّرَجُّلِ إلَّا غِبًّا» وَهَذَا الْحَدِيثُ وَإِنْ كَانَ رُوَاتُهُ ثِقَاتٍ إلَّا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ وَأَحَادِيثُ الْحَسَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُغَفَّلٍ فِيهَا نَظَرٌ وَلَوْ ثَبَتَ لَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ لِمَنْ يَتَأَذَّى بِإِدْمَانِ ذَلِكَ لِمَرَضٍ، أَوْ شِدَّةِ بَرْدٍ فَنَهَاهُ

أَنْ يَتَكَلَّفَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَضُرُّ بِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ نَهْيَ مَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّ مَا كَانَ يَفْعَلُهُ أَبُو قَتَادَةَ مِنْ دَهْنِهِ فِي الْيَوْمِ مَرَّتَيْنِ أَمْرًا لَازِمًا فَنُهِيَ عَنْ ذَلِكَ وَأَعْلَمَهُ أَنَّ السُّنَّةَ اللَّازِمَةَ مِنْ ذَلِكَ الْإِغْبَابُ بِهِ لَا سِيَّمَا لِمَنْ مَنَعَهُ ذَلِكَ مِنْ تَصَرُّفِهِ وَشُغْلِهِ وَعَمَلِهِ وَأَنَّ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لَيْسَ بِلَازِمٍ وَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَعْتَقِدَ فِيهِ أَنَّهُ مُبَاحٌ مُطْلَقٌ مَنْ شَاءَ فَعَلَهُ وَمَنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْجُمْلَةِ أَنَّ التَّجَمُّلَ وَالتَّنَظُّفَ مَشْرُوعٌ كَقَصِّ الشَّارِبِ وَالسِّوَاكِ وَمَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ تَغْيِيرٌ لِلْخَلْقِ مِنْ غُسْلٍ، أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ مَشْرُوعٌ وَلِذَلِكَ أُسْتُحِبَّ الْغُسْلُ فِي الْجُمُعَةِ وَالْعِيدَيْنِ وَقَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْحَمَّامِ إنْ كُنْت تَدْخُلُهُ خَالِيًا، أَوْ مَعَ قَوْمٍ يَسْتَتِرُونَ فَلَا بَأْسَ وَإِنْ كَانُوا لَا يَتَحَفَّظُونَ لَمْ أَرَ أَنْ تَدْخُلَهُ وَإِنْ كُنْت أَنْتَ تَتَحَفَّظُ، وَكَانَ ابْنُ وَهْبٍ يَدْخُلُهُ مَعَ الْعَامَّةِ ثُمَّ تَرَكَ فَكَانَ يَدْخُلُهُ خَالِيًا وَهَذَا حُكْمُ الرَّجُلِ وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَأَكْرَهُ لَهَا دُخُولَ الْحَمَّامِ وَإِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً إلَّا أَنْ تَكُونَ مُفْرَدَةً.

(فَرْعٌ) قَالَ: فِي الْمُخْتَصَرِ وَلَيْسَ لِلْمِئْزَرِ الَّذِي يَدْخُلُ بِهِ الْحَمَّامَ حَدٌّ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَاَلَّذِي عِنْدِي أَنَّ قَدْرَهُ مَعَ سَتْرِ الْعَوْرَةِ الَّتِي يَلْزَمُ سَتْرُهَا أَنْ يَسْتُرَهَا فِي حَالِ الْمَشْيِ وَالْقِيَامِ وَالْجُلُوسِ فَكُلُّ مَا سَتَرَهَا فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ أَجْزَأَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(269/7)

فِي ذَلِكَ ضِيقٌ قَالَ: وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ بَيَانُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَمْ يَصْبُغْ وَلَوْ صَبَغَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَأَرْسَلَتْ بِذَلِكَ عَائِشَةُ إلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ) .

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ التَّعَوُّذِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَلَغَنِي «أَنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنِّي أُرَوَّعُ فِي مَنَامِي فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: قُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّةِ مِنْ غَضَبِهِ وَعِقَابِهِ

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي صَبْغِ الشَّعْرِ]

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْأَسْوَدِ كَانَ أَبْيَضَ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ يُرِيدُ مِنْ الشَّيْبِ وَقَوْلُهُ فَغَدَا عَلَيْهِمْ

وَقَدْ حَمَّرَهُمَا يُرِيدُ خَضَّبَهُمَا بِالْحُمْرَةِ فَاسْتَحْسَنَ الْقَوْمُ ذَلِكَ مِنْهُ وَفَضَّلُوهُ عَلَى الْبَيَاضِ فَأَعْلَمَهُمْ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَقْسَمَتْ عَلَيْهِ لَيَصْبِغَنَّ وَأَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ يَصْبُغُ وَذَلِكَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ خَضَّبَ بِالْحِنَّاءِ وَالْكَتَمِ، وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ وَجَمَاعَةٍ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمْ يَخْضِبْ وَلَوْ خَضَبَ كَانَ تَعَلُّقُهَا بِفِعْلِهِ أَبْيَنَ وَأَوْضَحَ مِنْ تَعَلُّقِهَا بِفِعْلِ أَبِيهَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَإِنَّمَا ذَكَرَتْ لَهُ عَائِشَةُ فِي ذَلِكَ أَفْضَلَ مَا عَلِمَتْهُ وَنَدَبَتْهُ إلَى اتِّبَاعِهِ.

وَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي غَيْرِ الْمُوَطَّأِ لَمْ يَصْبُغْ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَلَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَلَا أُبَيّ بْنُ كَعْبٍ وَلَا السَّائِبُ بْنُ يَزِيدَ وَلَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ وَلَا ابْنُ شِهَابٍ.

وَقَالَ: عُثْمَانُ بْنُ مُوهَبٍ «رَأَيْت شَعْرَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَخْرَجَتْهُ إلَيَّ أُمُّ سَلَمَةَ مَخْضُوبًا بِالْحِنَّاءِ وَالْكَتَمِ» وَقِيلَ لِمُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ «أَكَانَ عَلِيٌّ يَخْضِبُ قَالَ: قَدْ خَضَبَ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -» فَيَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَزِيدَ بِهَذِهِ الْآثَارِ أَنَّهُ كَانَ يَجْعَلُ مِنْ ذَلِكَ فِي شَعْرِهِ بِمَا يُحَسِّنُهُ وَيُلَيِّنُهُ دُونَ أَنْ يَكُونَ شَعْرُهُ يَحْتَاجُ إلَى ذَلِكَ لِبَيَاضٍ وَمَعْنَى الْآثَارِ الَّتِي نَفَتْ الْخِضَابَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ شَعْرُهُ أَبْيَضَ يُغَيِّرُهُ الْخِضَابُ فَلَمْ يَكُنْ يَجْعَلُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجْعَلُهُ عَلَى وَجْهِ الْخِضَابِ الَّذِي يُغَيِّرُ الْبَيَاضَ، وَقَدْ قَالَ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ هَمَّامٍ قُلْت لِأَبِي الدَّرْدَاءِ «أَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَخْضِبُ فَقَالَ: يَا ابْنَ أَخِي مَا بَلَغَ مِنْهُ الشَّيْبُ بِالْخَضْبِ وَلَكِنَّهُ كَانَ مِنْهُ هَاهُنَا شَعَرَاتٌ بِيضٌ وَكَانَ يَغْسِلُهَا بِالْحِنَّاءِ وَالسِّدْرِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي صَبْغِ الشَّعْرِ بِالسَّوَادِ لَمْ أَسْمَعْ فِيهِ شَيْئًا مَعْلُومًا وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ فِي الْعُتْبِيَّةِ مَا عَلِمْت أَنَّ فِيهِ النَّهْيَ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الصَّبْغِ أَحَبُّ إلَيَّ يُرِيدُ أَنَّهُ صَبْغٌ لَمْ يَسْتَعْمِلْهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي شَعْرِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «فِي أَبِي قُحَافَةَ غَيِّرُوهُ وَجَنِّبُوهُ السَّوَادَ» ، وَالْحَدِيثُ لَيْسَ بِثَابِتٍ رَوَاهُ لَيْثُ بْنُ أَبِي سُلَيْمٍ وَقَدْ خَضَبَ بِالسَّوَادِ مِنْ الصَّحَابَةِ عُقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ وَالْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ وَخَضَبَ بِهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَجَمَاعَةٌ مِنْ التَّابِعِينَ وَالْأَوَّلُ أَكْثَرُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ وَتَرْكُ الصَّبْغِ كُلِّهِ وَاسِعٌ يُرِيدُ أَنَّ الصَّبْغَ لَيْسَ بِأَمْرٍ لَازِمٍ وَقَدْ تَرَكَ الصَّبْغَ جَمَاعَةٌ مِنْ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ

عَنْهُ – وَذَلِكَ عِنْدِي يَنْصَرِفُ إلَى وَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ أَمْرًا مُعْتَادًا بِبَلَدِ الْإِنْسَانِ فَيَسُوغُ لَهُ ذَلِكَ فَإِنَّ الْخُرُوجَ عَنْ الْأَمْرِ الْمُعْتَادِ يُشْهَرُ وَيُسْتَقْبَحُ وَالثَّانِي أَنَّ مِنْ النَّاسِ مَنْ يُجَمِّلُ شَيْبَهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ أَلْيَقَ بِهِ مِنْ الصَّبْغِ وَمِنْ النَّاسِ مَنْ لَا يُجَمِّلُ شَيْبَهُ وَيُسْتَشْنَعُ مَنْظَرُهُ فَكَانَ الصَّبْغُ أَجْمَلَ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ نَتْفِ الشَّيْبِ فَقَالَ: مَا عَلِمْتُهُ حَرَامًا وَتَرْكُهُ أَحَبُّ إلَيَّ وَقَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ مَا أُحِبُّ نَتْفَهُ وَأَكْرَهُ أَنْ يُقْرَضَ مِنْ أَصْلِهِ وَهُوَ يُشْبِهُ عِنْدِي النَّتْفَ.

[مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ التَّعَوُّذِ]

ِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَلَغَنِي «أَنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنِّي أُرَوَّعُ فِي مَنَامِي فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: قُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّةِ مِنْ غَضَبِهِ وَعِقَابِهِ

(270/7)

وَشَرِّ عِبَادِهِ وَمِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ وَأَنْ يَحْضُرُونِ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ «أُسْرِيَ بِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرَأَى عِفْرِيتًا مِنْ الْجِنِّ يَطْلُبُهُ بِشُعْلَةٍ مِنْ نَارٍ كُلَّمَا الْتَفَتَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَآهُ فَقَالَ: لَهُ جِبْرِيلُ أَفَلَا أُعَلِّمُك كَلِمَاتٍ تَقُولُهُنَّ إذَا قُلْتهنَّ طُفِئَتْ شُعْلَتُهُ وَخَرَّ لِفِيهِ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَلَى فَقَالَ: جِبْرِيلُ فَقُلْ أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْكَرِيمِ وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ اللَّاتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ مِنْ شَرِّ مَا نَزَلَ مِنْ السَّمَاءِ وَشَرِّ مَا يَعْرُجُ فِيهَا وَشَرِّ مَا ذَرَأَ فِي الْأَرْضِ وَشَرِّ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمِنْ فِتَنِ اللَّيْلِ وَمِنْ طَوَارِقِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إلَّا طَارِقًا يَطْرُقُ بِخَيْرٍ يَا رَحْمَنُ»)

[المنتقى]

وَشَرِّ عِبَادِهِ وَمِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ وَأَنْ يَحْضُرُونِ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ «أُسْرِيَ بِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَرَأَى عِفْرِيتًا مِنْ الْجِنِّ يَطْلُبُهُ بِشُعْلَةٍ مِنْ نَارٍ كُلَّمَا الْتَفَتَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَآهُ فَقَالَ: لَهُ جِبْرِيلُ أَفَلَا أُعَلِّمُك كَلِمَاتٍ تَقُولُهُنَّ إذَا قُلْتهنَّ طُفِئَتْ شُعْلَتُهُ وَخَرَّ لِفِيهِ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَلَى فَقَالَ: جِبْرِيلُ فَقُلْ أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْكَرِيمِ وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ اللَّاتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ مِنْ شَرِّ مَا نَزَلَ مِنْ السَّمَاءِ وَشَرِّ مَا يَعْرُجُ فِيهَا وَشَرِّ مَا ذَرَأَ

فِي الْأَرْضِ وَشَرِّ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمِنْ فِتَنِ اللَّيْلِ وَمِنْ طَوَارِقِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إلَّا طَارِقًا يَطْرُقُ بِخَيْرٍ يَا رَحْمَنُ»)

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّةِ وَصْفُهَا بِالتَّمَامِ عَلَى الْإِطْلَاقِ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُهَا نَقْصٌ وَإِنْ كَانَ كَلِمَاتُ غَيْرِهِ يَدْخُلُهَا النَّقْصُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ الْفَاضِلَةَ يُقَالُ فُلَانٌ تَامٌّ وَكَامِلٌ أَيْ فَاضِلٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الثَّابِتَ حُكْمُهَا قَالَ: اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ الْحُسْنَى عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ بِمَا صَبَرُوا} [الأعراف: 137] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ غَضَبِهِ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ غَضَبُ الْبَارِي تَعَالَى إرَادَتُهُ عُقُوبَةَ مَنْ غَضِبَ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَعِقَابُهُ رَاجِعٌ إلَى مَعْنًى وَاحِدٍ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَشَرِّ عِبَادِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ شَرَّ عَذَابِهِ مَا كَانَ فِي الْآخِرَةِ عَلَى وَجْهِ الِانْتِقَامِ وَالْغَضَبِ وَمَا كَانَ فِي الدُّنْيَا مِنْ الْأَمْرَاضِ وَالْآلَامِ عَلَى سَبِيلِ التَّكْفِيرِ لَا يُوصَفُ بِذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ عَذَابَهُ كُلَّهُ مِمَّا يُوصَفُ بِالشَّرِّ وَأَنَّ مَا كَانَ فِي الدُّنْيَا مِنْ الْأَمْرَاضِ وَالْآلَامِ مِمَّا يُكَفَّرُ بِهِ الْخَطَايَا لَا يُوصَفُ بِأَنَّهُ عَذَابٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَمِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ وَأَنْ يَحْضُرُونِ قَالَ: قَوْمٌ مَعْنَاهُ أَنْ تُصِيبَنِي بِشَرٍّ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَنْ يَحْضُرُونِ مِنْ قَوْلِهِمْ مَوْضِعٌ مُحْتَضَرٌ يُصَابُ النَّاسُ فِيهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ وَأَنْ يَحْضُرُونِ أَنْ يَكُونُوا مَعَ دُعَائِي فِي إبْعَادِهِمْ عَنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ مَمْنُوعٌ أَيْ بِهِ مَنْ يَمْنَعُهُ وَيَضُرُّ بِمَنْ يَكُونُ فِيهِ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ بِهِ لَمَمٌ فَقِيلَ لَهُ إنْ شِئْت أَنْ تَقْتُلَ صَاحِبَك فَقَالَ: لَا عِلْمَ لِي بِهَذَا وَهَذَا مِنْ الطِّبِّ قَالَ: وَكَانَ مَعْدِنٌ لَا يَزَالُ يُصَابُ فِيهِ إنْسَانٌ مِنْ قِبَلِ الْجِنِّ فَشَكَوْا ذَلِكَ إلَى زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ فَأَمَرَهُمْ بِالْأَذَانِ يُؤَذِّنُ كُلُّ إنْسَانٍ وَيَرْفَعُونَ أَصْوَاتَهُمْ فَفَعَلُوا فَانْقَطَعَ ذَلِكَ عَنْهُمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُمْ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قُلْ أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْكَرِيمِ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ مَعْنَى ذَلِكَ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِ الْبَارِي تَعَالَى أُمِرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَتَعَوَّذَ بِهَا.

وَقَالَ: أَبُو الْحَسَنِ الْمُحَارِبِي أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ أَعُوذُ بِاَللَّهِ وَقَوْلُهُ الْكَرِيمِ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ صِفَةً لِلْوَجْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ وَأَمَّا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ الَّتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لَا يُجَاوِزُهَا فِي

التَّمَامِ أَيْ لَا يَزِيدُ عَلَيْهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ لَا يَنْتَهِي عِلْمُ أَحَدٍ إلَى مَا يَزِيدُ عَلَيْهَا وَالْبَرُّ مَنْ كَانَ ذَا بِرٍّ مِنْ الْإِنْسِ وَغَيْرِهِمْ وَالْفَاجِرُ مَنْ كَانَ ذَا فُجُورٍ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ مِنْ شَرِّ مَا يَنْزِلُ مِنْ السَّمَاءِ وَشَرِّ مَا يَعْرُجُ فِيهَا يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مِنْ كُلِّ شَيْءٍ يَنْزِلُ مِنْ السَّمَاءِ فَيُصِيبُ أَهْلَ الْأَرْضِ، أَوْ يَعْرُجُ بِهِ إلَيْهَا يُرِيدُ يَعْرُجُ بِسَبَبِهِ فَيُعَاقِبُ أَهْلَ الْأَرْضِ، أَوْ بَعْضَهُمْ مِنْ أَجْلِهِ بِالشَّرِّ وَقَوْلُهُ وَشَرِّ مَا ذَرَأَ مِنْ الْأَرْضِ يُرِيدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ مَا خَلَقَهُ عَلَى ظَهْرِ الْأَرْضِ وَشَرِّ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِمَّا خَلَقَهُ فِي بَاطِنِهَا، ثُمَّ يُخْرِجُهُ مِنْهَا لِيُصِيبَ بِهِ مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَقَوْلُهُ: وَمِنْ فِتَنِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الَّتِي تُصِيبُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ أَوْ تُخْلَقُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْفِتَنَ الَّتِي سَبَبُهَا اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ مِمَّا يَسْتَعِينُ أَهْلُ الْفِتَنِ عَلَيْهَا بِاللَّيْلِ فَيَسْتَتِرُونَ بِهَا وَيَتَوَصَّلُونَ فِيهِ إلَيْهَا وَكَذَلِكَ النَّهَارُ وَقَوْلُهُ وَمِنْ طَوَارِقِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ الطَّارِقُ مَا جَاءَك لَيْلًا وَوَصْفُ مَا يَأْتِي بِالنَّهَارِ طَارِقًا عَلَى سَبِيلِ الْإِتْبَاعِ.

(271/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ قَالَ: مَا نِمْت هَذِهِ اللَّيْلَةَ فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أَيِّ شَيْءٍ فَقَالَ: لَدَغَتْنِي عَقْرَبٌ فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَا أَنَّك لَوْ قُلْت حِينَ أَمْسَيْت أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ لَمْ تَضُرَّك» مَالِكٌ عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ عَنْ الْقَعْقَاعِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّ كَعْبَ الْأَحْبَارِ قَالَ: لَوْلَا كَلِمَاتٌ أَقُولُهُنَّ لَجَعَلَتْنِي يَهُودُ حِمَارًا فَقِيلَ لَهُ: وَمَا هُنَّ فَقَالَ: أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْعَظِيمِ الَّذِي لَيْسَ شَيْءٌ أَعْظَمَ مِنْهُ وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ الَّتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ وَبِأَسْمَاءِ اللَّهِ الْحُسْنَى كُلِّهَا مَا عَلِمْت مِنْهَا وَمَا لَمْ أَعْلَمْ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ وَذَرَأَ وَبَرَأَ) .

مَا جَاءَ فِي الْمُتَحَابِّينَ فِي اللَّهِ تَعَالَى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَعْمَرٍ عَنْ أَبِي الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَيْنَ الْمُتَحَابُّونَ لِجَلَالِي الْيَوْمَ أُظِلُّهُمْ فِي ظِلِّي يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلِّي» مَالِكٌ عَنْ خُبَيْبِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ حَفْصِ بْنِ عَاصِمٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَوْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمْ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلُّهُ إمَامٌ عَادِلٌ وَشَابٌّ نَشَأَ فِي عِبَادَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَرَجُلٌ قَلْبُهُ مُعَلَّقٌ بِالْمَسْجِدِ إذَا خَرَجَ مِنْهُ حَتَّى يَعُودَ إلَيْهِ وَرَجُلَانِ تَحَابَّا فِي اللَّهِ

اجْتَمَعَا عَلَى ذَلِكَ وَتَفَرَّقَا وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِيًا فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ وَرَجُلٌ دَعَتْهُ ذَاتُ حَسَبٍ وَجَمَالٍ فَقَالَ: إنِّي أَخَافُ اللَّهَ وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا

[المنتقى]

وَلَمَّا كَانَ الطَّارِقُ يَأْتِي بِالشَّرِّ وَيَأْتِي بِالْخَيْرِ اسْتَثْنَى الطَّارِقَ الَّذِي يَأْتِي بِالْخَيْرِ فَإِنَّهُ رَغَّبَ فِي إتْيَانِهِ وَلَمْ يَسْتَعِذْ مِنْهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ مَالِكٍ وَسُئِلَ عَنْ هَذَا الْحَدِيثِ فِي التَّعَوُّذِ أَيُقَالُ ذَلِكَ ثَلَاثًا فَقَالَ: مَا سَمِعْت إلَّا كَذَا وَثَلَاثٌ أَفْضَلُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ قَالَ: مَا نِمْت هَذِهِ اللَّيْلَةَ فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ أَيِّ شَيْءٍ فَقَالَ: لَدَغَتْنِي عَقْرَبٌ فَقَالَ: لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَا أَنَّك لَوْ قُلْت حِينَ أَمْسَيْت أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ لَمْ تَضُرَّك» مَالِكٌ عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ عَنْ الْقَعْقَاعِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّ كَعْبَ الْأَحْبَارِ قَالَ: لَوْلَا كَلِمَاتٌ أَقُولُهُنَّ لَجَعَلَتْنِي يَهُودُ حِمَارًا فَقِيلَ لَهُ: وَمَا هُنَّ فَقَالَ: أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْعَظِيمِ الَّذِي لَيْسَ شَيْءٌ أَعْظَمَ مِنْهُ وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ الَّتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ وَبِأَسْمَاءِ اللَّهِ الْحُسْنَى كُلِّهَا مَا عَلِمْت مِنْهَا وَمَا لَمْ أَعْلَمْ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ وَذَرَأَ وَبَرَأَ) ش قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ لَوْ قُلْت أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ لَمْ يَضُرَّك يَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ اخْتَصَرَ اللَّفْظَ وَجَمَعَ الْمَعْنَى لَمَّا اعْتَقَدَ أَنَّهُ رُبَّمَا لَمْ يَضْبِطْ ذَلِكَ إذَا بَسَطَهُ وَبَسَطَ جِبْرِيلُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْقَوْلَ حِينَ عَلَّمَهُ ذَلِكَ الدُّعَاءَ عَلَى أَوْعَبِ أَلْفَاظِهِ لِمَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الْحِفْظِ وَاسْتِعْمَالِ أَكْثَرِ الذِّكْرِ وَأَفْضَلِهِ فَإِنَّ مَا زَادَ فِيهِ إنَّمَا هُوَ ذِكْرُ اللَّهِ تَعَالَى وَتَكْرِيرٌ لِلدُّعَاءِ وَكُلُّ ذَلِكَ حَسَنٌ مُرَغَّبٌ فِيهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ كَعْبِ الْأَحْبَارِ لَوْلَا كَلِمَاتٌ أَقُولُهُنَّ لَجَعَلَتْنِي يَهُودُ حِمَارًا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - لَبَلَّدَتْنِي وَأَضَلَّتْنِي عَنْ رُشْدِي حَتَّى أَكُونَ كَالْحِمَارِ الَّذِي لَا يَفْقَهُ شَيْئًا وَلَا يَفْهَمُهُ وَبِهِ يُضْرَبُ الْمَثَلُ فِي الْبَلَادَةِ وَقِلَّةِ الْمَعْرِفَةِ وَقَوْلُهُ وَبِأَسْمَاءِ اللَّهِ الْحُسْنَى يَحْتَمِلُ أَنْ يُشِيرَ إلَى قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: " وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى فَادْعُوهُ بِهَا " وَقَوْلُهُ: مَا عَلِمْت مِنْهَا وَمَا لَمْ أَعْلَمْ هَذَا إنَّمَا وَرَدَ فِي قَوْلِ كَعْبِ الْأَحْبَارِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مَا لَا يَعْرِفُهُ هُوَ وَإِنْ عَرَفَهُ غَيْرُهُ مِنْ النَّاسِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ فِيهَا مَا لَا يَعْرِفُهُ أَحَدٌ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «إنَّ لِلَّهِ تِسْعَةً وَتِسْعِينَ اسْمًا مِائَةً إلَّا وَاحِدًا مَنْ أَحْصَاهَا دَخَلَ الْجَنَّةَ» وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهَا مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُحْصَى وَيُعْلَمَ وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْمُتَحَابِّينَ فِي اللَّهِ تَعَالَى]

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَعْمَرٍ عَنْ أَبِي الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَيْنَ الْمُتَحَابُّونَ لِجَلَالِي الْيَوْمَ أُظِلُّهُمْ فِي ظِلِّي يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلِّي» مَالِكٌ عَنْ خُبَيْبِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ حَفْصِ بْنِ عَاصِمٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَوْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمْ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلُّهُ إمَامٌ عَادِلٌ وَشَابٌّ نَشَأَ فِي عِبَادَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَرَجُلٌ قَلْبُهُ مُعَلَّقٌ بِالْمَسْجِدِ إذَا خَرَجَ مِنْهُ حَتَّى يَعُودَ إلَيْهِ وَرَجُلَانِ تَحَابَّا فِي اللَّهِ اجْتَمَعَا عَلَى ذَلِكَ وَتَفَرَّقَا وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِيًا فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ وَرَجُلٌ دَعَتْهُ ذَاتُ حَسَبٍ وَجَمَالٍ فَقَالَ: إنِّي أَخَافُ اللَّهَ وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا

(272/7)

حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا تُنْفِقُ يَمِينُهُ») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إذَا أَحَبَّ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: لِجِبْرِيلَ قَدْ أَحْبَبْت فُلَانًا فَأَحِبَّهُ فَيُحِبُّهُ جِبْرِيلُ، ثُمَّ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ: إنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَبَّ فُلَانًا فَأَحِبُّوهُ فَيُحِبُّهُ أَهْلُ السَّمَاءِ، ثُمَّ يُوضَعُ لَهُ الْقَبُولُ فِي الْأَرْضِ» وَإِذَا أَبْغَضَ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: مَالِكٌ لَا أَحْسَبُهُ إلَّا أَنَّهُ قَالَ: فِي الْبُغْضِ مِثْلَ ذَلِكَ)

[المنتقى]

حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا تُنْفِقُ يَمِينُهُ») (ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَيْنَ الْمُتَحَابُّونَ لِجَلَالِي يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - لِعَظَمَتِهِ وَعُلُوِّ شَأْنِهِ وَتَحَابُّهُمْ بِذَلِكَ إنَّمَا هُوَ أَنْ يُحِبَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْآخَرَ لِطَاعَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِيمَانِهِ بِهِ وَامْتِثَالِهِ أَوَامِرَهُ وَانْتِهَائِهِ عَمَّا نَهَاهُ عَنْهُ فَهَذَانِ هُمَا الْمُتَحَابَّانِ فِي اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ الْيَوْمَ أُظِلُّهُمْ فِي ظِلِّي يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلِّي يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ النَّاسَ

يَضحُّونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَتَدْنُو الشَّمْسُ مِنهُمْ فَيَشْتَدُّ عَلَيْهِمْ الْحَرُّ وَلَا ظِلَّ ذَلِكَ الْيَوْمِ إلَّا ظِلُّهُ عَزَّ وَجَلَّ فَمَنْ أَظَلَّهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ ذَلِكَ الْيَوْمِ فَقَدْ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفَازَ.

وَقَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يَقُولُ أُكِنُّهُ مِنَ الْمَكَارِهِ كُلِّهَا وَأَكْنُفُهُ فِي كَنَفِي وَأُكْرِمُهُ وَلَمْ يُرِدْ بِهَذَا شَيْئًا مِنَ الظِّلِّ وَلَا الشَّمْسِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمْ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلُّهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ إمَامٌ عَادِلٌ وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ إمَامَ الْمُسْلِمِينَ وَمَنْ جَرَى مَجْرَاهُ مِنْ أَئِمَّةِ الْعَدْلِ وَالْحَاكِمِينَ بِالْعَدْلِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَشَابٌّ نَشَأَ فِي عِبَادَةِ اللَّهِ تَعَالَى يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ أَقَلُّ ذُنُوبًا وَأَكْثَرُ حَسَنَاتٍ مِمَّنْ نَشَأَ فِي غَيْرِ عِبَادَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، ثُمَّ عَبَدَهُ فِي آخِرِ عُمْرِهِ وَعِنْدَ شَيْخِهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجُلٌ قَلْبُهُ مُعَلَّقٌ بِالْمَسْجِدِ إذَا خَرَجَ مِنْهُ حَتَّى يَعُودَ إلَيْهِ مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يَنْوِي الرُّجُوعَ إلَيْهِ وَيَرْتَقِبُ وَقْتَ تَوَجُّهِهِ نَحْوَهُ فَهَذَا مِمَّا يَسْتَدِيمُ الْحَسَنَاتِ؛ لِأَنَّ مَنْ نَوَى حَسَنَةً فَلَمْ يَعْمَلْهَا كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةً وَإِنْ عَمِلَهَا كُتِبَتْ لَهُ عَشْرًا وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجُلَانِ تَحَابَّا فِي اللَّهِ اجْتَمَعَا عَلَى ذَلِكَ وَتَفَرَّقَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَالَ: مَالِكٌ الْحُبُّ فِي اللَّهِ وَالْبُغْضُ فِي اللَّهِ مِنْ الْفَرَائِضِ

وَاجْتِمَاعُهُمَا عَلَى مَعْنَى أَنَّهُمَا يَجْتَمِعَانِ بِسَبَبِ تَحَابِّهِمَا فِي اللَّهِ وَيَفْتَرِقَانِ عَلَى ذَلِكَ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ ثُبُوتَ مَحَبَّتِهِمَا حِينَ الِاجْتِمَاعِ وَالِافْتِرَاقِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ لِيَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَمَلٍ صَالِحٍ يَكُونُ الِانْفِرَادُ بِهِ أَفْضَلَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِيًا فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ خصَّ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْخَالِيَ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ أَبْعَدُ مِنْ الرِّيَاءِ وَالسُّمْعَةِ وَطَلَبِ الذِّكْرِ فَمَا كَانَ فِي حَالِ الْخَلْوَةِ مِنْ ذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَاسْتِشْعَارِ خَشْيَتِهِ حَتَّى تَفِيضَ عَيْنَاهُ فَإِنَّهُ خَالِصٌ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَشُوبُهُ غَيْرُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَرَجُلٌ دَعَتْهُ ذَاتُ حَسَبٍ وَجَمَالٍ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – دَعَتْهُ إلَى نَفْسِهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ وَيَعْرِفُ أَنَّهُ لَا يَقُومُ بِمَا يَجِبُ لَهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَدْعُوَهُ إلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَحِلُّ فَيَمْتَنِعُ مِنْهُ وَخَصَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ذَاتَ الشَّرَفِ وَالْجَمَالِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ فِيمَنْ اجْتَمَعَتْ لَهَا هَاتَانِ الصِّفَتَانِ أَرْغَبُ وَعَلَيْهَا أَحْرَصُ فَإِذَا قَالَ: إنِّي أَخَافُ اللَّهَ كَانَ امْتِنَاعُهُ لِمَخَافَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِيثَارًا لِمَا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: إنِّي أَخَافُ اللَّهَ أَنَّهُ قَالَ لَهَا ذَلِكَ وَرَاجَعَهَا بِهِ وَأَظْهَرَ لَهَا وَجْهَ امْتِنَاعِهِ عَلَيْهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ قَالَ: ذَلِكَ فِي نَفْسِهِ فَمَنَعَ نَفْسَهُ

بِذَلِكَ عَمَّا دَعَتْهُ إلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إذَا أَحَبَّ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: لِجِبْرِيلَ قَدْ أَحْبَبْت فُلَانًا فَأَحِبَّهُ فَيُحِبُّهُ جِبْرِيلُ، ثُمَّ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ: إنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَبَّ فُلَانًا فَأَحِبُّوهُ فَيُحِبُّهُ أَهْلُ السَّمَاءِ، ثُمَّ يُوضَعُ لَهُ الْقَبُولُ فِي الْأَرْضِ» وَإِذَا أَبْغَضَ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: مَالِكٌ لَا أَحْسَبُهُ إلَّا أَنَّهُ قَالَ: فِي الْبُغْضِ مِثْلَ ذَلِكَ) .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا أَحَبَّ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ مَحَبَّةُ اللَّهِ تَعَالَى لِلْعَبْدِ مَعْنَاهَا أَنْ يُرِيدَ إثَابَتَهُ وَقَوْلُهُ لِجِبْرِيلَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ –: قَدْ أَحْبَبْت فُلَانًا فَأَحِبَّهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى مَعْنًى أَنْ يَكُونَانِ مُتَحَابَّيْنِ فِي اللَّهِ فَإِنَّ جِبْرِيلَ يُحِبُّهُ اللَّهُ وَذَلِكَ الرَّجُلُ يُحِبُّ الْمَلَائِكَةَ وَأَهْلَ الطَّاعَةِ أَجْمَعِينَ وَأَهْلُ الْكُفْرِ يُعَادُونَ

(273/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي إدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «دَخَلْت مَسْجِدَ دِمَشْقَ فَإِذَا فَتًى شَابٌّ بَرَّاقُ الثَّنَايَا وَإِذَا النَّاسُ مَعَهُ إذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَسْنَدُوا إلَيْهِ وَصَدَرُوا عَنْ قَوْلِهِ فَسَأَلْت عَنْهُ فَقِيلَ هَذَا مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ هَجَّرْت فَوَجَدْته قَدْ سَبَقَنِي بِالتَّهْجِيرِ وَوَجَدْته يُصَلِّي قَالَ: فَانْتَظَرْته حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ، ثُمَّ جِئْته مِنْ قِبَلِ وَجْهِهِ فَسَلَّمْت عَلَيْهِ، ثُمَّ قُلْت: وَاَللَّهِ إنِّي لَأُحِبّكَ لِلَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ قَالَ: فَأَخَذَ بِحُبْوَةِ رِدَائِي فَجَبَذَنِي إلَيْهِ وَقَالَ: أَبْشِرْ فَإِنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ قَالَ: اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَجَبَتْ مَحَبَّتِي لِلْمُتَحَابِّينَ فِي وَالْمُتَجَالِسِينَ فِي وَالْمُتَزَاوِرِينَ فِي وَالْمُتَبَاذِلِينَ فِي») .

[المنتقى]

جِبْرِيلَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – قَالَ: اللَّهُ تَعَالَى {مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فَإِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ} [البقرة: 98] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، ثُمَّ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ جِبْرِيلَ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ ذَلِكَ لِأَهْلِ السَّمَاءِ كَمَا يَقُولُهُ لِجِبْرِيلَ أَوْ يَأْمُرُ مَنْ يُنَادِي فِيهِمْ بِذَلِكَ فَيُحِبُّهُ أَهْلُ السَّمَاءِ لِذَلِكَ كَمَا يُحِبُّهُ جِبْرِيلُ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ الْعَبْدُ مَعَ أَهْلِ السَّمَاءِ مِنْ

الْمُتَحَابِّينَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، ثُمَّ يُوضَعُ لَهُ الْقَبُولُ فِي الْأَرْضِ يُرِيدُ الْمَحَبَّةَ فِي النَّاسِ يُقَالُ فُلَانٌ مُنِحَ مِنْ فُلَانٍ قَبُولًا أَيْ رُزِقَ مِنْهُ مَحَبَّةً وَقَدْ قِيلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَيَجْعَلُ لَهُمُ الرَّحْمَنُ وُدًّا} [مريم: 96] .

وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: يُحِبُّهُمْ وَيُحَبِّبُهُمْ لِلنَّاسِ وَيُحَقِّقُ ذَلِكَ أَنَّ الْوُدَّ الْمَحَبَّةُ لَكِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ فَسَّرَ تِلْكَ الْمَحَبَّةَ بِمَحَبَّةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَمَحَبَّةِ الْعِبَادِ؛ لِأَنَّهَا الْمَحَبَّةُ الَّتِي يُنْتَفَعُ بِهَا وَيُمْكِنُ أَنْ يَمْتَنَّ الْبَارِي تَعَالَى عَلَى عِبَادِهِ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ بِهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِذَا أَبْغَضَ اللَّهُ الْعَبْدَ قَالَ: مَالِكٌ لَا أَحْسِبُهُ إلَّا أَنَّهُ قَالَ: فِي الْبُغْضِ مِثْلَ ذَلِكَ قَالَ: الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ مَعْنَى بُغْضِ اللَّهِ تَعَالَى لِلْعَبْدِ أَنَّهُ أَرَادَ عُقُوبَتَهُ وَظَنَّ مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ: فِي الْبُغْضِ عَلَى حَسَبِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ يَقُولُ تَعَالَى لِجِبْرِيلَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – إنِّي أَبْغَضْت فُلَانًا فَأَبْغِضْهُ فَيُبْغِضُهُ جِبْرِيلُ، ثُمَّ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ: إنَّ اللَّهَ يَبْغَضُ فُلَانًا فَأَبْغِضُوهُ، ثُمَّ يُوضَعُ لَهُ فِي الْأَرْضِ الْكَرَاهِيَةُ وَالِاجْتِنَابُ فِي نُفُوسِ النَّاسِ وَلَمْ يَتَحَقَّقْهُ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – تَحَقُّقَهُ لِمَا تَقَدَّمَ فَلِذَلِكَ أَخْبَرَ بِمَا عَلِمَ وَتَوَقَّفَ فِيمَا سِوَاهُ فَاقْتَضَى الْحَدِيثُ أَنَّ اتِّفَاقَ أَهْلِ الْأَرْضِ عَلَى مَحَبَّةِ الرَّجُلِ دَلِيلٌ عَلَى فَضْلِ مَالَهُ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، وَبُغْضُهُمْ لَهُ عَلَى حَسَبِ ذَلِكَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، وَإِنَّمَا يُرَادُ بِأَهْلِ الْأَرْضِ مَنْ عَرَفَهُ مِنْهُمْ دُونَ مَنْ لَمْ يَعْرِفْهُ وَلَمْ يَسْمَعْ بِهِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي إدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ: «دَخَلْت مَسْجِدَ دِمَشْقَ فَإِذَا فَتًى شَابٌّ بَرَّاقُ الثَّنَايَا وَإِذَا النَّاسُ مَعَهُ إذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَسْنَدُوا إلَيْهِ وَصَدَرُوا عَنْ قَوْلِهِ فَسَأَلْت عَنْهُ فَقِيلَ هَذَا مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ هَجَّرْت فَوَجَدْته قَدْ سَبَقَنِي بِالتَّهْجِيرِ وَوَجَدْته يُصَلِّي قَالَ: فَانْتَظَرْته حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ، ثُمَّ جِئْته مِنْ قِبَلِ وَجْهِهِ فَسَلَّمْت عَلَيْهِ، ثُمَّ قُلْت: وَاَللَّهِ إنِّي لَأُحِبُّكَ لِلَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ فَقَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ قَالَ: فَأَخَذَ بِحُبْوَةِ رِدَائِي فَجَبَذَنِي إلَيْهِ وَقَالَ: أَبْشِرْ فَإِنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ قَالَ: اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَجَبَتْ مَحَبَّتِي لِلْمُتَحَابِّينَ فِي وَالْمُتَجَالِسِينَ فِي وَالْمُتَزَاوِرِينَ فِي وَالْمُتَبَاذِلِينَ فِي») ش قَوْلُ أَبِي إدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ فَإِذَا فَتًى شَابٌّ بَرَّاقُ الثَّنَايَا قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ أَبْيَضَ الثَّغْرِ حَسَنَهُ وَقِيلَ مَعْنَاهُ كَثِيرُ التَّبَسُّمِ طَلْقُ الْوَجْهِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَقَوْلُهُ وَإِذَا النَّاسُ مَعَهُ إذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَسْنَدُوا إلَيْهِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – رَدُّوا إلَيْهِ النَّظَرَ فِيهِ وَالتَّحْكِيمَ لَهُ فِي تَصْحِيحِهِ مَا رَآهُ مِنْ أَقْوَالِهِمْ وَرَدَّ مَا يَرَى رَدَّهُ فَيَصْدُرُونَ عَنْ قَوْلِهِ يُرِيدُ يَصْدُرُونَ عَنْ ذَلِكَ الِاخْتِلَافِ إلَى الِاتِّفَاقِ عَلَى اتِّبَاعِ قَوْلِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَسَأَلْت عَنْهُ فَقِيلَ هَذَا مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ قَالَ: أَحْمَدُ بْنُ خَالِدٍ وَهَمَ أَبُو حَازِمٍ فِي هَذَا الْقَوْلِ وَإِنَّمَا هُوَ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رَوَاهُ شُعْبَةُ عَنْ يَعْلَى بْنِ عَطَاءٍ سَمِعْت الْوَلِيدَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يُحَدِّثُ عَنْ أَبِي إدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ: لَقِيت عُبَادَةَ بْنَ الصَّامِتِ وَذَكَرَ الْحَدِيثَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو حَازِمٍ عَنْ أَبِي إدْرِيسَ عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا مَا رَوَاهُ ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ الزُّهْرِيِّ عَنْ أَبِي إدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ أَدْرَكْت عُبَادَةَ بْنَ الصَّامِتِ وَأَبَا الدَّرْدَاءِ وَشَدَّادَ بْنَ أَوْسٍ وَفَاتَنِي مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ وَقَدْ قَالَ:

(274/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ الْقَصْدُ وَالتُّؤَدَةُ وَحُسْنُ السَّمْتِ جُزْءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ) .

[المنتقى]

الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ أَدْرَكَ أَبُو إدْرِيسَ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ وَهُوَ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ.

وَقَالَ: جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ هَذَا الشَّأْنِ وُلِدَ أَبُو إدْرِيسَ عَامَ حُنَيْنٍ وَتُوُفِّيَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ فِي طَاعُونِ عَمَوَاسَ وَكَانَ سَنَةَ ثَمَانِ عَشْرَةَ فَعَلَى هَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَمِعَ مِنْهُ هَذَا الْحَدِيثَ خَاصَّةً وَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي رِوَايَةِ الزُّهْرِيِّ فَاتَنِي مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ فَاتَتْهُ صُحْبَتُهُ وَلَنْ يَأْخُذَ عَنْهُ الْكَثِيرَ كَمَا صَحِبَ وَأَخَذَ الْكَثِيرَ عَنْ عُبَادَةَ بْنَ الصَّامِتِ وَأَبِي الدَّرْدَاءِ وَشَدَّادِ بْنِ أَوْسٍ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَهَجَّرْت إلَى الْمَسْجِدِ فَوَجَدْته قَدْ سَبَقَنِي بِالتَّهْجِيرِ وَوَجَدْته يُصَلِّي يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ الْوَقْتَ كَانَ مِمَّا يُصَلُّونَ فِيهِ النَّوَافِلَ وَيَقْصِدُونَهُ بِذَلِكَ.

وَقَدْ قَالَ: مَالِكٌ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ وَقْتٌ يَبْعُدُ عَنْ صَلَاةِ فَرْضٍ قَبْلَهُ وَوَقْتُ نَوْمِ النَّاسِ غَالِبًا كَالْمَسْجِدِ وَأَيْضًا فَإِنَّهُ وَقْتٌ وَلَيْس بَيْنَ الصَّلَاةِ الَّتِي قَبْلَهُ وَالصَّلَاةِ الَّتِي بَعْدَهُ اشْتِرَاكٌ فِي الْوَقْتِ فَاسْتُحِبَّ فِيهِ التَّنَفُّلُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقُلْت: وَاَللَّهِ إنِّي لَأُحِبُّك لِلَّهِ قَالَ: آللَّهِ فَقُلْت: آللَّهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْأَيْمَانَ كَانَتْ تَجْرِي عَلَى أَلْسِنَتِهِمْ عَلَى مَعْنَى تَحْقِيقِ الْخَبَرِ وَيُؤَكِّدُ بِتَكْرَارِهَا وَاسْتِدْعَاءِ تَأْكِيدِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَقَوْلُهُ فَأَخَذَ بِحُبْوَةِ رِدَائِي يُرِيدُ بِمَا

يَحْتَبِي بِهِ مِنْ الرِّدَاءِ وَهُوَ طَرَفَاهُ وَجَبَذَنِي إلَى نَفْسِهِ عَلَى مَعْنَى التَّقْرِيبِ لَهُ وَالتَّأْنِيسِ وَإِظْهَارِ الْقَبُولِ لِمَا أَخْبَرَ بِهِ وَتَبْشِيرِهِ بِمَا قَالَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَقَالَ: لَهُ أَبْشِرْ يُرِيدُ بِمَا أَنْتَ عَلَيْهِ فَإِنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ قَالَ: اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى مَعْنَى إضَافَةِ مَا يُبَشِّرُهُ إلَى خَبَرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ عَنْ رَبِّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَهُوَ أَصْدَقُ الْقَائِلِينَ لِتَحْقِيقِ أَبِي إدْرِيسَ مَا أَخْبَرَهُ بِهِ وَتَثِقُ نَفْسُهُ بِهِ فَتَتَأَكَّدُ بَصِيرَتُهُ وَمَذْهَبُهُ فِي ذَلِكَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ وَجَبَتْ مَحَبَّتِي يُرِيدُ ثَبَتَتْ إرَادَتِي لَهُمْ الثَّوَابَ الْجَزِيلَ لِلْمُتَحَابِّينَ وَالْمُتَجَالِسِينَ فِي يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ جُلُوسُهُمْ فِي ذَاتِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ التَّعَاوُنِ عَلَى ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِقَامَةِ حُدُودِهِ وَالْوَفَاءِ بِعَهْدِهِ وَالْقِيَامِ بِأَمْرِهِ وَبِحِفْظِ شَرَائِعِهِ وَاتِّبَاعِ أَوَامِرِهِ وَاجْتِنَابِ مَحَارِمِهِ وَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَالْمُتَزَاوِرِينَ فِي يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ زِيَارَةُ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ مِنْ أَجْلِهِ وَفِي ذَاتِهِ وَابْتِغَاءِ مَرْضَاتِهِ مِنْ مَحَبَّةٍ لِوَجْهِهِ أَوْ تَعَاوُنٍ عَلَى طَاعَتِهِ وَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَالْمُتَبَاذِلِينَ فِي يُرِيدُ يَبْذُلُونَ أَنْفُسَهُمْ فِي مَرْضَاتِهِ مِنْ الِاتِّفَاقِ عَلَى جِهَادِ عَدُوِّهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا أُمِرُوا بِهِ وَيُعْطِيهِ مَالَهُ إنْ احْتَاجَ إلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – الْقَصْدُ يُرِيدُ الِاقْتِصَادَ فِي الْأَمْرِ وَتَرْكَ الْغُلُوِّ وَالسَّرَفِ فِيهِ وَقَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ الْقَصْدَ فِي النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ وَجَمِيعِ شَأْنِهِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ قَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ سَمِعْت مَالِكًا يَذْكُرُ الْقَصْدَ وَفَضْلَهُ قَالَ: وَإِيَّاكَ مِنْ الْقَصْدِ مَا يَجِبُ أَنْ يَرْتَفِعَ بِهِ قِيلَ لَهُ لِمَ قَالَ: تَعَجَّبَ وَتَعَجَّبَ النَّاسُ وَقَوْلُهُ وَالتُّؤَدَةُ يُرِيدُ الرِّفْقَ وَالتَّأَنِّيَ.

وَقَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ حَتَّى يُحْكِمَ أُمُورَهُ، ثُمَّ يَدْخُلَ فِيهَا بِطَاعَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَقَوْلُهُ: وَحُسْنُ السَّمْتِ يُرِيدُ الطَّرِيقَةَ وَالدِّينَ وَأَصْلُ السَّمْتِ الطَّرِيقُ وَقَوْلُهُ جُزْءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ يُرِيدُ أَنَّ هَذِهِ مِنْ أَخْلَاقِ الْأَنْبِيَاءِ وَصِفَاتِهِمْ الَّتِي طُبِعُوا عَلَيْهَا وَأُمِرُوا بِهَا وَجُبِلُوا عَلَى الْتِزَامِهَا وَيُعْتَقَدُ أَنَّ هَذِهِ التَّجْزِئَةَ عَلَى مَا قَالَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَلَا يُدْرَى وَجْهُ ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَقَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَنْ كَانَ عَلَى هَذَا وَقَلَّ كَلَامُهُ إلَّا بِمَا يَعْنِيهِ كَانَ فِيهِ جُزْءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ.

(275/7)

مَا جَاءَ فِي الرُّؤْيَا (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الرُّؤْيَا الْحَسَنَةُ مِنْ الرَّجُلِ الصَّالِحِ جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ

جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمِثْلِ ذَلِكَ) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ زُفَرَ بْنِ صَعْصَعَةَ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إِذَا انْصَرَفَ مِنْ صَلَاةِ الْغَدَاةِ يَقُولُ هَلْ رَأَى أَحَدٌ مِنْكُمْ اللَّيْلَةَ رُؤْيَا وَيَقُولُ لَيْسَ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ إِلَّا الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ»)

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي الرُّؤْيَا]

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الرُّؤْيَا الْحَسَنَةُ مِنْ الرَّجُلِ الصَّالِحِ جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمِثْلِ ذَلِكَ)

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الرُّؤْيَا الْحَسَنَةُ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ الصَّادِقَةَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمُبَشِّرَةَ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ الرَّجُلِ الصَّالِحِ جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ وَصَفَهَا بِأَنَّهَا جُزْءٌ مِنْ النُّبُوَّةِ لِمَا كَانَ فِيهَا مِنْ الْإِنْبَاءِ بِمَا يَكُونُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى وَجْهٍ يَصِحُّ وَيَكُونُ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَقَدْ قَالَ: جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ لِلرُّؤْيَا مَلَكًا وُكِّلَ بِهَا يَرَى الرَّائِي مِنْ ذَلِكَ مَا فِيهِ تَنْبِيهٌ عَلَى مَا يَكُونُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ قِيلَ مَعْنَى هَذِهِ التَّجْزِئَةِ أَنَّ مُدَّةَ نَبِيِّنَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَتْ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ سَنَةً مِنْهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ كَانَتْ نُبُوَّتُهُ بِالرُّؤْيَا وَلِذَلِكَ رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – أَنَّهَا قَالَتْ: «أَوَّلُ مَا بُدِئَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الرُّؤْيَا الصَّادِقَةُ فَكَانَ لَا يَرَى رُؤْيَا إِلَّا جَاءَتْ مِثْلَ فَلَقِ الصُّبْحِ» وَسِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ ثَلَاثٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ وَقِيلَ إِنَّهَا جُزْءٌ مِنْ النُّبُوَّةِ عَلَى وَجْهٍ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَيْهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ جُزْءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ.

وَرَوَى عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ» وَمِثْلُهُ رَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ اخْتِلَافًا مِنْ الرُّوَاةِ وَحَدِيثُ أَنَسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ أَثْبَتُ مِنْ سَائِرِ الْأَحَادِيثِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْتَمَعَ بَيْنَهُمَا فَيُحْمَلُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا عَلَى الرُّؤْيَا الْجَلِيَّةِ وَيُحْتَمَلُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا عَلَى الرُّؤْيَا الْخَفِيَّةِ.

وَقَالَ: مُحَمَّدُ بْنُ جَرِيرٍ الطَّبَرِيُّ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ

يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رُؤْيَا الْمُؤْمِنِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ رُؤْيَا الْفَاسِقِ وَيَشْهَدُ لِهَذَا التَّأْوِيلِ قَوْلُهُ فِي حَدِيثِ أَنَسٍ وَحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الرُّؤْيَا الْحَسَنَةُ مِنْ الرَّجُلِ الصَّالِحِ جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ» فَخَصَّ بِذَلِكَ رُؤْيَا الرَّجُلِ الصَّالِحِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ أَنَّ الْجُزْءَ مِنْ السِّتَّةِ وَالْأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ هِيَ الرُّؤْيَا الْمُبَشِّرَةُ عَلَى مَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَطَاءٍ بَعْدَ هَذَا لِكَثْرَةِ تَكَرُّرِ هَذَا الصِّنْفِ مِنْ الرُّؤْيَا الصَّادِقَةِ وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْإِنْذَارِ وَالزَّجْرِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَنْوَاعِ يَكُونُ جُزْءًا مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ لِقِلَّةِ تَكَرُّرِهِ وَلِمَا يَكُونُ مِنْ جِنْسِهِ مِنْ قِبَلِ الشَّيْطَانِ تَحْزِينًا وَتَخْوِيفًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ زُفَرَ بْنِ صَعْصَعَةَ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا انْصَرَفَ مِنْ صَلَاةِ الْغَدَاةِ يَقُولُ هَلْ رَأَى أَحَدٌ مِنْكُمْ اللَّيْلَةَ رُؤْيَا وَيَقُولُ لَيْسَ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ إلَّا الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَا انْصَرَفَ مِنْ صَلَاةِ الْغَدَاةِ هَلْ رَأَى أَحَدٌ مِنْكُمْ اللَّيْلَةَ رُؤْيَا يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَرْجُوَ بِذَلِكَ رُؤْيَا مُبَشِّرَةً لَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلِلْمُسْلِمِينَ وَيَسْتَدْعِيَ ذَلِكَ مَنْ عِنْدَهُمْ فِيمَا رُبَّمَا تَوَقَّفَ عَنْهُ الْوَحْيُ فِيهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ تَعْلِيمَهُمْ الْعِبَادَةَ وَتَنْبِيهَهُمْ عَلَى فَضْلِهَا وَلِذَلِكَ كَانَ يَقُولُ لَيْسَ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ إلَّا الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ حَضًّا لَهُمْ عَلَى تَعْلِيمِهَا وَالِاهْتِبَالِ بِهَا لِيَبْقَى لَهُمْ بَعْدَهُ جُزْءٌ مِنْ

(276/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَنْ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ إلَّا سِتَّةً وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت أَبَا قَتَادَةَ بْنَ رِبْعِيٍّ يَقُولُ: سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ مِنْ اللَّهِ وَالْحُلْمُ مِنْ الشَّيْطَانِ فَإِذَا رَأَى أَحَدُكُمْ الشَّيْءَ يَكْرَهُهُ فَلْيَنْفُثْ عَنْ يَسَارِهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ إذَا اسْتَيْقَظَ، وَلْيَتَعَوَّذْ بِاَللَّهِ مِنْ شَرِّهَا فَإِنَّهَا لَنْ تَضُرَّهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَالَ: أَبُو سَلَمَةَ إنْ كُنْت لَأَرَى الرُّؤْيَا هِيَ أَثْقَلُ عَلَيَّ مِنْ الْجَبَلِ فَلَمَّا سَمِعْت هَذَا الْحَدِيثَ فَمَا كُنْت أُبَالِيهَا») (ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ {لَهُمُ الْبُشْرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ} [يونس: 64] قَالَ: هِيَ الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ يَرَاهَا الرَّجُلُ الصَّالِحُ أَوْ تُرَى لَهُ) .

[المنتقى]

النُّبُوَّةِ يُدْخِلُ عَلَيْهِمْ بِهَا مَسَرَّةً وَيَحُضُّهُمْ عَلَى مَصْلَحَةٍ وَيَزْجُرُهُمْ بِهَا عَنْ مَعْصِيَتِهِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا يُعَبِّرُ الرُّؤْيَا إلَّا مَنْ يُحْسِنُهَا، وَأَمَّا مَنْ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ وَلَا يُحْسِنُهَا فَلْيَتْرُكْ، وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ يُعَبِّرُ الرُّؤْيَا لِكُلِّ أَحَدٍ قَالَ: أَبِالنُّبُوَّةِ يَلْعَبُ قِيلَ لَهُ أَفَيُعَبِّرُهَا عَلَى الْخَيْرِ وَهِيَ عِنْدَهُ عَلَى الشَّرِّ لِقَوْلِ مَنْ قَالَ: إنَّ الرُّؤْيَا عَلَى مَا أُوِّلَتْ فَقَالَ: لَا إنَّ الرُّؤْيَا جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ النُّبُوَّةِ أَفَيَتَلَاعَبُ بِأَمْرٍ مِنْ أُمُورِ النُّبُوَّةِ.

وَقَدْ قَالَ: أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي رُؤْيَا عَائِشَةَ لَمَّا مَاتَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - هَذَا وَاحِدٌ مِنْ أَقْمَارِك وَهُوَ خَيْرُهُمْ وَكَرِهَ أَنْ يَتَكَلَّمَ أَوَّلًا وَإِنَّمَا يَنْبَغِي لِلْعَابِرِ إنْ رَأَى خَيْرًا أَنْ يَذْكُرَهُ وَإِنْ رَأَى مَكْرُوهًا قَالَ: خَيْرًا أَوْ صَمَتَ وَقَالَ: جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَعْنَى قَوْلِهِ خَيْرًا أَنْ يَقُولَ خَيْرًا لَنَا وَشَرًّا لِعَدُوِّنَا.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَنْ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ إلَّا سِتَّةً وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ») .

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَنْ يَبْقَى بَعْدِي مِنْ النُّبُوَّةِ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ النُّبُوَّةَ الْكَامِلَةَ قَدْ خُتِمَتْ بِهِ فَإِذَا قُبِضَ قُبِضَ جَمِيعُهَا وَإِنْ بَقِيَ مِنْهَا جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا وَهِيَ الْمُبَشِّرَاتُ وَذَلِكَ الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهَا أَنَّهَا مَا يُبَشَّرُ بِهِ الرَّجُلُ الصَّالِحُ بِمَا يَرَاهُ هُوَ لِنَفْسِهِ، أَوْ يَرَاهُ غَيْرُهُ لَهُ مِنْ صَلَاحِ بَالٍ وَتَخَلُّصٍ مِنْ شِدَّةٍ فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ جُزْءًا مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنْ النُّبُوَّةِ وَإِنْ كَانَ غَيْرُهَا مِنْ الرُّؤْيَا الصَّادِقَةِ تَتَجَزَّأُ عَلَى غَيْرِ هَذَا التَّجَزِّي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْت أَبَا قَتَادَةَ بْنَ رِبْعِيٍّ يَقُولُ: سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ «الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ مِنْ اللَّهِ وَالْحُلْمُ مِنْ الشَّيْطَانِ فَإِذَا رَأَى أَحَدُكُمْ الشَّيْءَ يَكْرَهُهُ فَلْيَنْفُثْ عَنْ يَسَارِهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ إذَا اسْتَيْقَظَ، وَلْيَتَعَوَّذْ بِاَللَّهِ مِنْ شَرِّهَا فَإِنَّهَا لَنْ تَضُرَّهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَالَ: أَبُو سَلَمَةَ إنْ كُنْت لَأَرَى الرُّؤْيَا هِيَ أَثْقَلُ عَلَيَّ مِنْ الْجَبَلِ فَلَمَّا سَمِعْت هَذَا الْحَدِيثَ فَمَا كُنْت أُبَالِيهَا») .

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ يَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمُبَشِّرَةَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الصَّادِقَةَ مِنْ اللَّهِ تَعَالَى وَالْحُلْمُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا يُحْزِنُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْكَاذِبَةَ مِنْ الشَّيْطَانِ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يُخَيِّلُ بِهَا لِيُغَرَّ، أَوْ لِيُحْزَنَ فَالرُّؤْيَا مِنْ اللَّهِ تَعَالَى وَالْحُلْمُ مِنْ الشَّيْطَانِ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ: الرُّؤْيَا هِيَ رُؤْيَةُ مَا يَتَأَوَّلُ عَلَى الْخَيْرِ وَالْأَمْرُ الَّذِي يَسُرُّ بِهِ الْحُلْمُ هُوَ الْأَمْرُ الْفَظِيعُ الْمَجْهُولُ

يُرِيهِ الشَّيْطَانُ لِلْمُؤْمِنِ لِيُحْزِنَهُ وَلِيُكَدِّرَ عَيْشَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا رَأَى أَحَدُكُمْ الشَّيْءَ يَكْرَهُهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ يُخِيفُهُ وَيُحْزِنُهُ فَلْيَنْفُثْ عَنْ يَسَارِهِ وَلْيَتَعَوَّذْ بِاَللَّهِ مِنْ شَرِّهَا فَإِنَّهَا لَنْ تَضُرَّهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى جَعَلَ هَذَا مَا يَدْفَعُ بِهِ مَضَرَّةَ الشَّيْطَانِ وَحُزْنَهُ وَذَلِكَ يَكُونُ؛ لِأَنَّ الْمُؤْمِنَ الْوَاثِقَ بِفَضْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إذَا فَعَلَ هَذَا زَالَ عَنْهُ شُغْلُ الْبَالِ بِهَا وَرَجَعَ إلَى التَّوَكُّلِ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ جَلَّ ذِكْرُهُ قَدْ قَدَّرَ أَنَّهُ إذَا فَعَلَ هَذَا وَتَعَوَّذَ بِاَللَّهِ أَنَّهُ لَا يُصِيبُهُ شَيْءٌ مِمَّا رَآهُ فِي مَنَامِهِ وَأَنَّهُ إنْ تَرَكَ ذَلِكَ وَلَهَا عَنْهُ أَصَابَهُ مَا رَآهُ فِي مَنَامِهِ كَمَا قُدِّرَ أَنَّ الدَّاعِيَ إذَا دَعَا صُرِفَ عَنْهُ الْبَلَاءُ وَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَدْعُ لَنَزَلَ بِهِ ذَلِكَ الْبَلَاءُ قَالَ: عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ إنَّ مَنْ رَأَى ذَلِكَ نَفَثَ عَنْ يَسَارِهِ ثَلَاثًا، ثُمَّ يَقُولُ أَعُوذُ بِمَنْ اسْتَعَاذَتْ بِهِ مَلَائِكَتُهُ وَرُسُلُهُ مِنْ شَرِّ مَا رَأَيْت فِي مَنَامِي هَذَا أَنْ يُصِيبَنِي مِنْهُ شَيْءٌ أَكْرَهُهُ، ثُمَّ يَتَحَوَّلُ إلَى جَانِبِهِ الْآخَرِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ {لَهُمُ الْبُشْرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الآخِرَةِ} [يونس: 64] قَالَ: هِيَ الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ يَرَاهَا الرَّجُلُ الصَّالِحُ أَوْ تُرَى لَهُ) .

(ش) : قَوْلُهُ فِي مَعْنَى هَذِهِ الْآيَةِ لَهُمْ الْبُشْرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا أَنَّهُ مَا يَرَاهُ الرَّجُلُ الصَّالِحُ، أَوْ يُرَى لَهُ مِنْ الْمَقَامِ الصَّالِحِ يُرِيدُ الْمُبَشَّرِ لَهُ فَهَذَا عِنْدَهُ

(277/7)

مَا جَاءَ فِي النَّرْدِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي هِنْدٍ عَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ» .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: لَا خَيْرَ فِي الشِّطْرَنْجِ وَكَرِهَهَا وَسَمِعْته يَكْرَهُ اللَّعِبَ بِهَا وَيَعُدُّهَا مِنْ الْبَاطِلِ وَيَتْلُو هَذِهِ الْآيَةَ {فَمَاذَا بَعْدَ الحَقِّ إِلا الضَّلالُ} [يونس: 32] .

[المنتقى]

مَعْنَى الْبُشْرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا لِمَنْ عَدِمَ النُّبُوَّةَ، أَوْ مِنْ مُقْتَضَى الْبُشْرَى وَأَمَّا فِي الْآخِرَةِ فَمَا تَتَلَقَّاهُمْ بِهِ الْمَلَائِكَةُ عِنْدَ شَدَائِدِ الْقِيَامَةِ مِنْ التَّأْنِيسِ لَهُمْ وَالْبِشَارَةِ قَالَ: اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَتَتَلَقَّاهُمُ المَلائِكَةُ هَذَا يَوْمُكُمُ الَّذِي كُنْتُمْ تُوعَدُونَ} [الأنبياء: 103] .

[مَا جَاءَ فِي النَّرْدِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ» النَّرْدُ نَوْعٌ مِنْ اللَّعِبِ مِثْلُهُ شَاغِلٌ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَقَدْ عَصَى اللَّهَ» أَخْبَرَ أَنَّ مَنْ لَعِبَ بِهَا عَاصٍ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَذَلِكَ يَقْتَضِي النَّهْيَ عَنْ اللَّعِبِ وَهَذَا عَامٌّ فِي اللَّعِبِ بِهَا عَلَى أَيِّ وَجْهٍ كَانَ مِنْ قِمَارٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ وَلَا بِالشِّطْرَنْجِ حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ، زَادَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ كَرِهَ مَالِكٌ كُلَّ مَا يُلْعَبُ بِهِ مِنْ النَّرْدِ وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ وَكَرِهَ الشِّطْرَنْجَ.

وَقَالَ: هِيَ إلْهَاءُ وَشَرٌّ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُلْهِي عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى غَالِبًا وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الْمَيْسِرِ يُقْصَدُ بِهِ الْمُبَالَغَةُ فِيمَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهَا مِنْ عَمَلِ دِينٍ وَلَا دُنْيَا، وَقَدْ عَلَّقَ الْبَارِي تَعَالَى تَحْرِيمَ الْخَمْرِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى فَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ {إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ} [المائدة: **91**] .

وَمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُغَفَّلٍ وَالشَّعْبِيِّ وَعِكْرِمَةَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَلْعَبُونَ بِالنَّرْدِ وَأَنَّ الشَّعْبِيَّ كَانَ يَلْعَبُ بِالشِّطْرَنْجِ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلَوْ ثَبَتَ لَحُمِلَ عَلَى أَنَّهُمْ لَمْ يَعْلَمُوا النَّهْيَ وَأَغْفَلُوا النَّظَرَ وَأَخْطَئُوا فِيهِ.

وَرُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ وَابْنِ شِهَابٍ إجَازَةُ اللَّعِبِ بِالنَّرْدِ وَذَلِكَ كُلُّهُ غَيْرُ ثَابِتٍ عَمَّنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وَإِنَّمَا هِيَ أَخْبَارٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا أَهْلُ الْبَطَالَةِ حِرْصًا عَلَى تَخْفِيفِ مَا هُمْ عَلَيْهِ مِنْ الْبَاطِلِ، وَاَللَّهُ الْمُسْتَعَانُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ عَنْ أُمِّهِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ بَلَغَهَا أَنَّ أَهْلَ بَيْتٍ فِي دَارِهَا كَانُوا سُكَّانًا فِيهَا عِنْدَهُمْ نَرْدٌ فَأَرْسَلَتْ إلَيْهِمْ إنْ لَمْ تُخْرِجُوهَا لَأُخْرِجَنَّكُمْ مِنْ دَارِي وَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ.

مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ إذَا وَجَدَ أَحَدًا مِنْ أَهْلِهِ يَلْعَبُ بِالنَّرْدِ ضَرَبَهُ وَكَسَرَهَا) .

(ش) : قَوْلُهَا إنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَتْ لِسُكَّانِ دَارِهَا لَئِنْ لَمْ تُخْرِجُوا النَّرْدَ لَأُخْرِجَنَّكُمْ مِنْ دَارِي عَلَى مَعْنَى الْمُبَاعَدَةِ لِلَّاعِبِ بِهَا وَتَطْهِيرِ دَارِهَا عَنْ بَاطِلِهَا، وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُجْلَسَ مَعَ اللَّاعِبِ بِهَا وَيُنْظَرَ إلَيْهَا قَالَ: لِأَنَّ الْجُلُوسَ إلَيْهِمْ وَالنَّظَرَ يَدْعُو إلَى الْمُشَارَكَةِ فِيهَا وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ أَيُسَلِّمُ عَلَى اللَّاعِبِ بِهَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ الذَّنْبِ الَّذِي يَمْنَعُ السَّلَامَ قَالَ مَالِكٌ هُمْ أَهْلُ السَّلَامِ وَإِذَا بُولِغَ فِي هَذَا ذَهَبَ كُلَّ مَذْهَبٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَكْرَهُهَا وَيَضْرِبُ مَنْ وَجَدَ مِنْ أَهْلِهِ يَلْعَبُ بِهَا وَأَمَّا كَسْرُهَا فَعَلَى وَجْهِ الْمَنْعِ مِنْ اتِّخَاذِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا مَنْفَعَةَ فِيهَا وَإِبْقَاؤُهَا دَاعٍ إلَى مُعَاوَدَتِهَا، وَأَمَّا مَنْ ضَرَبَ مَنْ كَانَ يَلْعَبُ بِهَا مِنْ أَهْلِهِ

فَعَلَى سَبِيلِ التَّأْدِيبِ وَالزَّجْرِ لَهُمْ عَنْهَا وَيَخُصُّ أَهْلَهُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ عَلَيْهِمْ التَّبَسُّطُ مِنْ التَّأْدِيبِ كَمَا يُؤَدِّبُ الرَّجُلُ وَلَدَهُ وَيَمْنَعُهُ لِذَلِكَ مِنْ مَسَاوِي الْأَخْلَاقِ وَالْأَعْمَالِ السَّيِّئَةِ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ مَبْلَغًا يَجِبُ فِيهَا حَدٌّ وَلَا تَعْزِيرٌ يَسْتَوْفِيهِ حَاكِمٌ.

(ش) : وَأَمَّا كَرَاهِيَةُ اللَّعِبِ بِهَا جُمْلَةً فَلَا خِلَافَ عِنْدَ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا لِقِمَارٍ كَانَ أَوْ لِغَيْرِ قِمَارٍ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ اللَّعِبَ بِهَا يُؤَدِّي إلَى الْقِمَارِ أَوْ الْحَلِفِ كَاذِبًا وَتَرْكِ الصَّلَاةِ، وَلَا يُعْتَبَرُ بِقَوْلِ مَنْ قَالَ: إنَّ

(278/7)

الْعَمَلُ فِي السَّلَامِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «يُسَلِّمُ الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي، وَإِذَا سَلَّمَ مِنْ الْقَوْمِ أَحَدٌ أَجْزَأَ عَنْهُمْ»

[المنتقى]

الْإِكْثَارَ مِنْهَا يُؤَدِّي إلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهَا يُؤَدِّي غَالِبًا إلَى كَثِيرِهَا فَيَجِبُ حَسْمُ الْبَابِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ لَعِبَ بِهَا قِمَارًا مَرَّةً وَاحِدَةً لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إنْ كَانَتْ مَحَاسِنُهُ أَكْثَرَ مِنْ مَسَاوِيهِ وَلَمْ تَظْهَرْ مِنْهُ كَبِيرَةٌ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُ أَنَّ هَذَا قِمَارٌ مُحَرَّمٌ وَعَمَلٌ بَاطِلٌ فَوَجَبَ أَنْ يُسْقِطَ الشَّهَادَةَ كَالْمَيْسِرِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ لَعِبَ بِهَا عَلَى غَيْرِ الْقِمَارِ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ عِنْدَ مَالِكٍ إنْ أَدْمَنَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ إدْمَانٌ لِلْبَاطِلِ وَمَا لَا يَخْلُو الْمُدْمِنُ عَلَيْهِ مِنْ الْأَيْمَانِ الْحَانِثَةِ وَالِاشْتِغَالِ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَعَنْ الصَّلَاةِ بِلَهْوٍ كَاتِّخَاذِ الْأَغَانِي وَالْقِيَانِ فَأَمَّا مَنْ لَعِبَ بِهِ فِي النَّادِرِ فَبِئْسَ مَا صَنَعَ وَيُسْتَحَبُّ لَهُ تَرْكُ ذَلِكَ وَلَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا الْمَسْأَلَةُ فِي الشَّهَادَاتِ مَا هُوَ أَوْعَبُ مِنْ هَذَا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[الْعَمَلُ فِي السَّلَامِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُسَلِّمُ الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي» مَعْنَاهُ يَبْدَؤُهُ بِالسَّلَامِ ثُمَّ يُجِيبُهُ الْآخَرُ فَيَرُدُّ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ ابْتِدَاءُ السَّلَامِ سُنَّةٌ وَرَدُّهُ وَاجِبٌ فَأَمَّا ابْتِدَاؤُهُ فَمَا رَوَى مُعَاوِيَةُ بْنُ سُوَيْد بْنِ مُقَرِّنٍ عَنْ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ «أَمَرَنَا النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِسَبْعٍ بِعِيَادَةِ

الْمَرِيضِ وَاتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَتَشْمِيتِ الْعَاطِسِ وَنَصْرِ الضَّعِيفِ وَعَوْنِ الْمَظْلُومِ وَافَشَاءِ السَّلَامِ وَإِبْرَارِ الْقَسَمِ»
.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الرَّدُّ فَلِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا} [النساء: **86**] قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قِيلَ: إنَّ ذَلِكَ فِي السَّلَامِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّهُ قَدْ تَعَيَّنَ حَقُّ الْمُسَلِّمِ عَلَى الْمُسَلَّمِ عَلَيْهِ بِمَا بَدَأَ بِهِ مِنْ السَّلَامِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ السَّلَامِ أَنْ يَقُولَ الْمُسَلِّمُ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَيَقُولُ الرَّادُّ وَعَلَيْكُمْ السَّلَامُ أَوْ يَقُولُ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ كَمَا قِيلَ لَهُ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَكَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يَقُولَ الرَّادُّ سَلَامُ اللَّهِ عَلَيْك وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى مَعْمَرٌ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «خَلَقَ اللَّهُ آدَمَ عَلَى صُورَتِهِ طُولُهُ سِتُّونَ ذِرَاعًا فَلَمَّا خَلَقَهُ قَالَ اذْهَبْ فَسَلِّمْ عَلَى أُولَئِكَ لِنَفَرٍ مِنْ الْمَلَائِكَةِ جُلُوسٍ فَاسْمَعْ مَا يُحَيُّونَك بِهِ فَإِنَّهَا تَحِيَّتُك وَتَحِيَّةُ ذُرِّيَّتِك، فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ؛ فَقَالُوا: السَّلَامُ عَلَيْك وَرَحْمَةُ اللَّهِ» وَهَذَا الَّذِي وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلامٌ عَلَيْكُمْ} [الأنعام: **54**] .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُسَلِّمُ الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي» يُرِيدُ أَنَّهُ شُرِعَ فِي حَقِّهِ أَنْ يَبْدَأَ بِالسَّلَامِ وَذَلِكَ يَكُونُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إذَا تَسَاوَيَا فِي الْمُرُورِ سَلَّمَ الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي؛ لِأَنَّهُ أَرْفَعُ حَالًا مِنْهُ فِي أَمْرِ الدُّنْيَا فَتَرْكُهُ السَّلَامَ عَلَى مَنْ فَضُلَ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا مِنْ بَابِ الْكِبْرِ، وَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا جَالِسًا وَالْآخَرُ مَارًّا سَلَّمَ الْمَارُّ عَلَى الْجَالِسِ، وَإِذَا اسْتَوَيَا فِي الْمُرُورِ وَالِالْتِقَاءِ بَدَأَ بِالسَّلَامِ مَنْ كَانَ حَقُّهُ أَقَلَّ عَلَى مَنْ كَانَ حَقُّهُ أَفْضَلَ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مِنْ بَابِ الدِّينِ وَالْفَضْلِ.

رَوَى ثَابِتٌ مَوْلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُسَلِّمُ الصَّغِيرُ عَلَى الْكَبِيرِ وَيُسَلِّمُ الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي وَالْمَاشِي عَلَى الْقَاعِدِ وَالْقَلِيلُ عَلَى الْكَثِيرِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَإِذَا سَلَّمَ مِنْ الْقَوْمِ وَاحِدٌ أَجْزَأَ عَنْهُمْ» قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ لَا خِلَافَ أَنَّ ابْتِدَاءَ السَّلَامِ سُنَّةٌ أَوْ فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ إذَا قَامَ بِهِ بَعْضُهُمْ سَقَطَ عَنْ بَعْضٍ وَأَنَّ رَدَّ السَّلَامِ فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ فَإِنْ سَلَّمَ وَاحِدٌ مِنْ الْجَمَاعَةِ أَجْزَأَ عَنْهُمْ، وَإِنْ رَدَّ وَاحِدٌ مِنْ الْجَمَاعَةِ أَجْزَأَ عَنْهُمْ

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُلْزِمُ جَمِيعَهُمْ الرَّدَّ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ، وَإِذَا سَلَّمَ وَاحِدٌ مِنْ الْجَمَاعَةِ أَجْزَأَ

(279/7)

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَطَاءٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْت جَالِسًا عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَدَخَلَ عَلَيْهِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ ثُمَّ زَادَ شَيْئًا مَعَ ذَلِكَ أَيْضًا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ قَدْ ذَهَبَ بَصَرُهُ مَنْ هَذَا قَالُوا هَذَا الْيَمَانِيُّ الَّذِي يَغْشَاك فَعَرَّفُوهُ إيَّاهُ، قَالَ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ إنَّ السَّلَامَ انْتَهَى إلَى الْبَرَكَةِ) .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يُسَلَّمُ عَلَى الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: أَمَّا الْمُتَجَالَّةُ فَلَا أَكْرَهُ ذَلِكَ وَأَمَّا الشَّابَّةُ فَلَا أُحِبُّ ذَلِكَ) .

مَا جَاءَ فِي السَّلَامِ عَلَى الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ الْيَهُودَ إذَا سَلَّمَ عَلَيْكُمْ أَحَدُهُمْ فَإِنَّمَا يَقُولُ السَّامُّ عَلَيْكُمْ فَقُلْ عَلَيْك»

[المنتقى]

عَنْهُمْ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ هَذَا سَلَامٌ هُوَ شِعَارُ الشَّرْعِ فَنَابَ فِيهِ الْوَاحِدُ عَنْ الْجَمَاعَةِ كَسَلَامِ الْمُبْتَدِئِ بِهِ.

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَطَاءٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْت جَالِسًا عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَدَخَلَ عَلَيْهِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ ثُمَّ زَادَ شَيْئًا مَعَ ذَلِكَ أَيْضًا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ قَدْ ذَهَبَ بَصَرُهُ مَنْ هَذَا قَالُوا هَذَا الْيَمَانِيُّ الَّذِي يَغْشَاك فَعَرَّفُوهُ إيَّاهُ، قَالَ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ إنَّ السَّلَامَ انْتَهَى إلَى الْبَرَكَةِ) .

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – إنَّ السَّلَامَ انْتَهَى إلَى الْبَرَكَةِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ فِيهِ، وَإِنَّمَا هِيَ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ فَمَنْ اقْتَصَرَ عَلَى بَعْضِهَا أَجْزَأَهُ وَمَنْ اسْتَوْعَبَهَا فَقَدْ بَلَغَ الْغَايَةَ مِنْهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ عَلَيْهَا.

وَقدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: أَكْثَرُ مَا يَنْتَهِي السَّلَامُ إلَى الْبَرَكَةِ يُرِيدُ أَنْ لَا يُزَادَ عَلَى ذَلِكَ، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنْ لَا يُغَيِّرَ اللَّفْظُ وَهَذَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِابْتِدَاءِ السَّلَامِ أَوْ رَدِّهِ وَأَمَّا الدُّعَاءُ فَلَا غَايَةَ لَهُ إلَّا الْمُعْتَادُ الَّذِي يَلِيقُ بِكُلِّ طَائِفَةٍ مِنْ النَّاسِ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا الْمُصَافَحَةُ بِالْيَدِ فَقَدْ حَكَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمُصَافَحَةَ حَسَنَةٌ وَقَالَ فِي الْمُخْتَصَرِ: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: إنَّ النَّاسَ لَيَفْعَلُونَ ذَلِكَ وَأَمَّا أَنَا فَلَا أَفْعَلُهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ فِي الْمَنْعِ بِمَا رُوِيَ أَنَّ السَّلَامَ انْتَهَى إلَى الْبَرَكَةِ فَالزِّيَادَةُ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ مَمْنُوعَةٌ كَالْمُعَانَقَةِ وَأَجَازَهَا أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ.

وَقَدْ رَوَى قَتَادَةُ قُلْت لِأَنَسٍ أَكَانَتْ الْمُصَافَحَةُ فِي أَصْحَابِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ نَعَمْ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ مَنْ كَرِهَ الْمُعَانَقَةَ وَمَنْ أَجَازَهَا مِنْ قَبْلُ بِمَا يُغْنِي عَنْ تَكْرَارِهِ هَهُنَا، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(ش) : مَعْنَى ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ الْمُتَجَالَّةَ الْهَرِمَةَ لَا فِتْنَةَ فِي كَلَامِهَا وَلَا يَتَسَبَّبُ بِهِ إلَى مَحْظُورٍ بِخِلَافِ الشَّابَّةِ فَإِنَّ فِي مُكَالَمَتِهَا فِتْنَةً وَيَتَسَبَّبُ بِهِ إلَى الْمَحْظُورِ وَالسَّلَامُ عَلَيْهَا يَقْتَضِي رَدَّهَا وَذَلِكَ مِنْ بَابِ الْمُكَالَمَةِ وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ السَّلَامَ شِعَارُ الْإِسْلَامِ شُرِعَ إفْشَاؤُهُ عِنْدَ لِقَاءِ كُلِّ مُسْلِمٍ مِمَّنْ عَرَفْت وَمِمَّنْ لَمْ تَعْرِفْ إلَّا أَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ مَا يُخَافُ مِنْ الْفِتْنَةِ وَالتَّعْرِيضِ لِلْفُسُوقِ كَمَا مُنِعَ مِنْ الرُّؤْيَةِ بِمِثْلِ ذَلِكَ وَأُمِرَ بِالْحِجَابِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو الْخَيْرِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَيُّ الْإِسْلَامِ خَيْرٌ؟ قَالَ: تُطْعِمُ الطَّعَامَ وَتَقْرَأُ السَّلَامَ عَلَى مَنْ عَرَفْت وَمَنْ لَمْ تَعْرِفْ» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا بَأْسَ أَنْ تَجْلِسَ الْمُتَجَالَّةُ عِنْدَ الصَّانِعِ لِبَعْضِ حَوَائِجِهَا وَلَا يَنْبَغِي ذَلِكَ لِلشَّابَّةِ، قَالَ مَالِكٌ وَيَمْنَعُهُنَّ مِنْ ذَلِكَ وَيَضْرِبْهُنَّ عَلَيْهِ.

[مَا جَاءَ فِي السَّلَامِ عَلَى الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ]

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ الْيَهُودَ إذَا سَلَّمَ عَلَيْكُمْ أَحَدُهُمْ الْحَدِيثَ، يَقْتَضِي أَنَّهُ إنَّمَا يُرَدُّ عَلَيْهِمْ إذَا سَلَّمُوا وَلَا يُبْدَءُوا بِالسَّلَامِ قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَالْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُمَا وَهُوَ مُقْتَضَى الْحَدِيثِ؛ لِأَنَّهُ بَيَّنَ حُكْمَ مَنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْكِتَابِ فِي الرَّدِّ وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ ابْتِدَائِهِمْ بِالسَّلَامِ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ.

وَقَدْ رَوَى سُهَيْلُ بْنُ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا

تَبْدَءُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى بِالسَّلَامِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِنَّمَا يَقُولُ السَّامُّ عَلَيْكُمْ» يُرِيدُ أَنَّهُمْ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ كَمَا وَصَفَهُمْ اللَّهُ سُبْحَانَهُ فَيَقُولُونَ مَكَانَ " السَّلَامُ عَلَيْكُمْ " السَّامُّ.

وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالسَّامُّ الْمَوْتُ» فَأَمَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَقُولَ لَهُمْ الرَّادُّ عَلَيْهِمْ عَلَيْكُمْ فَيَرُدُّ مَا دَعَوْا بِهِ مِنْ الشَّرِّ عَلَيْهِمْ، قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا يُرَدُّ عَلَى الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى

(280/7)

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ سَلَّمَ عَلَى الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ هَلْ يَسْتَقِيلُهُ ذَلِكَ فَقَالَ لَا) .

جَامِعُ السَّلَامِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ أَبِي مُرَّةَ مَوْلَى عَقِيلِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَنْ أَبِي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْنَمَا هُوَ جَالِسٌ فِي الْمَسْجِدِ وَالنَّاسُ مَعَهُ إذَا أَقْبَلَ نَفَرٌ ثَلَاثَةٌ فَأَقْبَلَ اثْنَانِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَذَهَبَ وَاحِدٌ فَلَمَّا وَقَفَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سَلَّمَا فَأَمَّا أَحَدُهُمَا فَرَأَى فُرْجَةً فِي الْحَلْقَةِ فَجَلَسَ فِيهَا وَأَمَّا الْآخَرُ فَجَلَسَ خَلْفَهُمْ وَأَمَّا الثَّالِثُ فَأَدْبَرَ ذَاهِبًا فَلَمَّا فَرَغَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ أَلَا أُخْبِرُكُمْ عَنْ النَّفَرِ الثَّلَاثَةِ، أَمَّا أَحَدُهُمْ فَآوَى إلَى اللَّهِ فَآوَاهُ اللَّهُ وَأَمَّا الْآخَرُ فَاسْتَحْيَا فَاسْتَحْيَا اللَّهُ مِنْهُ وَأَمَّا الْآخَرُ فَأَعْرَضَ فَأَعْرَضَ اللَّهُ عَنْهُ»

[المنتقى]

فَإِنْ رَدَدْت فَقُلْ عَلَيْك وَهَذَا قَوْلُ عِيسَى بْنِ دِينَارٍ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ بِغَيْرِ هَذَا اللَّفْظِ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي الرَّدُّ عَلَيْهِمْ فِي رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ وَأَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِمْ السَّلَامَ وَذَلِكَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ وَالْمَشْرُوعُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ.

وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ ذِمِّيٌّ فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ وَلْيَقُلْ عَلَيْك فَاقْتَضَى هَذَا أَنَّ الرَّدَّ هُوَ رَدُّ السَّلَامِ وَأَنَّ قَوْلَهُ وَعَلَيْك لَيْسَ بِرَدٍّ لِلسَّلَامِ يُرِيدُ وَإِنَّمَا هُوَ رَدٌّ لِقَوْلِهِ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا}

[النساء: 86] فَقَالَ عَطَاءٌ الْآيَةُ فِي أَهْلِ الْإِسْلَامِ خَاصَّةً وَهَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ مَالِكٍ فَإِنَّهُ مَنَعَ أَنْ يُرَدَّ عَلَى الْيَهُودِ بِأَحْسَنَ مِمَّا حَيُّوا بِهِ وَهُوَ مَعْنَى حَدِيثِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ هِيَ عَامَّةٌ فَإِذَا سَلَّمَ عَلَيْك فَقَالَ سَلَامٌ عَلَيْك قُلْت عَلَيْك السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ فَهَذَا أَحْسَنُ مِمَّا قَالَ، وَإِنْ أَرَدْت أَنْ تَرُدَّهَا قُلْت عَلَيْك.

وَرُوِيَ عَنْ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قَالَ لِلْيَهُودِيِّ: عَلَيْك السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ؛ فَقِيلَ لَهُ تَقُولُ لِيَهُودِيٍّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ؟ فَقَالَ: أَلَيْسَ فِي رَحْمَةِ اللَّهِ يَعِيشُ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ يَقُولُ الرَّادُّ عَلَيْك السِّلَامُ بِكَسْرِ السِّينِ وَهِيَ الْحِجَارَةُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَالسُّنَّةُ وَرَدَتْ بِمَا تَقَدَّمَ وَهُوَ أَوْلَى وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى أَنَسٌ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إذَا سَلَّمَ عَلَيْكُمْ أَهْلُ الْكِتَابِ فَقُولُوا وَعَلَيْكُمْ» .

(ص) : (قَالَ يَحْيَى سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ سَلَّمَ عَلَى الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ هَلْ يَسْتَقِيلُهُ ذَلِكَ فَقَالَ لَا) .

(ش) : وَهَذَا عَلَى مَا قَالَ: إنَّ مَنْ سَلَّمَ عَلَى مَنْ لَيْسَ بِأَهْلِ السَّلَامِ فَلَا يَسْتَقِيلُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي هَذِهِ الْإِقَالَةِ وَلَا مَعْنَى لَهَا؛ لِأَنَّ السَّلَامَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ حَسَنَةً فَلَا يَجِبُ الرُّجُوعُ عَنْهَا، وَإِنْ كَانَ سَيِّئَةً فَلَيْسَ بِيَدِ الْيَهُودِيِّ تَكْفِيرُهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ حُقُوقِهِ وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ اسْتَقَالَهُ فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُعْلِمَهُ أَنَّهُ أَخْطَأَ وَلَمْ يَعْرِفْهُ حِينَ سَلَّمَ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الصَّغَارِ لَهُ وَلِئَلَّا يَعْتَقِدَ ذَلِكَ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ يَعْتَقِدُ قَصْدَهُ بِابْتِدَاءِ السَّلَامِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَمْنَعُ الْكُفْرُ ابْتِدَاءَ السَّلَامِ عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ وَتَمْنَعُ الْبِدْعَةُ مِنْ السَّلَامِ وَقَالَ سَحْنُونٌ يُمْنَعُ مِنْ مُجَالَسَةِ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالسَّلَامِ عَلَيْهِمْ تَأْدِيبًا لَهُمْ.

[جَامِعُ السَّلَامِ]

(ش) : قَوْلُهُ «إنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَيْنَمَا هُوَ جَالِسٌ فِي الْمَسْجِدِ إذْ أَقْبَلَ نَفَرٌ ثَلَاثَةٌ» يَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَكُونُوا أَقْبَلُوا مِنْ نَاحِيَةٍ مِنْ نَوَاحِي الْمَسْجِدِ غَيْرَ النَّاحِيَةِ الَّتِي كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَجْلِسُ فِيهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تُشْرَعَ الرَّكْعَتَانِ لِمَنْ دَخَلَ الْمَسْجِدَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ شُرِعَ ذَلِكَ وَرَكَعُوا وَتَرَكَ الرَّاوِي ذِكْرَ ذَلِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ لَمْ يَرْكَعُوا وَشَرَعَ لَهُمْ ذَلِكَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِتَجْوِيزِ أَنْ يَكُونُوا عَلَى غَيْرِ طَهَارَةٍ أَوْ لِيُبَيِّنَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَسَلَّمَ عَلَيْهِ رَجُلٌ فَرَدَّ عَلَيْهِ السَّلَامَ ثُمَّ سَأَلَ عُمَرُ الرَّجُلَ كَيْفَ أَنْتَ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ: إِلَيْك اللَّهَ، فَقَالَ عُمَرُ ذَلِكَ الَّذِي أَرَدْت مِنْك) (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ الطُّفَيْلَ بْنَ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ يَأْتِي عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فَيَغْدُو مَعَهُ إلَى السُّوقِ قَالَ: فَإِذَا غَدَوْنَا إلَى السُّوقِ لَمْ يَمُرَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَلَى سَقَّاطٍ وَلَا صَاحِبِ بِيعَةٍ وَلَا مِسْكِينٍ وَلَا عَبْدٍ إلَّا سَلَّمَ عَلَيْهِ قَالَ الطُّفَيْلُ فَجِئْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَوْمًا فَاسْتَتْبَعَنِي إلَى السُّوقِ فَقُلْت لَهُ وَمَا تَصْنَعُ فِي السُّوقِ وَأَنْتَ لَا تَقِفُ عَلَى الْبَيْعِ وَلَا تَسْأَلُ عَنْ السِّلَعِ وَلَا تَسُومُ بِهَا وَلَا تَجْلِسُ فِي مَجَالِسِ السُّوقِ قَالَ وَأَقُولُ: اجْلِسْ بِنَا هَهُنَا نَتَحَدَّثُ قَالَ فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَا أَبَا بَطْنٍ وَكَانَ الطُّفَيْلُ ذَا بَطْنٍ إنَّمَا نَغْدُو مِنْ أَجْلِ السَّلَامِ نُسَلِّمُ عَلَى مَنْ لَقِينَا)

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَأَقْبَلَ اثْنَانِ إلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَسَلَّمَا يَقْتَضِي أَنَّ الْوَارِدَ عَلَى الْقَوْمِ يَبْدَؤُهُمْ كَمَا يُسَلِّمُ الْمَاشِي عَلَى الْقَاعِدِ وَقَوْلُهُ فَأَمَّا أَحَدُهُمَا فَرَأَى فُرْجَةً فِي الْحَلْقَةِ فَجَلَسَ فِيهَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَرَاهَا فِي مَوْضِعٍ يَتَخَطَّى إلَيْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرَاهَا فِي مَوْضِعٍ لَا يَتَخَطَّى إلَيْهِ فَجَلَسَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ فِيهَا حِرْصًا عَلَى الْقُرْبِ مِنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الْأَخْذِ عَنْهُ، وَجَلَسَ الْآخَرُ خَلْفَ الْقَوْمِ حَيَاءً وَأَدْبَرَ الثَّالِثُ ذَاهِبًا زَاهِدًا فِي الْخَيْرِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَلَا أُخْبِرُكُمْ عَنْ النَّفَرِ الثَّلَاثَةِ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يُخْبِرَهُمْ عَنْ مَقَاصِدِهِمْ الَّتِي خَفِيَتْ عَلَيْهِمْ، فَأَمَّا ظَاهِرُ فِعْلِهِمْ فَقَدْ رَآهُ مَنْ حَضَرَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقْصِدَ الْإِخْبَارَ عَمَّا لَهُمْ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى جَزَاءً عَلَى فِعْلِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَّا أَحَدُهُمْ فَآوَى إلَى اللَّهِ تَعَالَى فَآوَاهُ اللَّهُ تَعَالَى يُقَالُ آوَى فُلَانٌ إلَى فُلَانٍ لَجَأَ إلَيْهِ، وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَآوَاهُ اللَّهُ بِالْمَدِّ مَعْنَاهُ قَبِلَهُ وَأَجَابَهُ إلَى ذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِذْ أَوَى الْفِتْيَةُ إِلَى الْكَهْفِ} [الكهف: 10] يُرِيدُ لَجَئُوا إلَيْهِ.

وَقَالَ سُبْحَانَهُ {أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَى} [الضحى: 6] أَيْ ضَمَّك إلَى كَنَفِهِ وَفَضْلِهِ، وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: وَأَمَّا الْآخَرُ فَاسْتَحْيَا أَيْ تَرَكَ الْمُزَاحَمَةَ حَيَاءً فَاسْتَحْيَا اللَّهُ مِنْهُ أَيْ تَرَكَ عُقُوبَتَهُ عَلَى ذُنُوبِهِ وَزَادَهُ مِمَّا سَأَلَ مِنْ الْخَيْرِ وَالثَّوَابِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزْنِيَةِ الَّذِي آوَى إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَجَلَسَ عِنْدَهُ فَقَدْ آوَى إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَقَبِلَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَآوَاهُ، وَأَمَّا الَّذِي اسْتَحْيَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَجَلَسَ دُونَ الْمَجْلِسِ فَذَلِكَ الَّذِي اسْتَحْيَا اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ وَغَفَرَ لَهُ وَالَّذِي ذَهَبَ إعْرَاضًا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ الَّذِي أَعْرَضَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَسَخِطَ عَلَيْهِ حِينَ أَعْرَضَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – رَغْبَةً عَنْهُ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى مِثْلَهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَسَلَّمَ عَلَيْهِ رَجُلٌ فَرَدَّ عَلَيْهِ السَّلَامَ ثُمَّ سَأَلَ عُمَرُ الرَّجُلَ كَيْفَ أَنْتَ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ: إلَيْك اللَّهَ، فَقَالَ عُمَرُ ذَلِكَ الَّذِي أَرَدْت مِنْك) .

(ش) : سُؤَالُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – الرَّجُلَ عَنْ حَالِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّأْنِيسِ وَحُسْنِ الْعِشْرَةِ لِمَنْ عَرَفَهُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَسْأَلَ عَنْ حَالِهِ فَقَالَ الرَّجُلُ: أَحْمَدُ اللَّهَ إلَيْك عَلَى مَا يُحِبُّ أَنْ يَفْعَلَهُ كُلُّ مَسْئُولٍ عَنْ حَالِهِ فَإِنَّ الْمُنْعِمَ بِصَلَاحِ الْأَحْوَالِ وَتَوَالِي النِّعَمِ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَا أَحَدَ، وَإِنْ اشْتَدَّ بَلَاؤُهُ إلَّا وَلِلَّهِ عَلَيْهِ نِعَمٌ لَا يُحْصِيهَا قَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لا تُحْصُوهَا} [إبراهيم: 34] وَلَا أَبْيَنَ مِنْ نَفَسِهِ الْمُتَرَدِّدِ فَإِنَّهُ مِنْ نِعَمِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلَا يَقْدِرُ أَحَدٌ عَلَيْهِ غَيْرَهُ تَعَالَى.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ بَعْضِ الزُّهَّادِ أَنَّهُ عَدَّدَ أَنْفَاسَهُ فِي يَوْمٍ فَوَجَدَهَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ أَلْفَ نَفَسٍ وَهَذِهِ نِعَمٌ لَا تُحْصَى وَأَيْنَ تُرَدَّدُ أَنْفَاسُهُ مَعَ سَائِرِ النِّعَمِ عَلَيْهِ مَعَ الْمَرَضِ وَالْفَقْرِ فَكَيْفَ مَعَ الصِّحَّةِ وَالْغِنَى وَمَنْ صَحَّ يَقِينُهُ لَزِمَهُ أَنْ يَحْمَدَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ فَإِنَّهُ لَا يُحْمَدُ عَلَى الْمَكْرُوهِ غَيْرُهُ جَلَّ وَعَزَّ فَإِنَّهُ قَدْ صَرَّفَ أَكْثَرَ مِنْهُ وَهُوَ يُثِيبُ عَلَيْهِ وَيُكَفِّرُ الذُّنُوبَ بِهِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ الطُّفَيْلَ بْنَ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ يَأْتِي عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فَيَغْدُو مَعَهُ إلَى السُّوقِ قَالَ: فَإِذَا غَدَوْنَا إلَى السُّوقِ لَمْ يَمُرَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَلَى سَقَّاطٍ وَلَا صَاحِبِ بِيعَةٍ وَلَا مِسْكِينٍ وَلَا عَبْدٍ إلَّا سَلَّمَ عَلَيْهِ قَالَ الطُّفَيْلُ فَجِئْت عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَوْمًا فَاسْتَتْبَعَنِي إلَى السُّوقِ فَقُلْت لَهُ وَمَا تَصْنَعُ فِي السُّوقِ وَأَنْتَ لَا تَقِفُ عَلَى الْبَيْعِ وَلَا تَسْأَلُ عَنْ السِّلَعِ وَلَا تَسُومُ بِهَا وَلَا تَجْلِسُ فِي مَجَالِسِ السُّوقِ قَالَ وَأَقُولُ: اجْلِسْ بِنَا هَهُنَا نَتَحَدَّثُ قَالَ فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَا أَبَا بَطْنٍ وَكَانَ الطُّفَيْلُ ذَا بَطْنٍ إنَّمَا نَغْدُو مِنْ أَجْلِ السَّلَامِ نُسَلِّمُ عَلَى مَنْ لَقِينَا) .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ يَغْدُو مَعَهُ إلَى السُّوقِ عَلَى مَا يُحْسِنُ بِالْعَالِمِ أَنْ يَفْعَلَهُ بِالْمُتَعَلِّمِ لِيَتَعَلَّمَ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا سَلَّمَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ السَّلَامُ عَلَيْك وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ وَالْغَادِيَاتُ وَالرَّائِحَاتُ؛ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَعَلَيْك أَلْفٌ ثُمَّ كَأَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ.

) (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ إذَا دُخِلَ الْبَيْتُ غَيْرُ الْمَسْكُونِ يُقَالُ: السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ) .

بَابُ الِاسْتِئْذَانِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سَأَلَهُ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَأَسْتَأْذِنُ عَلَى أُمِّي؟ فَقَالَ: نَعَمْ قَالَ الرَّجُلُ: إنِّي مَعَهَا فِي الْبَيْتِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: اسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا، فَقَالَ الرَّجُلُ: إنِّي خَادِمُهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: اسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا أَتُحِبُّ أَنْ تَرَاهَا عُرْيَانَةً؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَاسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا»

[المنتقى]

مِنْهُ مَا يَجْرِي لَهُ وَيَقْتَدِي بِهِ فِي مَشْيِهِ وَسَلَامِهِ وَسَائِرِ تَصَرُّفِهِ وَمَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَمُرُّ عَلَى سَقَّاطٍ وَلَا بَيَّاعٍ وَلَا مِسْكِينٍ إلَّا سَلَّمَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يَعْتَقِدُ فِي ذَلِكَ قُرْبَةً وَلَعَلَّهُ قَدْ بَلَغَهُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَوْلُهُ خَبَرُ «أَنْ تُطْعِمَ الطَّعَامَ وَتَقْرَأَ السَّلَامَ عَلَى مَنْ عَرَفْت وَمَنْ لَمْ تَعْرِفْ» وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَتَوَخَّى فِي السُّوقِ كَثْرَةَ النَّاسِ لِيُكْثِرَ سَلَامَهُ، وَهَذَا فِي زَمَنِ الْحَقِّ وَالتَّمَكُّنِ مِنْ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنْ الْمُنْكَرِ، وَأَمَّا فِي زَمَنٍ يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فِيهِ فَمُلَازَمَةُ الْبُيُوتِ فِيهِ أَفْضَلُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ قَالَ: لَا يُقْبِلُ الرَّجُلُ حَتَّى يَلْزَمَ بَيْتَهُ وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِي وَقْتِ فِتْنَةٍ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ فِيهَا بَعْضُ مَا أَرَادَهُ مِنْ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ قَدْ تَهَيَّأَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَتَهَيَّأْ لِلزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ فَلَيْسَ كُلُّ النَّاسِ يُمْكِنُهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أَبْوَابُ الْخَيْرِ أَرْزَاقٌ فَرُبَّ إنْسَانٍ يُرْزَقُ مِنْهَا بَابًا وَيُمْنَعُ بَابًا قَدْرَ رِزْقِهِ غَيْرَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: يَا أَبَا بَطْنٍ إنَّمَا نَغْدُو مِنْ أَجْلِ السَّلَامِ عَلَى مَعْنَى الزَّجْرِ وَالِانْتِهَارِ لَهُ حِينَ لَمْ يَفْهَمْ مَقْصِدَهُ فِي خُرُوجِهِ إلَى السُّوقِ، وَقَدْ يَجُوزُ لِلْمُعَلِّمِ أَنْ يَفْعَلَ هَذَا مَعَ تِلْمِيذِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الطُّفَيْلُ لَا يَشُقُّ عَلَيْهِ

مِثْلُ هَذَا بَلْ قَدْ عَرَفَ بِهَذَا وَدُعِيَ بِهِ كَمَا قِيلَ لِخِرْبَاقٍ ذَا الْيَدَيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا سَلَّمَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ السَّلَامُ عَلَيْك وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ وَالْغَادِيَاتُ وَالرَّائِحَاتُ؛ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَعَلَيْك أَلْفٌ ثُمَّ كَأَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ.

) (ش) : قَوْلُهُ وَالْغَادِيَاتُ وَالرَّائِحَاتُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ الطَّيْرُ الَّتِي تَغْدُو وَتَرُوحُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ: وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ الْمَلَائِكَةَ الْحَفَظَةَ الْغَادِيَةَ الرَّائِحَةَ لِتَكْتُبَ أَعْمَالَ بَنِي آدَمَ وَقَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعَلَيْك أَلْفٌ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ أَلْفٌ كَسَلَامِك عَلَى مَعْنَى الْكَرَاهِيَةِ لِتَعَمُّقِهِ وَالزِّيَادَةِ عَلَى الْبَرَكَةِ فِي السَّلَامِ، ثُمَّ كَرِهَ قَوْلَهُ لِمَا كَانَ فِي مَعْنَى مَا أَنْكَرَهُ رَأْيُ الْإِنْكَارِ لِغَيْرِ هَذَا كَانَ أَوْلَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ إذَا دُخِلَ الْبَيْتُ غَيْرُ الْمَسْكُونِ يُقَالُ: السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ)

.

(ش) : مَعْنَاهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْ يُسَلِّمُ عَلَيْهِ فَلْيُسَلِّمْ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ كَمَا يَفْعَلُ فِي التَّشَهُّدِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ} [النور: 61] قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ مَعْنَاهُ إذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ فَقُولُوا: السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، وَقَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيُّ: مَعْنَاهُ إذَا دَخَلْت عَلَى أَهْلِك فَسَلِّمْ عَلَيْهِمْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ يَنْبَغِي لِلْمَرْءِ إذَا دَخَلَ مَنْزِلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَلَى أَهْلِهِ.

[بَابُ الِاسْتِئْذَانِ]

(ش) : «قَوْلُ الرَّجُلِ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَأَسْتَأْذِنُ عَلَى أُمِّي فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَعَمْ» عَلَى مَعْنَى الدُّعَاءِ إلَى ذَلِكَ وَالْأَمْرِ بِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ الِاسْتِئْذَانُ وَاجِبٌ لَا تَدْخُلْ بَيْتًا فِيهِ أَحَدٌ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ ثَلَاثًا فَإِنْ أَذِنَ لَك وَإِلَّا رَجَعْت وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {لا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا} [النور: 27] إلَى قَوْلِهِ {فَلا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ} [النور: 28] قَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي

(ص) (مَالِكٌ عَنْ الثِّقَةِ عِنْدَهُ عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ عَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَكَ فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ» .

مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ «أَنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ جاءَ يَسْتَأْذِنُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَاسْتَأْذَنَ ثَلَاثًا ثُمَّ رَجَعَ فَأَرْسَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي أَثَرِهِ فَقَالَ مَا لَك لَمْ تَدْخُلْ فَقَالَ أَبُو مُوسَى سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَك فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ، فَقَالَ عُمَرُ وَمَنْ يَعْلَمُ هَذَا لَئِنْ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ لَأَفْعَلَنَّ بِك كَذَا وَكَذَا فَخَرَجَ أَبُو مُوسَى حَتَّى جَاءَ مَجْلِسًا فِي الْمَسْجِدِ يُقَالُ لَهُ مَجْلِسُ الْأَنْصَارِ فَقَالَ: إنِّي أَخْبَرْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ: الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَك فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ، فَقَالَ: لَئِنْ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ هَذَا لَأَفْعَلَنَّ بِك كَذَا وَكَذَا فَإِنْ كَانَ سَمِعَ ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْكُمْ فَلْيَقُمْ مَعِي، فَقَالُوا لِأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: قُمْ مَعَهُ – وَكَانَ أَبُو سَعِيدٍ أَصْغَرَهُمْ – فَقَامَ مَعَهُ فَأَخْبَرَ بِذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِأَبِي مُوسَى أَمَّا أَنِّي لَمْ أَتَّهِمْك وَلَكِنْ خَشِيت أَنْ يَتَقَوَّلَ النَّاسُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» .

[المنتقى]

الِاسْتِئْذَانِ ثَلَاثٌ هُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا} [النور: 27] فِيمَا رُوِيَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ. وَرَوَى أَبُو مُوسَى وَأَبُو سَعِيدٍ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا اسْتَأْذَنَ أَحَدُكُمْ ثَلَاثًا فَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فَلْيَرْجِعْ» قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ وَلَا يَزِيدُ عَلَى الثَّلَاثِ إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ اسْتِئْذَانَهُ لَمْ يُسْمَعْ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَزِيدَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَيَسْتَأْذِنُ الرَّجُلُ عَلَى أُمِّهِ وَذَوَاتِ مَحَارِمِهِ وَكُلِّ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إلَى عَوْرَتِهِ وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ الِاسْتِئْذَانِ عَلَى أُمِّهِ «أَتُحِبُّ أَنْ تَرَاهَا عُرْيَانَةً قَالَ لَا قَالَ فَاسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا» وَمَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ إذَا لَمْ يَسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا فَقَدْ يَفْجَؤُهَا فَيَرَاهَا عُرْيَانَةً فَأَمَّا الزَّوْجَةُ أَوْ الْأَمَةُ الَّتِي يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إلَى عَوْرَتِهَا فَلَهُ الدُّخُولُ عَلَيْهَا دُونَ اسْتِئْذَانٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ: إنِّي مَعَهَا فِي بَيْتٍ أَيْ خَادِمُهَا لَمْ يَرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ يُؤَثِّرُ فِي تَرْكِ الِاسْتِئْذَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مَعَهُ أَنْ يُفَاجِئَهَا فَيَرَى مِنْهَا مَا لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إلَيْهِ.

(ص) (مَالِكٌ عَنْ الثِّقَةِ عِنْدَهُ عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ عَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَكَ فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ» .

مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ «أَنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ جاءَ يَسْتَأْذِنُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَاسْتَأْذَنَ ثَلَاثًا ثُمَّ رَجَعَ فَأَرْسَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي أَثَرِهِ فَقَالَ مَا لَك لَمْ تَدْخُلْ فَقَالَ أَبُو مُوسَى سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَك فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ، فَقَالَ عُمَرُ وَمَنْ يَعْلَمُ هَذَا لَئِنْ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ لَأَفْعَلَنَّ بِك كَذَا وَكَذَا فَخَرَجَ أَبُو مُوسَى حَتَّى جَاءَ مَجْلِسًا فِي الْمَسْجِدِ يُقَالُ لَهُ مَجْلِسُ الْأَنْصَارِ فَقَالَ: إنِّي أَخْبَرْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ: الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَك فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ، فَقَالَ: لَئِنْ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ هَذَا لَأَفْعَلَنَّ بِك كَذَا وَكَذَا فَإِنْ كَانَ سَمِعَ ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْكُمْ فَلْيَقُمْ مَعِي، فَقَالُوا لِأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: قُمْ مَعَهُ – وَكَانَ أَبُو سَعِيدٍ أَصْغَرَهُمْ – فَقَامَ مَعَهُ فَأَخْبَرَ بِذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِأَبِي مُوسَى أَمَّا أَنِّي لَمْ أَتَّهِمْك وَلَكِنْ خَشِيت أَنْ يَتَقَوَّلَ النَّاسُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» .

(ش) : قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِأَبِي مُوسَى مَا لَك لَمْ تَدْخُلْ، مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا يَمْنَعُك أَنْ تُوَالِيَ الِاسْتِئْذَانَ حَتَّى يُؤْذَنَ لَك فَتَدْخُلَ فَإِنَّهُ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سَمِعَ اسْتِئْذَانَ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ فَشُغِلَ عَنْ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ ثُمَّ تَذَكَّرَ أَمْرَهُ فَأَرْسَلَ فِي أَثَرِهِ وَقَالَ لَهُ مَا لَك لَمْ تَدْخُلْ فَمَعْنَاهُ مَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ وَلِذَلِكَ لَمْ يُجِبْهُ أَبُو مُوسَى بِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ لِي وَإِنَّمَا أَجَابَهُ بِأَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ: الِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَك فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ وَهَذَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ وَهَذَا إذَا عَلِمَ أَنَّهُ سَمِعَ.

قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزْنِيَةِ فَإِنْ لَمْ يُجِبْهُ أَحَدٌ وَظَنَّ أَنَّهُمْ لَمْ يَسْمَعُوهُ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثَّلَاثِ وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ لَا أُحِبُّ أَنْ يُسَلِّمَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ، وَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُمْ لَمْ يَسْمَعُوهُ اتِّبَاعًا لِلْحَدِيثِ وَأَخْذًا بِهِ قَالَ وَلَا بَأْسَ إنْ عَرَفْت أَحَدًا أَنْ تَدْعُوهُ لِيَخْرُجَ إلَيْك أَنْ تُنَادِيَ بِهِ مَا بَدَا لَك.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَصِفَةُ الِاسْتِئْذَانِ أَنْ تَقُولَ: سَلَامٌ عَلَيْكُمْ أَأَدْخُلُ أَوْ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ رَوَاهُ يَحْيَى عَنْ ابْنِ نَافِعٍ. وَرَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الِاسْتِئْذَانَ أَنْ تُسَلِّمَ ثَلَاثًا فَإِنْ أُذِنَ لَك وَإِلَّا فَانْصَرِفْ فَإِنْ أُذِنَ لَك عِنْدَ بَابِ الدَّارِ فَلَا تَسْتَأْذِنْ عِنْدَ بَابِ الْبَيْتِ، وَقَدْ أُذِنَ لَك مَرَّةً، وَإِذَا اسْتَأْذَنَ الرَّجُلُ بِالسَّلَامِ

فَقِيلَ لَهُ مَنْ هَذَا فَلْيُسَمِّ نَفْسَهُ بِاسْمِهِ أَوْ بِمَا يُعْرَفُ وَلَا يَقُولُ أَنَا كَمَا رَوَى ابْنُ الْمُنْكَدِرِ «عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ اسْتَأْذَنْت

(284/7)

التَّشْمِيتُ فِي الْعُطَاسِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إنْ عَطَسَ فَشَمِّتْهُ ثُمَّ إنْ عَطَسَ فَشَمِّتْهُ ثُمَّ إنْ عَطَسَ فَشَمِّتْهُ ثُمَّ إنْ عَطَسَ فَقُلْ: إنَّك مَضْنُوكٌ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ: لَا أَدْرِي أَبَعْدَ الثَّالِثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ»

[المنتقى]

عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ مَنْ هَذَا فَقُلْت أَنَا فَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَا أَنَا» عَلَى مَعْنَى الْإِنْكَارِ لِذَلِكَ، وَإِنْ سَمَّى نَفْسَهُ أَوَّلًا فِي الِاسْتِئْذَانِ فَحَسَنٌ.

وَقَدْ رَوَى طَلْحَةُ بْنُ عُمَرَ عَنْ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى قَالَ جَاءَ أَبُو مُوسَى إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ هَذَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ قَيْسٍ فَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ فَقَالَ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ هَذَا الْأَشْعَرِيُّ ثُمَّ انْصَرَفَ فَقَالَ رُدُّوهُ عَلَيَّ فَرَدُّوهُ فَقَالَ لَهُ مَا رَدَّك كُنَّا فِي شُغْلٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَمَنْ يَعْرِفُ هَذَا لَئِنْ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْرِفُ هَذَا لَأَفْعَلَنَّ بِك كَذَا وَكَذَا عَلَى مَعْنَى الزَّجْرِ وَالْوَعِيدِ عَنْ التَّسَامُحِ فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ أَقِلُّوا الْحَدِيثَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَنَا شَرِيكُكُمْ قِيلَ مَعْنَاهُ وَأَنَا شَرِيكُكُمْ فِي الْأَجْرِ قَالَ مَالِكٌ مَعْنَاهُ وَأَنَا شَرِيكُكُمْ فِي التَّقْلِيلِ، وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بَعْدَ ذَلِكَ أَمَّا أَنِّي لَمْ أَتَّهِمْك وَلَكِنِّي خَشِيت أَنْ يَتَقَوَّلَ النَّاسُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَعِيدُ وَالزَّجْرُ لِغَيْرِهِ إذَا كَانَ هُوَ عِنْدَهُ غَيْرَ مُتَّهَمٍ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَعِيدُ لَهُ حِينَ أَظْهَرَ إلَى الْإِمَامِ أَمْرًا يُتَّهَمُ فِيهِ غَيْرُهُ وَيُمْنَعُ مِنْهُ وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُفْصَلَ فِيهِ بَيْنَ الْمُتَّهَمِ وَغَيْرِهِ فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مَنْعَ الْجَمِيعِ كَالْمَنْعِ مِنْ الذَّرَائِعِ.

وَقَدْ رَوَى عَمْرُو بْنُ الْحَارِثِ عَنْ بُكَيْرِ بْنِ الْأَشَجِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لَهُ لَأُوجِعَنَّ ظَهْرَك وَبَطْنَك أَوْ لَتَأْتِيَنِي بِمَنْ يَشْهَدُ لَك عَلَى هَذَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَقَامَ مَعَهُ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ فَأَخْبَرَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ بِمِثْلِ ذَلِكَ، وَرَوَى طَلْحَةُ بْنُ عُمَرَ عَنْ أَبِي

بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى أَنَّ أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ شَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ.

وَقَالَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ: لَا تَكُونَنَّ عَذَابًا عَلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ عُمَرُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: سُبْحَانَ اللَّهِ إنَّمَا سَمِعْت شَيْئًا فَأَحْبَبْت أَنْ أَتَثَبَّتَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أُبَيٌّ أَرْسَلَ مَعَهُ أَبَا سَعِيدٍ ثُمَّ لَقِيَهُ بَعْدَ وَقْتٍ فَأَخْبَرَهُ أَيْضًا بِذَلِكَ وَلَيْسَ فِي هَذَا مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ خَبَرَ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اعْتَقَدَ ذَلِكَ لَمْ يَتَوَعَّدْ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ إذَا لَمْ يَجِدْ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ بَلْ كَانَ يَرُدُّ قَوْلَهُ خَاصَّةً كَالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ لَمْ يُعَلِّلْ ذَلِكَ بِأَنَّهُ مُفْرَدٌ وَإِنَّمَا عَلَّلَهُ بِأَنَّهُ يَخَافُ التَّقَوُّلَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهَذَا يَقْتَضِي قَبُولَ خَبَرِ الْوَاحِدِ وَإِلَّا فَلَمْ يَكُنْ يَخَافُ ذَلِكَ مِنْ خَبَرِ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مَرْدُودٌ.

[التَّشْمِيتُ فِي الْعُطَاسِ]

(ش) : هَكَذَا الرِّوَايَةُ وَقَالَ الْخَلِيلُ شَمَّتَهُ وَسَمَّتَهُ وَقَالَ ثَعْلَبٌ التَّشْمِيتُ إبْعَادُ الشَّمَاتَةِ عَنْهُ وَالتَّسْمِيتُ إثْبَاتُ السَّمْتِ الْحَسَنِ لَهُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنْ عَطَسَ فَشَمِّتْهُ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ هَذَا الْحَقَّ إنَّمَا يَثْبُتُ لِمَنْ حَمِدَ اللَّهَ قَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ فِي الْعَاطِسِ إذَا لَمْ يَحْمَدْ اللَّهَ أَوْ لَمْ يَسْمَعْهُ فَلَا يُشَمِّتُهُ حَتَّى يَسْمَعَهُ إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَلْقَةٍ كَبِيرَةٍ فَإِذَا رَأَيْت الَّذِينَ يَلُونَهُ يُشَمِّتُونَهُ فَشَمِّتْهُ، وَرَوَى سُلَيْمَانُ التَّيْمِيُّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ «عَطَسَ رَجُلَانِ عِنْدَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَشَمَّتَ أَحَدَهُمَا وَلَمْ يُشَمِّتْ الْآخَرَ فَقِيلَ لَهُ قَالَ هَذَا حَمِدَ اللَّهَ وَهَذَا لَمْ يَحْمَدْ» قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُسْمِعَ مَنْ يَلِيهِ ذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ لَا يُشَمِّتُ الْعَاطِسَ حَتَّى يَسْمَعَهُ يَحْمَدُ اللَّهَ تَعَالَى، وَإِنْ بَعُدَ مِنْك وَسَمِعْت مَنْ يَلِيهِ يُشَمِّتُهُ فَشَمِّتْهُ يُرِيدُ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ أَنَّ مَنْ قَرُبَ مِنْهُ لَا يُشَمِّتُهُ إلَّا بَعْدَ أَنْ حَمِدَ اللَّهَ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمَنْ عَطَسَ فِي الصَّلَاةِ فَلَا يَحْمَدُ اللَّهَ إلَّا فِي نَفْسِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَلَا فِي نَفْسِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي عِنْدِي أَنَّهُ لَا يُشَمَّتُ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إذَا عَطَسَ فَقِيلَ لَهُ يَرْحَمُك اللَّهُ، قَالَ يَرْحَمُنَا اللَّهُ وَإِيَّاكُمْ وَيَغْفِرُ لَنَا وَلَكُمْ) .

مَا جَاءَ فِي الصُّوَرِ وَالتَّمَاثِيلِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ رَافِعَ بْنَ إِسْحَاقَ مَوْلَى الشِّفَاءِ أَخْبَرَهُ قَالَ «دَخَلْت أَنَا وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ طَلْحَةَ عَلَى أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ نَعُودُهُ فَقَالَ لَنَا أَبُو سَعِيدٍ: أَخْبَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

[المنتقى]

لِأَنَّهُ بِصَلَاتِهِ مَشْغُولٌ عَنْ الذِّكْرِ وَالتَّشْمِيتِ وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ عَطَسَ أَوْ رَأَى شَيْئًا يُعْجِبُهُ فَحَمِدَ اللَّهَ أَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –؟ قَالَ: لَا أَنْهَاهُ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذَنْ أَقُولُ لَهُ لَا تَذْكُرْ اللَّهَ تَعَالَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَإِذَا عَطَسَ رَجُلٌ وَحَمِدَ اللَّهَ بِحَضْرَةِ جَمَاعَةٍ فَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: يُجْزِئُ فِي ذَلِكَ الْوَاحِدُ كَرَدِّ السَّلَامِ،.

وَقَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ فِي الْمُخْتَصَرِ: إنَّهُ بِخِلَافِ رَدِّ السَّلَامِ يُرِيدُ أَنَّهُ يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الْجَمَاعَةِ التَّشْمِيتُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ مِنْ أَنَّهُ كَرَدِّ السَّلَامِ وَوَجْهُ مَا قَالَهُ ابْنُ مُزَيْنٍ مَا رَوَاهُ سَعِيدُ الْمَقْبُرِيّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا عَطَسَ فَحَمِدَ اللَّهَ فَحَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ سَمِعَهُ أَنْ يُشَمِّتَهُ» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ السَّلَامَ إظْهَارُ شَعِيرَةِ الْإِسْلَامِ فَإِذَا أَظْهَرَهُ أَحَدُهُمْ وَأَقَرَّهُ الْبَاقُونَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ إظْهَارٌ مِنْ جَمِيعِهِمْ لَهُ وَتَأْنِيسٌ لِمَنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ، وَالتَّشْمِيتُ إنَّمَا هُوَ دُعَاءٌ لِلْمُشَمِّتِ وَقَضَاءٌ لِحَقٍّ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْجَمَاعَةِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَقْضِيَهُ إيَّاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي التَّشْمِيتِ هَلْ هُوَ وَاجِبٌ أَوْ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَظَاهِرُ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى الْكِفَايَةِ كَرَدِّ السَّلَامِ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ: هُوَ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ كَابْتِدَاءِ السَّلَامِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنْ عَطَسَ فَشَمِّتْهُ» وَهَذَا أَمْرٌ وَظَاهِرُهُ الْوُجُوبُ، وَرَوَى يُونُسُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «خَمْسٌ تَجِبُ لِلْمُسْلِمِ عَلَى أَخِيهِ رَدُّ السَّلَامِ وَتَشْمِيتُ الْعَاطِسِ وَإِجَابَةُ الدَّعْوَةِ وَعِيَادَةُ الْمَرِيضِ وَاتِّبَاعُ الْجِنَازَةِ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «ثُمَّ إنْ عَطَسَ فَقُلْ: إنَّك مَضْنُوكٌ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الْمَضْنُوكُ هُوَ الْمَزْكُومُ، وَقَدْ وَرَدَ تَفْسِيرُهُ فِي الْحَدِيثِ بِذَلِكَ وَقَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ لَا أَدْرِي أَبَعْدَ الثَّالِثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ

قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الَّذِي يَأْخُذُ بِهِ مَالِكٌ أَنْ يَبْلُغَ بِالتَّشْمِيتِ ثَلَاثًا فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَلَا يُشَمِّتْهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ الْحَدِيثُ بِالشَّكِّ ذَهَبَ إلَى الِاحْتِيَاطِ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ: وَإِذَا عَطَسَ مِرَارًا مُتَوَالِيَةً سَقَطَ عَمَّنْ سَمِعَهُ تَشْمِيتُهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إذَا عَطَسَ فَقِيلَ لَهُ يَرْحَمُك اللَّهُ، قَالَ يَرْحَمُنَا اللَّهُ وَإِيَّاكُمْ وَيَغْفِرُ لَنَا وَلَكُمْ) .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إذَا عَطَسَ يُرِيدُ فَحَمِدَ اللَّهَ وَاسْتَغْنَى عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ لِعِلْمِ السَّامِعِ بِهِ فَقِيلَ لَهُ: يَرْحَمُك اللَّهُ، قَالَ: يَرْحَمُنَا اللَّهُ وَإِيَّاكُمْ وَيَغْفِرُ لَنَا وَلَكُمْ.

وَقَدْ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «فَإِذَا قِيلَ لَهُ يَرْحَمُك اللَّهُ فَلْيَقُلْ يَهْدِيكُمْ اللَّهُ وَيُصْلِحُ بَالَكُمْ» وَالْأَمْرَانِ جَائِزَانِ وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إذَا عَطَسَ أَحَدُكُمْ فَلْيَحْمَدْ اللَّهَ وَلْيَقُلْ لَهُ مَنْ عِنْدَهُ يَرْحَمُك اللَّهُ وَلْيَرُدَّ عَلَيْهِ بِيَغْفِرُ اللَّهُ لَنَا وَلَكُمْ» قَالَ مَالِكٌ لَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ الْعَاطِسُ لِمَنْ يُشَمِّتُهُ يَهْدِيكُمْ اللَّهُ وَيُصْلِحُ بَالَكُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ يَغْفِرُ اللَّهُ لَنَا وَلَكُمْ وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وَمَنَعَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنْ يَقُولَ لَهُ يَهْدِيكُمْ اللَّهُ وَيُصْلِحُ بَالَكُمْ.

وَقَالَ النَّخَعِيُّ: إنَّ الْخَوَارِجَ كَانَتْ تَقُولُهُ وَلَا يَسْتَغْفِرُونَ لِلنَّاسِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ مَنْعُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إنَّمَا كَانَ يَقُولُهُ لِلْيَهُودِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ إنَّمَا اسْتَحْسَنَّاهُ عَلَى قَوْلِنَا: يَغْفِرُ اللَّهُ لَنَا وَلَكُمْ؛ لِأَنَّ الْهِدَايَةَ أَفْضَلُ مِنْ الْمَغْفِرَةِ.

(286/7)

أَنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَدْخُلُ بَيْتًا فِيهَا تَمَاثِيلُ أَوْ تَصَاوِيرُ شَكَّ إسْحَاقُ لَا يَدْرِي أَيَّتَهُمَا قَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيّ» .

مَا جَاءَ فِي أَكْلِ الضَّبِّ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعْصَعَةَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ «دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَيْتَ مَيْمُونَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ فَإِذَا ضِبَابٌ فِيهَا بَيْضٌ وَمَعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ فَقَالَ مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟ فَقَالَتْ: أَهْدَتْهُ لِي أُخْتِي هُزَيْلَةُ بِنْتُ الْحَارِثِ، فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَخَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ: كُلَا، فَقَالَا: أَوَلَا تَأْكُلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: إنِّي تَحْضُرُنِي مِنْ اللَّهِ حَاضِرَةٌ قَالَتْ مَيْمُونَةُ: أَنَسْقِيك يَا رَسُولَ اللَّهِ مِنْ لَبَنٍ عِنْدَنَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ

فَلَمَّا شَرِبَ قَالَ مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟ فَقَالَتْ: أَهْدَتْهُ لِي أُخْتِي هُزَيْلَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَرَأَيْتكِ جَارِيَتَك الَّتِي كُنْت اسْتَأْمَرْتِينِي فِي عِتْقِهَا أَعْطِيهَا أُخْتَك وَصِلِي بِهَا رَحِمَك تَرْعَى عَلَيْهَا فَإِنَّهُ خَيْرٌ لَك»

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي الصُّوَرِ وَالتَّمَاثِيلِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَدْخُلُ بَيْتًا فِيهَا تَمَاثِيلُ أَوْ تَصَاوِيرُ» يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى الشَّكِّ مِنْ الرَّاوِي؛ لِأَنَّ التَّمَاثِيلَ هِيَ التَّصَاوِيرُ فَيُشَكُّ فِي اللَّفْظِ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ تَكُونَ التَّمَاثِيلُ مَا قَامَ بِنَفْسِهِ مِنْ الصُّوَرِ وَالصُّوَرُ وَاقِعٌ عَلَى مَا قَامَ بِنَفْسِهِ وَعَلَى مَا كَانَ رَقْمًا أَوْ تَزْوِيقًا فِي غَيْرِهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ أَوْ بِمَعْنَى الْوَاوِ فَيَتَعَلَّقُ النَّهْيُ بِهِمَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي النَّضْرِ «عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ يَعُودُهُ قَالَ فَوَجَدَ عِنْدَهُ سَهْلَ بْنَ حُنَيْفٍ فَدَعَا أَبُو طَلْحَةَ إنْسَانًا فَنَزَعَ نَمَطًا مِنْ تَحْتِهِ فَقَالَ سَهْلُ بْنُ حُنَيْفٍ لِمَ تَنْزِعُهُ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ تَصَاوِيرَ. وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهَا مَا قَدْ عَلِمْت فَقَالَ سَهْلٌ أَلَمْ يَقُلْ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا مَا كَانَ رَقْمًا فِي ثَوْبٍ قَالَ بَلَى وَلَكِنَّهُ أَطْيَبُ لِنَفْسِي») .

(ش) : أَمْرُ أَبِي طَلْحَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بِإِزَالَةِ النَّمَطِ لِأَجْلِ التَّصَاوِيرِ دَلِيلٌ عَلَى كَرَاهِيَتِهِ لَهُ وَقَوْلُهُ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهَا مَا قَدْ عَلِمْت يُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَالَهُ فِي جُمْلَةِ التَّصَاوِيرِ عَلَى وَجْهِ الْكَرَاهِيَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَالَهُ عَلَى وَجْهِ التَّحْرِيمِ وَاسْتَثْنَى مِنْهُ الرَّقْمَ فِي الثَّوْبِ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ «عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهَا اشْتَرَتْ نُمْرُقَةً فِيهَا تَصَاوِيرُ فَلَمَّا رَآهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَامَ عَلَى الْبَابِ فَلَمْ يَدْخُلْ فَعَرَفَتْ فِي وَجْهِهِ الْكَرَاهِيَةَ وَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتُوبُ إلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ فَمَاذَا أَذْنَبْت فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَمَا بَالُ هَذِهِ النُّمْرُقَةِ قَالَتْ اشْتَرَيْتهَا لَك تَقْعُدُ عَلَيْهَا وَتَوَسَّدَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ أَصْحَابَ هَذِهِ الصُّوَرِ يُعَذَّبُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُقَالُ لَهُمْ أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ ثُمَّ قَالَ إنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِيهِ الصُّوَرُ لَا تَدْخُلُهُ الْمَلَائِكَةُ» .

[مَا جَاءَ فِي أَكْلِ الضَّبِّ]

(ش) : قَوْلُهُ «إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَخَلَ بَيْتَ مَيْمُونَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ وَمَعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ» ؛ لِأَنَّهَا

(287/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ «عَنْ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ أَنَّهُ دَخَلَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْتَ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأُتِيَ بِضَبٍّ مَحْنُوذٍ فَأَهْوَى إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِيَدِهِ فَقَالَ بَعْضُ النِّسْوَةِ اللَّاتِي فِي بَيْتِ مَيْمُونَةَ: أَخْبِرُوا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَا يُرِيدُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ فَقِيلَ: هُوَ ضَبٌّ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَرَفَعَ يَدَهُ فَقُلْت: أَحَرَامٌ هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: لَا وَلَكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُنِي أَعَافُهُ، قَالَ خَالِدٌ فَاجْتَرَرْته فَأَكَلْته وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَنْظُرُ» (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَجُلًا نَادَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا تَرَى فِي الضَّبِّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَسْت بِآكِلِهِ وَلَا بِمُحَرِّمِهِ» .

[المنتقى]

خَالَتُهُمَا «فَإِذَا ضِبَابٌ فِيهَا بَيْضٌ» وَهِيَ مِمَّا يَسْتَطِيبُهُ الْعَرَبُ مِنْهَا فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا» لِيَعْلَمَ هَلْ هَذَا مِنْ جِهَةِ الْهَدِيَّةِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الصَّدَقَةِ أَوْ مِمَّا قَدْ صَارَ لَهُ مِلْكًا أَوْ لِمَنْ يَكُونُ مِنْ جِهَتِهِ أَوْ هُوَ مُعَرَّضٌ بَعْدُ لِلْبَيْعِ أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ فَقَالَتْ مَيْمُونَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا –: أَهْدَتْهُ لِي أُخْتِي هُزَيْلَةُ بِنْتُ الْحَارِثِ وَهِيَ أُمُّ حُمَيْدٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَرَأَيْتَكَ جَارِيَتَك الَّتِي كُنْت اسْتَأْمَرْتِينِي فِي عِتْقِهَا» يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ مَيْمُونَةُ لَمْ تَعْلَمْ أَذَلِكَ أَفْضَلُ لَهَا أَمْ غَيْرُ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ اسْتَأْمَرَتْهُ لَمَّا كَانَتْ جَمِيعَ مَا لَهَا حِينَ الِاسْتِئْمَارِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَا لَهَا وَاعْتَقَدَتْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَبْتَلَّ أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَا لِهَا إلَّا بِإِذْنِهِ لِكَوْنِهِ زَوْجَهَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَعْطِيهَا أُخْتَك وَصِلِي بِهَا رَحِمَك تَرْعَى عَلَيْهَا فَإِنَّهُ خَيْرٌ لَك» وَيُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْمُكَافَأَةَ عَلَى مَا بَدَتْ بِهِ مِنْ هَدِيَّتِهَا وَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ لِمَنْ وَرَدَ عَلَيْهِ مِنْ أَهْلِهِ زَائِرًا حَتَّى قَدِمَ بِتُحْفَةٍ أَنْ يُكَافِئَهُ عَلَى مُوَاصَلَتِهِ بِمَا يَكُونُ أَفْضَلَ مِنْ ذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اخْتَارَ ذَلِكَ ابْتِدَاءً وَرَآهُ أَفْضَلَ مِنْ عِتْقِهَا؛ لِأَنَّ الصِّلَةَ أَعْظَمُ أَجْرًا مِنْ الْعَتَاقَةِ وَلِأَنَّهُ كَانَ فِي وَقْتِ

شِدَّةٍ بِالْمَدِينَةِ وَكَانَ الْعِتْقُ ضِرَارًا بِالْمُعْتَقِ فَجَعَلَ ذَلِكَ خَيْرًا لَهَا بِمَعْنَى أَنَّهُ أَعْظَمُ أَجْرًا وَأَوْصَلُ لِلرَّحِمِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ «عَنْ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ أَنَّهُ دَخَلَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْتَ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأُتِيَ بِضَبٍّ مَحْنُوذٍ فَأَهْوَى إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِيَدِهِ فَقَالَ بَعْضُ النِّسْوَةِ اللَّاتِي فِي بَيْتِ مَيْمُونَةَ: أَخْبِرُوا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَا يُرِيدُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ فَقِيلَ: هُوَ ضَبٌّ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَرَفَعَ يَدَهُ فَقُلْت: أَحَرَامٌ هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: لَا وَلَكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُنِي أَعَافُهُ، قَالَ خَالِدٌ فَاجْتَرَرْته فَأَكَلْته وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَنْظُرُ» .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أُتِيَ بِضَبٍّ مَحْنُوذٍ مَعْنَاهُ مَشْوِيٌّ فَأَهْوَى إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِيَدِهِ يُرِيدُ مَدَّ يَدَهُ إلَيْهِ لِيَتَنَاوَلَهُ وَرَأَى بَعْضُ النِّسْوَةِ اللَّاتِي فِي الْبَيْتِ أَنَّهُ لَمْ يَنْظُرْ مِنْهُ نَظَرًا يَعْلَمُ بِهِ مَا يَأْكُلُ وَلَعَلَّهُ كَانَ عِنْدَ الْمَدِينَةِ ذَلِكَ مَمْنُوعٌ مِمَّا يَعَافُونَهُ فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: هُوَ ضَبٌّ رَفَعَ يَدَهُ فَسَأَلَهُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ عَنْ امْتِنَاعِهِ مِنْهُ أَلِتَحْرِيمِهِ فَقَالَ لَا نَفْيًا لِتَحْرِيمِهِ وَلَكِنْ يَعَافُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِهِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – بِمَكَّةَ وَالْحِجَازِ فَأَكَلَهُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَنْظُرُ إلَيْهِ فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى إبَاحَتِهِ وَعَلَى إبَاحَتِهِ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ مَكْرُوهٌ وَهَذَا الْحَدِيثُ هُوَ حُجَّةٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَكْرُوهًا لَنَهَاهُ عَنْهُ وَمَنَعَهُ مِنْهُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَجُلًا نَادَى رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا تَرَى فِي الضَّبِّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَسْت بِآكِلِهِ وَلَا بِمُحَرِّمِهِ» .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَسْت بِآكِلِهِ وَلَا بِمُحَرِّمِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ كَانَ يَعَافُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَدْ أَكْلَهُ وَلَيْسَ كُلُّ مَا يَعَافُهُ الْإِنْسَانُ يَحْرُمُ، فَقَدْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَكْرَهُ الْخُضَرَ الَّتِي لَهَا رَوَائِحُ، وَقَدْ يَعَافُ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ الْأَلْبَانَ وَالسَّمْنَ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الْأَطْعِمَةِ ثُمَّ بَيَّنَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ امْتِنَاعَهُ مِنْهُ لَيْسَ لِتَحْرِيمِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَحَشَرَاتُ الْأَرْضِ كُلُّهَا مَكْرُوهَةٌ عِنْدَ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ هِيَ مُحَرَّمَةٌ وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا حَيَوَانٌ لَمْ يُنَصَّ عَلَى تَحْرِيمِهِ فَلَمْ يَكُنْ حَرَامًا كَالضَّبُعِ.

(288/7)

مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْكِلَابِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ خُصَيْفَةَ «أَنَّ السَّائِبَ بْنَ يَزِيدَ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ سُفْيَانَ بْنَ أَبِي زُهَيْرٍ وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ شَنُوءَةَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ يُحَدِّثُ نَاسًا مَعَهُ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ قَالَ: سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا لَا يُغْنِي عَنْهُ زَرْعًا وَلَا ضَرْعًا نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ قَالَ أَنْتَ سَمِعْت هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إِي وَرَبِّ هَذَا الْمَسْجِدِ» .

مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبًا ضَارِيًا أَوْ كَلْبَ مَاشِيَةٍ نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ» .

مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْغَنَمِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «رَأْسُ الْكُفْرِ نَحْوَ الْمَشْرِقِ وَالْفَخْرُ وَالْخُيَلَاءُ فِي أَهْلِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالْفَدَّادِينَ أَهْلِ الْوَبَرِ وَالسَّكِينَةُ فِي

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْكِلَابِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا مَعْنَاهُ اتَّخَذَهُ قَالَ مَالِكٌ إنَّمَا ذَلِكَ بِغَيْرِ شِرَاءٍ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ وَغَيْرُهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى لِمَا يَجِبُ اتِّخَاذُهُ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُغْنِي عَنْهُ زَرْعًا وَلَا ضَرْعًا» يُرِيدُ يَحْفَظُهُ لَهُ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: لَا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ الْكِلَابِ لِلْمَوَاشِي كُلِّهَا قِيلَ لَهُ فَالنَّخَّاسُونَ الَّذِينَ يُرْتِعُونَ دَوَابَّهُمْ فَيَتَّخِذُونَ الْكِلَابَ قَالَ هِيَ مِنْ الْمَوَاشِي.

(فَصْلٌ) :

قَالَ مَالِكٌ وَأَرَى الْحَدِيثَ لِزَرْعٍ أَوْ ضَرْعٍ لِمَا يَكُونُ مِنْ الْمَوَاشِي فِي الصَّحَارِي وَأَمَّا مَا جُعِلَ فِي الدُّورِ فَلَا يُعْجِبُنِي وَلَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُتَّخَذَ لِخَوْفِ اللُّصُوصِ الَّذِينَ يَفْتَحُونَ الْأَبْوَابَ وَيُخْرِجُونَ الدَّوَابَّ إلَّا أَنْ يَكُونَ يَسْرَحُ مَعَهَا فِي الْمَرْعَى، قَالَ مَالِكٌ وَلَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَّخِذَ الْمُسَافِرُ كَلْبًا يَحْرُسُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ» وَالْقِيرَاطُ قَدْرٌ مَا لَا يَعْلَمُهُ إلَّا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَمَعْنَاهُ عِنْدِي نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ، وَإِنْ كَانَ عَمَلُهُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ

يُرِيدَ أَنَّ عَمَلَهُ بِالْبِرّ يَنْقُصُ فَلَا يَبْلُغُ مِنْهُ مَا كَانَ يَبْلُغُهُ عُقُوبَةً لَهُ عَلَى عِصْيَانِهِ بِاتِّخَاذِ كَلْبٍ لَا يُغْنِي عَنْهُ مَا ذَكَرَهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِمَا فِيهَا مِنْ أَذَى النَّاسِ وَتَرْوِيعِهِمْ وَالضَّرْعُ مَعْنَاهُ الْمَاشِيَةُ؛ لِأَنَّهَا ذَاتُ ضَرْعٍ وَيَجْرِي إبَاحَةُ اتِّخَاذِهَا لِلصَّيْدِ مَجْرَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ اتِّخَاذِهَا لِلزَّرْعِ وَالضَّرْعِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ إلَّا كَلْبًا ضَارِيًا يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ لِلصَّيْدِ.

وَقَدْ رَوَى سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَر هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ أَبِيهِ فَقَالَ فِيهِ «إلَّا كَلْبٌ ضَارٍ لِلصَّيْدِ» وَقَالَ فِيهِ «نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ قِيرَاطَانِ» فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْقِيرَاطُ فِي مَوْضِعٍ مَا كَالْمَوْضِعِ الَّذِي يَقِلُّ الِاسْتِضْرَارُ بِهِ وَالْقِيرَاطَانِ فِي مِثْلِ الْمَدِينَةِ وَالْأَمْصَارِ لِكَثْرَةِ الِاسْتِضْرَارِ بِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْقِيرَاطُ فِي كَلْبٍ بِعَيْنِهِ وَصِنْفٍ مِنْ الْكِلَابِ يَقِلُّ الِاسْتِضْرَارُ بِهَا وَالْقِيرَاطَانِ فِي صِنْفٍ مِنْ الْكِلَابِ يَكْثُرُ الِاسْتِضْرَارُ بِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ» .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ كُلَّ كَلْبٍ أُتُّخِذَ لِغَيْرِ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ قَالَ مَالِكٌ تُقْتَلُ الْكِلَابُ مَا يُؤْذِي مِنْهَا وَمَا يَكُونُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِيهَا كَالْفُسْطَاطِ وَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الْإِحْسَانَ إلَيْهَا حَالَ حَيَاتِهَا وَأَنْ يُحْسِنَ قَتْلَتَهَا وَلَا تُتَّخَذُ غَرَضًا وَلَا تُقْتَلُ جُوعًا وَلَا عَطَشًا.

(289/7)

أَهْلِ الْغَنَمِ» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَحْتَلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تُؤْتَى مَشْرُبَتُهُ فَتُكْسَرُ خِزَانَتُهُ فَيُنْتَقَلُ طَعَامُهُ، وَإِنَّمَا تَخْزُنُ لَهُمْ ضُرُوعُ مَوَاشِيهِمْ أَطْعِمَاتِهِمْ فَلَا يَحْتَلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ إلَّا بِإِذْنِهِ») .

[مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْغَنَمِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «رَأْسُ الْكُفْرِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مُعْظَمَهُ وَشِدَّتَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «نَحْوَ الْمَشْرِقِ» يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – فَارِسَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَهْلَ نَجْدٍ فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَيُؤَيِّدُ هَذَا التَّأْوِيلَ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالْفَخْرُ وَالْخُيَلَاءُ فِي أَهْلِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالْفَدَّادِينَ أَهْلِ الْوَبَرِ» وَهَؤُلَاءِ كَانُوا أَهْلَ نَجْدٍ وَأَمَّا الْفَدَّادُونَ فَرَوَى عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: هُمْ أَهْلُ الْجَفَاءِ، قَالَ مَالِكٌ: وَقَدْ سَأَلْت عَنْ ذَلِكَ فَقِيلَ لِي هُمْ أَهْلُ الْجَفَاءِ.

وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْفَدَّادُ ذُو الْمَالِ الْكَثِيرِ وَوَصْفُ أَهْلِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ بِاسْمِ أَهْلِ الْفَخْرِ وَالْخُيَلَاءِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ أَهْلُ الْخُيَلَاءِ وَالْفَخْرِ وَيُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبَ فَخْرِهِمْ وَخُيَلَائِهِمْ لِلْغِنَى الْمُطْغِي وَقُوَّةِ أَمْوَالِهِمْ وَكَوْنِهَا عَوْنًا لَهُمْ عَلَى مَنْ نَاوَاهُمْ وَحَارَبَهُمْ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالسَّكِينَةُ فِي أَهْلِ الْغَنَمِ» يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ التَّعَرُّفِ بِهِمْ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ سَبَبَ سَكِينَتِهِمْ لِضَعْفِهَا وَقِلَّةِ اسْتِعَانَةِ أَهْلِهَا بِهَا فِي مُحَارَبَةِ عَدُوٍّ وَمُنَاوَأَتِهِ فَرَغِبُوا فِي الْمُسَالَمَةِ وَتَخَلَّقُوا بِالسَّكِينَةِ وَالْوَقَارِ وَالْكَفِّ عَنْ الْأَذَى.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعْصَعَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَيْرُ مَالِ الْمُسْلِمِ غَنَمًا يَتْبَعُ بِهَا شَعَفَ الْجِبَالِ وَمَوَاقِعَ الْقَطْرِ يَفِرُّ بِدِينِهِ مِنْ الْفِتَنِ» شُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَيْرُ مَالِ الْمُسْلِمِ غَنَمًا يَتْبَعُ بِهَا شَعَفَ الْجِبَالِ وَمَوَاقِعَ الْقَطْرِ يَفِرُّ بِدِينِهِ مِنْ الْفِتَنِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَقْرَبَ ذَلِكَ وَوَصَفَهُ بِالْإِسْلَامِ لَمَّا كَانَ الْمُسْلِمُونَ مُخْتَصِّينَ بِخَيْرِ الْآخِرَةِ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَتْبَعُ بِهَا شَعَفَ الْجِبَالِ يُرِيدُ أَعَالِيَهَا وَمَوَاقِعَ الْقَطْرِ يُرِيدُ حَيْثُ الْكَلَأُ» وَالْمَاءُ لِمَاشِيَتِهِ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَفِرُّ بِدِينِهِ مِنْ الْفِتَنِ» يُرِيدُ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا غَيْرُهُ وَخَصَّ الْغَنَمَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ أَنَّ هَذَا إنَّمَا يَكُونُ فِي صَاحِبِ غَنَمٍ وَأَمَّا صَاحِبُ الْإِبِلِ أَوْ الْخَيْلِ أَوْ غَيْرِهِمَا مِنْ أَنْوَاعِ الْأَمْوَالِ فَلَا يَتَأَتَّى ذَلِكَ فِيهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خَصَّهُمْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْكَافَّ عَنْ الْفِتْنَةِ وَالْمُعْتَزِلَ لِأَهْلِهَا مُقْتَصِرٌ عَلَى هَذَا النَّوْعِ مِنْ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الْفِتْنَةِ وَلَا عَوْنَ مِنْهُ عَلَيْهَا وَمَا يَكَادُ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَيْهَا إلَّا مُتَقَلِّلٌ مِنْ الدُّنْيَا، فَأَرْعَنُ الْفِتْنَةِ مُقْتَصِرٌ عَلَى مَا يُبْعِدُهُ عَنْهَا أَوْ يُضْعِفُهُ عَنْ التَّشَوُّفِ إلَيْهَا وَهَذَا الْحَدِيثُ يَقْتَضِي جَوَازَ الِاعْتِزَالِ عِنْدَ الْفِتْنَةِ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ مَعَ مَاشِيَتِهِ يَرْعَاهَا وَيَتْبَعُ

بِهَا مَوَاقِعَ الْقَطْرِ لَمْ يُمْكِنْهُ غَيْرُ الِاعْتِزَالِ وَالْبُعْدُ عَنْ الْحَوَاضِرِ وَالْقُرَى، قَالَ بُكَيْر بْنُ الْأَشَجِّ أَمَا أَنَّ رِجَالًا مِنْ أَهْلِ بَدْرٍ لَزِمُوا بُيُوتَهُمْ بَعْدَ قَتْلِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ فَلَمْ يَخْرُجُوا إلَّا إلَى قُبُورِهِمْ وَقَالَ الزُّبَيْرُ بْنُ الْعَوَامِّ لَا يَنْبُلُ الرَّجُلُ حَتَّى يَلْتَزِمَ بَيْتَهُ. وَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ نَعَمْ صَوْمَعَةُ الرَّجُلِ بَيْتُهُ يَكُفُّ بَصَرَهُ وَنَفْسَهُ وَإِيَّاكُمْ وَمَجَالِسَ الْأَسْوَاقِ فَإِنَّهَا تُلْهِي وَتُلْغِي وَقَالَ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ وَالَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ لَقَدْ حَلَّتْ الْعُزْلَةُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَحْتَلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ» يُرِيدُ غَيْرَهُ «بِغَيْرِ إذْنِهِ» عَلَى وَجْهِ الْمَنْعِ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ إلَّا بِإِذْنِهِ وَطِيبِ نَفْسِهِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الرَّجُلِ يَدْخُلُ الْحَائِطَ فَيَجِدُ الثَّمَرَ سَاقِطًا قَالَ: لَا يَأْكُلُ مِنْهُ إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ صَاحِبَهُ طَيِّبُ النَّفْسِ بِهِ أَوْ يَكُونَ مُحْتَاجًا إلَى ذَلِكَ فَأَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ يُرِيدُ أَنْ يُعْلَمَ مِنْ حَالِهِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَشُقُّ عَلَيْهِ لِقِلَّتِهِ بَلْ رُبَّمَا كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَسُرُّهُ وَيَسُوءُهُ أَلَّا يَفْعَلَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ إظْهَارِ طِيبِ

(290/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَا مِنْ نَبِيٍّ إلَّا وَقَدْ رَعَى غَنَمًا قِيلَ لَهُ وَأَنْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ وَأَنَا») .

مَا جَاءَ فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ وَالْبَدْءِ بِالْأَكْلِ قَبْلَ الصَّلَاةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يُقَرَّبُ إلَيْهِ عَشَاؤُهُ فَيَسْمَعُ قِرَاءَةَ الْإِمَامِ وَهُوَ فِي بَيْتِهِ فَلَا يَعْجَلُ عَنْ طَعَامِهِ حَتَّى يَقْضِيَ حَاجَتَهُ مِنْهُ) .

[المنتقى]

نَفْسِهِ عَلَيْهِ وَثِقَتِهِ بِمُرُوءَتِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ خَرَجْنَا إلَى الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ مُرَابِطِينَ فَمَرَرْنَا بِجِنَانِ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ فَدَخَلْنَاهُ فَأَكَلْنَا مِنْ التَّمْرِ فَلَمَّا رَجَعْت دَعَتْنِي نَفْسِي إلَى أَنْ أَسْتَحِلَّهُ فَقَالَ لِي ابْنُ أَخِي لَقَدْ نَسَكْتَ نُسْكًا أَعْجَمِيًّا أَمَا سَمِعْتَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ {أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا} [النور: 61] فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ الرَّجُلُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ الشَّيْءَ التَّافِهَ يَسُرُّهُ بِذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحدُهُمَا: مَا قَدَّمْنَاهُ مِمَّا يُعْتَقَدُ مِنْ طِيبِ نَفْسِ الصَّدِيقِ وَالثَّانِي: لِضَرُورَةٍ مَعَهُ حَكَى الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ مَنْ وَجَدَ مَيْتَةً وَمَالًا لِغَيْرِهِ أَكَلَ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ وَضَمِنَهُ وَقِيلَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَلَا يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ إلَّا أَنْ يَخَافَ الْقَطْعَ فَيَجُوزُ لَهُ أَكْلُهَا وَهَذَا لَا يَكُونُ إلَّا فِي أَلْبَانِ الْمَوَاشِي السَّارِحَةِ فَكَانَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ وَأَبِي بُرْدَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ أَنَّهُمْ كَانُوا فِي سَفَرٍ فَكَانُوا يُصِيبُونَ مِنْ الثِّمَارِ قَالَ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ يَأْكُلُ وَلَا يُفْسِدُ وَلَا يَحْمِلُ وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي إنْ لَمْ يَكُنْ بِمَعْنَى أَكْلِ الصَّدِيقِ أَوْ أَكْلِ الْمُضْطَرِّ فَإِنَّ مَعْنَاهُ أَنَّ الْحَائِطَ لِذِمِّيٍّ لِمَا فِي مَالِهِ مِنْ حَقِّ الضِّيَافَةِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُسَافِرِ يَنْزِلُ بِالذِّمِّيِّ لَا يَأْخُذُ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا إلَّا بِإِذْنِهِ قِيلَ لِمَالِكٍ أَفَرَأَيْت الضِّيَافَةَ الَّتِي جُعِلَتْ عَلَيْهِمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَالَ كَانَ يَوْمَئِذٍ خُفِّفَ عَنْهُمْ ذَلِكَ، وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ لَا بَأْسَ بِأَكْلِ الْمُسَافِرِ مِمَّا يَمُرُّ بِهِ مِنْ الثِّمَارِ مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَغَيْرِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تُؤْتَى مَشْرُبَتُهُ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الْمَشْرُبَةُ الْغُرْفَةُ الَّتِي يُخَزِّنُ فِيهَا الرَّجُلُ طَعَامَهُ وَقُوتَهُ قَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى: الْمَشْرُبَةُ هُوَ الْعَسْكَرُ وَمَا أُشْتُهِرَ مِنْ جَمِيعِ مَا يَطُلُّ مِنْ الْحِيطَانِ مِثْلَ الْخَشَبَةِ فَيَأْتِي أَحَدٌ إلَى تِلْكَ الْمَشْرُبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهَا فَيَصْعَدُ عَلَيْهَا ثُمَّ يَأْتِي خِزَانَتَهُ مِنْ نَاحِيَةِ الْغُرْفَةِ فَيَكْسِرُهَا وَيَذْهَبُ بِمَا فِيهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَتُكْسَرُ خِزَانَتُهُ فَيُنْتَقَلُ طَعَامُهُ» مَحْضُ الْقِيَاسِ وَتَمْثِيلُ مَا فِي ضَرْعِ الْمَاشِيَةِ مِنْ اللَّبَنِ بِمَا فِي الْخِزَانَةِ مِنْ الطَّعَامِ فَنَبَّهَ عَلَى أَنَّ قِيَاسَ الْفَرْعِ عَلَى الْأَصْلِ إنَّمَا يَكُونُ لِعِلَّةٍ جَامِعَةٍ بَيْنَهُمَا وَهُوَ الِاخْتِزَانُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا مِنْ نَبِيٍّ إلَّا وَقَدْ رَعَى غَنَمًا قِيلَ لَهُ وَأَنْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ وَأَنَا» جَاءَ هَذَا الِاسْتِفْهَامُ، وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ عَامًّا لِمَا يَحْتَمِلُ مِنْ التَّخْصِيصِ، وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهُ الْعُمُومَ فَبَيَّنَ هُوَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَصْدَ الْعُمُومِ وَمُقْتَضَى اللَّفْظِ، وَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ: إنَّ رِعَايَةَ الْأَنْبِيَاءِ الْغَنَمَ إنَّمَا كَانَ عَلَى سَبِيلِ التَّعْلِيمِ وَالتَّدْرِيبِ فِي رِعَايَةِ أُمَمِهِمْ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِيَأْخُذُوا بِحَظٍّ مِنْ التَّوَاضُعِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَلَعَلَّ هَذَا مِنْ الْوُجُوهِ الَّتِي جَعَلَتْ لِأَهْلِ الْغَنَمِ السَّكِينَةَ وَلِذَلِكَ خُصَّ الْأَنْبِيَاءُ بِرَعْيِهَا دُونَ رَعْيِ سَائِرِ الْمَوَاشِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ وَالْبَدْءِ بِالْأَكْلِ قَبْلَ الصَّلَاةِ]
(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ لَا يَعْجَلُ عَنْ عَشَائِهِ مَعَ سَمَاعِهِ قِرَاءَةَ الْإِمَامِ لِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا حَضَرَ الْعَشَاءُ وَأُقِيمَتْ الصَّلَاةُ فَابْدَءُوا بِالْعَشَاءِ» وَذَلِكَ لِوَجْهَيْنِ:
أَحَدُهُمَا: أَنْ يَخْلُوَ بَالُهُ لِصَلَاتِهِ فَلَا يُعْجِلُهُ عَنْهَا وَلَا يَشْغَلُهُ فِيهَا حَاجَتُهُ إلَى الطَّعَامِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ لَهُ أَصْحَابٌ قَدْ وَضَعُوا عَشَاءَهُمْ فَيَشْتَغِلُ عَنْهُمْ بِصَلَاتِهِ فَيَضُرُّ ذَلِكَ بِهِمْ وَرُبَّمَا كَانَ مِنْ الطَّعَامِ الَّذِي يَذْهَبُ طِيبُهُ وَيَتَغَيَّرُ إذَا بَرَدَ كَالثَّرِيدِ وَنَحْوِهِ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ.
وَرُوِيَ عَنْ «النَّبِيِّ

(291/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ عَنْ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سُئِلَ عَنْ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ فَقَالَ: انْزِعُوهَا وَمَا حَوْلَهَا فَاطْرَحُوهُ») .

[المنتقى]
– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ يَحْتَزُّ مِنْ كَتِفِ شَاةٍ فَدُعِيَ إلَى الصَّلَاةِ فَأَلْقَاهَا ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ» فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَنَّهُ كَانَ آكِلًا وَحْدَهُ وَأَمِنَ أَنْ يَشْغَلَهُ ذَلِكَ فِي صَلَاتِهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى سَعَةِ وَقْتِ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «انْزِعُوهَا وَمَا حَوْلَهَا فَاطْرَحُوهُ» يَقْتَضِي أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ سَمْنٍ جَامِدٍ وَلَوْ كَانَ ذَائِبًا لَمْ يَتَمَيَّزْ مَا حَوْلَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ جَامِدًا نَجِسَ مَا جَاوَرَهَا بِنَجَاسَتِهَا وَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الطَّهَارَةِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَيَكُونُ سَائِرُ ذَلِكَ حَلَالًا طَيِّبًا وَأَمَّا إنْ كَانَ ذَائِبًا كَالزَّيْتِ فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ، وَإِنْ أَمِنَ أَنْ يَكُونَ سَالَ مِنْهَا فِيهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ مَوْتَهَا فِيهِ يُنَجِّسُهَا.
وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ إذَا أُخْرِجَتْ الْفَأْرَةُ مِنْ الزَّيْتِ حِينَ مَاتَتْ فِيهِ لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا شَيْءٌ فِيهِ وَلَكِنِّي أَخَافُ فَلَا أُحِبُّ أَنْ آكُلَهُ وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ يَرَى أَنَّ

لِمَوْتِ الْحَيَوَانِ فِي الزَّيْتِ وَسَائِرِ الْمَائِعَاتِ مَزِيَّةً فِي تَنْجِيسِهِ وَمَا رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ حَكَمَ بِنَجَاسَتِهِ لَمَّا خَافَ أَنْ يَخْرُجَ مِنْهُ فِي الزَّيْتِ وَالْقَوْلَانِ فِيهِمَا نَظَرٌ وَذَلِكَ أَنَّ الْمَوْتَ عَرَضٌ لَا يُؤَثِّرُ فِي طَهَارَةٍ وَلَا نَجَاسَةٍ وَلَا يُوصَفُ بِهَا وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَا يَخْرُجُ مِنْ الْحَيَوَانِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ أَشَدَّ نَجَاسَةً مِنْ الْمَيْتَةِ، وَقَدْ يَحْسُنُ الزَّيْتُ بِمُجَاوَرَتِهِ وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ مَعْمَرٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَزَادَ فِيهِ «، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَلَا تَقْرَبُوهُ» وَقَالَ فِيهِ عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنُ زِيَادٍ عَنْ مَعْمَرٍ بِهَذَا الْإِسْنَادِ «، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَانْتَفِعُوا بِهِ وَاسْتَصْبِحُوا» فَإِنْ ثَبَتَتْ هَذِهِ الزِّيَادَةُ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ هَذَا الدُّهْنُ كَثِيرًا أَوْ قَلِيلًا فَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَفِي كِتَابِ السِّيَرِ لِابْنِ سَحْنُونٍ رِوَايَةٌ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ فِي الْجِبَابِ الَّتِي بِالشَّامِ لِلزَّيْتِ تَمُوتُ فِيهِ الْفَأْرَةُ إنَّ ذَلِكَ لَا يَضُرُّ الزَّيْتَ وَلَيْسَ الزَّيْتُ كَالْمَاءِ فِي هَذَا وَكَذَلِكَ سَمِعْت.

وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ الْأَنْدَلُسِيُّ فِي ثَمَانِيَتِهِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ إذَا وَقَعَتْ الْفَأْرَةُ أَوْ الدَّجَاجَةُ فِي الْبِئْرِ وَهِيَ مَيْتَةٌ فَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى الْمَاءِ وَإِلَى مَا سَقَطَتْ فِيهِ زَيْتًا كَانَ أَوْ سَمْنًا أَوْ شَرَابًا فَإِذَا كَانَ كَثِيرًا وَلَمْ يَتَغَيَّرْ لَوْنُهُ وَلَا طَعْمُهُ وَلَا رِيحُهُ أُزِيلَ عَنْهُ مَا فِي الْمَيْتَةِ ثُمَّ كَانَ سَائِرُهُ حَلَالًا طَيِّبًا هَذَا إنْ وَقَعَتْ فِيهِ مَيْتَةٌ وَلَوْ مَاتَتْ فِيهِ لَكَانَ نَجِسًا وَإِنْ كَثُرَ وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ جِبَابِ الزَّيْتِ تَقَعُ فِيهِ الْفَأْرَةُ فَكَرِهَ ذَلِكَ الزَّيْتَ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ فِي الْمَائِعَاتِ كُلِّهَا غَيْرَ الْمَاءِ، وَلَوْ كَانَتْ الْمَائِعَاتُ تَحْتَمِلُ النَّجَاسَاتِ وَلَا تُنَجَّسُ إلَّا بِالتَّغَيُّرِ لَوَجَبَ أَنْ تَطْهُرَ بِهَا النَّجَاسَةُ كَالْمَاءِ لَمَّا احْتَمَلَ النَّجَاسَةَ وَلَمْ يُنَجَّسْ إلَّا بِالتَّغَيُّرِ طَهُرَتْ النَّجَاسَةُ مِنْ الْجَسَدِ أَوْ الثَّوْبِ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْنَا بِنَجَاسَتِهِ لِقِلَّتِهِ أَوْ مَعَ كَثْرَتِهِ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ فَهَلْ يَطْهُرُ بِالْغَسْلِ وَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَالْوَاضِحَةِ فَإِنْ طُبِخَ ثُمَّ ظَهَرَتْ فِيهِ فَأْرَةٌ قَدْ تَفَسَّخَتْ وَهِيَ مِنْ مَاءِ الْبِئْرِ الَّذِي طُبِخَ بِمَائِهَا فَأَمَرَ مَالِكٌ أَنْ يُغْلَى وَيُتَمَّ طَبْخُهُ بِمَاءٍ طَاهِرٍ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ أَجَازَ بَيْعَهُ وَالِادِّهَانَ بِهِ وَاسْتَحْسَنَهُ أَصْبَغُ فِي الْكَثِيرِ وَرَأَى أَنَّ فِي الْيَسِيرِ لَا ضَرَرَ فِيهِ أَنْ يُطْرَحَ وَيُوقَدَ بِهِ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ عُمَرَ إنَّمَا خَفَّفَهُ مَالِكٌ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِي مَاءِ الْبِئْرِ تَمُوتُ فِيهِ الْفَأْرَةُ وَلَا تُغَيِّرُهُ وَعِنْدَ عَبْدِ الْمَلِكِ لَا يَجُوزُ مِثْلُ هَذَا فِي زَيْتٍ تَمُوتُ فِيهِ الْفَأْرَةُ؛ لِأَنَّ الْفَأْرَةَ لَمْ تَمُتْ فِي الْبِئْرِ إنَّمَا مَاتَتْ فِي مَاءِ الْبِئْرِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ فَرَّغَ عَشْرَ جِرَارِ سَمْنٍ فِي زِقَاقٍ ثُمَّ وَجَدَ فِي جَرَّةٍ مِنْهَا فَأْرَةً يَابِسَةً وَلَا يَدْرِي مِنْ أَيِّ الزِّقَاقِ فَرَّغَهَا أَنَّهُ يَحْرُمُ أَكْلُ جَمِيعِ الزِّقَاقِ وَبَيْعُهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا قَوْلٌ آخَرُ يَمْنَعُ غَسْلَهُ فَأَمَّا

مَا يُتَّقَى مِنْ الشُّؤْمِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِيّ بْنِ دِينَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إنْ كَانَ فَفِي الْفَرَسِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَسْكَنِ يَعْنِي الشُّؤْمَ» مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ حَمْزَةَ وَسَالِمٍ ابْنَيْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الشُّؤْمُ فِي الدَّارِ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَرَسِ» مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ «جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ دَارٌ سَكَنَّاهَا وَالْعَدَدُ كَثِيرٌ وَالْمَالُ وَافِرٌ فَقَلَّ الْعَدَدُ وَذَهَبَ الْمَالُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – دَعُوهَا ذَمِيمَةً»)

[المنتقى]

اعْتِبَارُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ مَوْتَهَا فِي الْمَاءِ دُونَ أَلْبَانٍ فَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يُنَجَّسَ الْمَاءُ لِمَوْتِ الْفَأْرَةِ فِيهِ عَلَى تَسْلِيمِ هَذَا لَهُ ثُمَّ تُنَجَّسُ الْأَلْبَانُ بِمُخَالَطَتِهِ إيَّاهُ فَإِذَا جَازَ غَسْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَتَطْهِيرُهُ بِالطَّبْخِ بِالْمَاءِ فَكَذَلِكَ الزَّيْتُ الَّذِي مَاتَتْ فِيهِ الْفَأْرَةُ وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ بِغَسْلِهِ أَنَّهُ يَتَمَيَّزُ مِنْ الْمَاءِ فَجَازَ غَسْلُهُ كَالثَّوْبِ وَوَجْهُ الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ مَائِعٌ فَلَا يَصِحُّ غَسْلُهُ مِنْ النَّجَاسَةِ كَالْعَسَلِ وَالْخَلِّ.

(فَرْعٌ) فَإِذَا قُلْت: يَطْهُرُ بِالْغَسْلِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَالِادِّهَانُ بِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَكْلُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: إنَّهُ لَا يَطْهُرُ بِالْغَسْلِ أَوْ كَانَ غَيْرَ مَغْسُولٍ فَقَدْ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي جِبَابِ الزَّيْتِ إذَا وَقَعَتْ بِهِ مَيْتَةٌ لَمْ يَخْتَلِفْ الْعُلَمَاءُ فِي تَحْرِيمِ أَكْلِهِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي الِانْتِفَاعِ بِهِ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى غَسْلَهُ. وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الزَّيْتِ النَّجِسِ يَجُوزُ الِاسْتِصْبَاحُ بِهِ فِي غَيْرِ الْمَسَاجِدِ لِلْمُتَحَفِّظِ مِنْ نَجَاسَتِهِ وَيُعْمَلُ مِنْهُ الصَّابُونُ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي شَيْءٍ وَلَوْ طَرَحَهُ فِي الْكِرْبَاسِ يُرِيدُ الِانْتِفَاعَ بِهِ لِكَرَاهِيَتِهِ لَهُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ وَأَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مَا احْتَجَّ بِهِ ابْنُ حَبِيبٍ مِنْ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ فِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ «هَلَّا انْتَفَعْتُمْ بِهِ» وَقَالَ إنَّمَا حَرُمَ أَكْلُهَا فَأَبَاحَ الِانْتِفَاعَ وَمَنَعَ مِنْ الْأَكْلِ مَعَ النَّجَاسَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ مَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ «انْزِعُوهَا وَمَا حَوْلَهَا فَاطْرَحُوهُ» فَأَمَرَ بِطَرْحِ مَا نَجِسَ مِنْ السَّمْنِ وَكَذَلِكَ يَمْنَعُ الِانْتِفَاعَ بِهِ.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ مَعْمَرٍ «، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَلَا تَقْرَبُوهُ» وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ خَفَّفَ مَالِكٌ أَنْ يُدْهَنَ بِهِ النِّعَالُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَتُغْسَلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا عَلَى رِوَايَةِ مَنْ يَرَى أَنَّ غَسْلَ الزَّيْتِ يُطَهِّرُهُ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُدْهَنُ النِّعَالُ بِالزَّيْتِ لِتَبْقَى فِيهَا رُطُوبَةٌ، وَإِذَا كَانَ الزَّيْتُ نَجِسًا لَمْ تَطْهُرْ النِّعَالُ مَا دَامَ بَقِيَ فِيهَا بَقِيَّةٌ مِنْ

الزَّيْتِ النَّجِسِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ قَدْ طَهُرَتْ بِالْغَسْلِ.
وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ رَوَى ابْنُ رُشْدٍ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الزَّيْتِ إذَا أَصَابَتْهُ النَّجَاسَةُ تُغْسَلُ وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ يَعْتَنِي بِذَلِكَ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ مَالِكٍ فِي الْأَلْبَانِ.
وَقَدْ قَالَ سَحْنُونٌ فِي فَأْرَةٍ وُجِدَتْ يَابِسَةً فِي زَيْتٍ: إنَّ ذَلِكَ خَفِيفٌ وَيُبْسُهَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ صَبُّوا عَلَيْهَا الزَّيْتَ وَهِيَ يَابِسَةٌ لَمْ تَمُتْ فِيهِ.
(فَرْعٌ) وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ عِنْدَ مَالِكٍ حَالَ نَجَاسَتِهِ مِنْ مُسْلِمٍ وَلَا نَصْرَانِيٍّ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَعَلَى ذَلِكَ أَصْحَابُ مَالِكٍ إلَّا ابْنَ وَهْبٍ فَإِنَّهُ أَجَازَ بَيْعَهُ إذَا بُيِّنَ وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسَالِمٍ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَوَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي مَنْعِ بَيْعِ مَا يُنَجَّسُ مِنْ ذَلِكَ مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ فِي الْخَمْرِ: «إنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا» وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الْمَطْعُومِ حَرُمَ شُرْبُهُ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُهُ كَالْخَمْرِ فَإِذَا قُلْنَا: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَإِنَّهُ إذَا وَقَعَ رُدَّ وَلَوْ فَاتَ الزَّيْتُ لَزِمَ رَدُّ الثَّمَنِ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

[مَا يُتَّقَى مِنْ الشُّؤْمِ]
(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنْ كَانَ فَفِي الْفَرَسِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَسْكَنِ» وَقَوْلُهُ

(293/7)

. . . .

[المنتقى]
- صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَعْنِي الشُّؤْمَ ذَكَرَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ إنْ كَانَ النَّاسُ يَعْتَقِدُونَ الشُّؤْمَ فَإِنَّمَا يَعْتَقِدُونَهُ فِي الْفَرَسِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَسْكَنِ وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الدَّارِ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَرَسِ يُرِيدُ أَنَّ مَا يَعْتَقِدُونَهُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّمَا يَعْتَقِدُونَهُ فِي هَذِهِ الثَّلَاثِ وَقِيلَ: إنَّ مَعْنَاهُ إنْ كَانَ لِلشُّؤْمِ حُكْمٌ ثَابِتٌ فَإِنَّمَا هُوَ فِي هَذِهِ الثَّلَاثِ فَوَرَدَ هَذَا الْحَدِيثُ عَلَى التَّجْوِيزِ وَوَرَدَ الْحَدِيثُ الثَّانِي عَلَى الْقَطْعِ بِهِ وَالْإِثْبَاتِ لَهُ فِي الدَّارِ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَرَسِ وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ الْبَارِي - عَزَّ وَجَلَّ - يُجْرِي الْعَادَةَ فِي دَارٍ أَنَّ مَنْ سَكَنَهَا مَاتَ وَقَلَّ مَالُهُ وَتَوَالَتْ عَلَيْهِ الرَّزِيَّاتُ وَالْمَصَائِبُ وَأَجْرَى الْعَادَةَ أَيْضًا فِي دَارٍ أُخْرَى بِخِلَافِ ذَلِكَ دُونَ أَنْ يَكُونَ لِلدَّارِ فِي ذَلِكَ صُنْعٌ أَوْ تَأْثِيرٌ وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُجْرِيَ اللَّهُ تَعَالَى الْعَادَةَ بِأَنَّ مَنْ تَزَوَّجَهَا

تَقْرُبُ وَفَاتُهُ وَيَقِلُّ مَالُهُ وَتَكْثُرُ حَوَائِجُهُ، وَأَجْرَى اللَّهُ الْعَادَةَ أَيْضًا فِي امْرَأَةٍ أُخْرَى بِخِلَافِ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ فَذَكَرَ مِثْلَ هَذَا وَتَوَالَى لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَمْرَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ اعْتِقَادِ النَّاسِ لِذَلِكَ.

وَرُوِيَ «عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: إنَّمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُحَدِّثُ عَنْ أَقْوَالِ الْجَاهِلِيَّةِ» أَوْ عَلَى أَنَّ الْبَارِيَ تَعَالَى جَعَلَهُ عَادَةً جَارِيَةً كَمَا أَجْرَى الْعَادَةَ بِأَنَّ مَنْ شَرِبَ السُّمَّ مَاتَ وَمَنْ قُطِعَ رَأْسُهُ مَاتَ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَمْ يَدْرِ مَا يَكُونُ مِنْ حَالِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَقَدْ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ مَالِكٌ فَقَالَ تَفْسِيرُهُ فِيمَا أَرَى – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – كَمْ مِنْ دَارٍ قَدْ سَكَنَهَا نَاسٌ فَهَلَكُوا ثُمَّ سَكَنَهَا آخَرُونَ فَهَلَكُوا ثُمَّ سَكَنَهَا آخَرُونَ فَهَلَكُوا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ دَارٌ سَكَنَّاهَا وَالْعَدَدُ كَثِيرٌ وَالْمَالُ وَافِرٌ فَقَلَّ الْعَدَدُ وَذَهَبَ الْمَالُ عَلَى سَبِيلِ التَّوَجُّعِ مِنْ أَمْرِ الدَّارِ وَمَا ثَبَتَ فِي نُفُوسِهِمْ مِنْهَا وَاعْتَقَدُوهُ مِنْ حَالِهَا وَالسُّؤَالُ عَمَّا يَجُوزُ مِنْ اجْتِنَابِهَا إذْ هُوَ أَمْرٌ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ فِي مِثْلِهَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَلَّ مَا لَهُمْ بِهَا لِجَدْبِهَا وَقِلَّةِ خِصْبِهَا أَوْ وَخَامَتِهَا وَقِلَّةِ نَمَاءِ مَاشِيَتِهِمْ بِهَا وَقَلَّ عَدَدُهُمْ لِقِلَّةِ مَالِهِمْ أَوْ لِوَخَامَةِ الْبَلَدِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «دَعُوهَا ذَمِيمَةً» مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – ارْحَلُوا عَنْهَا وَاتْرُكُوهَا مَذْمُومَةً وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ مَذْمُومَةً لِمَا وَصَفُوهَا بِهِ مِنْ التَّشَاؤُمِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ إبَاحَةَ رَحِيلِهِمْ عَنْهَا لِأَجْلِ مَا جَرَى لَهُمْ فِيهَا وَذَمِّهِمْ لَهَا بِذَلِكَ مَعَ اعْتِقَادِهِمْ أَنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَأَنَّ مَا قَدَّرَهُ نَافِذٌ لَعَلَّهُ قَدْ قَدَّرَ بِانْتِقَالِهِمْ عَنْهَا تَأْخِيرَ آجَالِهِمْ وَبَقَاءَ أَمْوَالِهِمْ كَمَا يَجُوزُ لِلْفَارِّ مِنْ الْأَسَدِ أَنْ يَفِرَّ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ لَا مَنْجَا مِنْ الْقَدْرِ وَلَكِنْ لَعَلَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ قَدَّرَ السَّلَامَةَ فِي الْفِرَارِ مِنْهُ.

وَقَدْ رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – «عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي الطَّاعُونِ إذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدَمُوا عَلَيْهِ» ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْجُو أَحَدٌ مِنْ الْقَدْرِ وَلَا يُجَاوِزُ الْأَجَلَ وَلَكِنَّهُ يَعْتَقِدُ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ قَدَّرَ السَّلَامَةَ فِي التَّوَقُّفِ عَنْهُ وَمَنَعَ الْمُقِيمَ بِبَلَدِ الطَّاعُونِ أَنْ يَفِرَّ عَنْهُ.

وَقَدْ رَوَى الزُّهْرِيُّ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا طِيَرَةَ وَخَيْرُهَا الْفَأْلُ قَالَ وَمَا الْفَأْلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الْكَلِمَةُ الصَّالِحَةُ يَسْمَعُهَا أَحَدُكُمْ» «وَقَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمُعَاوِيَةَ بْنِ الْحَكَمِ حِينَ قَالَ لَهُ كُنَّا نَتَطَيَّرُ قَالَ: إنَّمَا ذَلِكَ شَيْءٌ يَجِدُهُ أَحَدُكُمْ فِي نَفْسِهِ فَلَا يَصُدَّنَّكُمْ» فَمَنَعَ مِنْ التَّطَيُّرِ بِمَا يَرَاهُ الْإِنْسَانُ مِنْ طَائِرٍ أَوْ سَانِحٍ أَوْ بَارِحٍ.

وَقَدْ رَوَى عِكْرِمَةُ كُنْت عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَمَرَّ طَائِرٌ يَصِيحُ فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ الْقَوْمِ خَيْرٌ خَيْرٌ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ مَا عِنْدَ هَذَا خَيْرٌ وَلَا شَرٌّ، وَقَدْ كَانَ كَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ يَتَنَزَّهُونَ عَنْ التَّطَيُّرِ وَيَعِيبُونَهُ قَالَ

الْمُرَقَّشُ

وَلَقَدْ غَدَوْت وَكُنْت لَا ... أَغْدُو عَلَى وَاقٍ وَحَائِمِ

فَإِذَا الْأَشَائِمُ كَالْأَيَا ... مِنْ وَالْأَيَامِنُ كَالْأَشَائِمِ

فَعَلَى هَذَا مَا يَجْرِي مِنْ هَذَا الْمَعْنَى عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: ضَرْبٌ مِنْهَا أَمْرٌ ثَابِتٌ فِي عَيْنٍ مِنْ الْأَعْيَانِ فَإِذَا

(294/7)

مَا يُكْرَهُ مِنْ الْأَسْمَاءِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ لِلِقْحَةٌ تُحْلَبُ مَنْ يَحْلُبُ هَذِهِ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا اسْمُك فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ مُرَّةُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اجْلِسْ ثُمَّ قَالَ مَنْ يَحْلُبُ هَذِهِ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا اسْمُك فَقَالَ حَرْبٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اجْلِسْ ثُمَّ قَالَ مَنْ يَحْلُبُ هَذِهِ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا اسْمُك فَقَالَ يَعِيشُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اُحْلُبْ»)

[المنتقى]

كَثُرَ الضَّرَرُ فِيهِ مِثْلَ مَا يَبْدُو مِنْ الشُّؤْمِ فِي الدَّارِ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَرَسِ فَلِلْإِنْسَانِ تَرْكُهُ وَالْبُعْدُ عَنْهُ إمَّا لِيُزِيلَ مَا يَقَعُ فِي نَفْسِهِ مِنْ الضَّرَرِ بِالْبَقَاءِ عَلَيْهِ أَوْ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ قَدْ أَجْرَى الْعَادَةَ بِالِاسْتِضْرَارِ فِيهِ فَيَبْعُدُ عَنْ ذَلِكَ وَالضَّرْبُ الثَّانِي مَا يَطْرَأُ مِنْ الضَّرَرِ الْخَارِقِ لِلْعَادَةِ فِي وَقْتٍ مِنْ الْأَوْقَاتِ غَيْرِ مُتَّصِلٍ مِثْلَ الطَّاعُونِ يَقَعُ بِبَلَدٍ فَهَذَا لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَفِرَّ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ بِهِ ضَرَرٌ إلَيْهِ وَإِنَّمَا يَخَافُ ضَرَرًا مُسْتَقْبَلًا وَلَا يَقْدُمُ الْخَارِجُ عَنْهُ عَلَيْهِ لِظُهُورِ الضَّرَرِ بِهِ وَالضَّرْبُ الثَّالِثُ مَا يُتَطَيَّرُ بِهِ مِنْ الطَّيْرِ وَالْعِطَاسِ وَالسَّانِحِ وَالْبَارِحِ وَأَقْوَالِ الْكُهَّانِ فَهَذَا لَا يَجِبُ أَنْ يُعْرَجَ عَلَيْهِ وَلَا يُمْنَعُ مِنْ شَيْءٍ وَلَا يَبْعَثُ عَلَى آخَرَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِتِلْكَ الْعَيْنِ تَأْثِيرٌ مُعْتَادٌ وَلَا نَادِرٌ وَلَا أَمْرٌ مُطَّرِدٌ ثَابِتٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَالْأَيَّامُ لَا تَأْثِيرَ لَهَا فِي شُؤْمٍ وَلَا سَعَادَةٍ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الْحِجَامَةِ وَالِاطِّلَاءِ يَوْمَ السَّبْتِ وَيَوْمَ الْأَرْبِعَاءِ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَلَيْسَ يَوْمٌ إلَّا وَقَدْ احْتَجَمْتُ فِيهِ وَلَا أَكْرَهُ شَيْئًا مِنْ هَذَا حِجَامَةً وَلَا اطِّلَاءً وَلَا نِكَاحًا وَلَا سَفَرًا فِي شَيْءٍ مِنْ الْأَيَّامِ مِنْ الْخُرُوجِ وَالسَّفَرِ.

[مَا يُكْرَهُ مِنْ الْأَسْمَاءِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِلَّذِي أَرَادَ حَلْبَ النَّاقَةِ مَا اسْمُك يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ قَصَدَ أَنْ يَعْرِفَ اسْمَهُ لِيَدْعُوَهُ بِهِ إذَا أَرَادَ أَنْ يَأْمُرَهُ أَوْ يَنْهَاهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ التَّفَاؤُلَ فَلَمَّا قَالَ لَهُ حَرْبٌ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هَذَا الِاسْمَ وَكَانَ يَكْرَهُ مِنْ الْأَسْمَاءِ مَا قَبُحَ مِنْهَا.

وَقَدْ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – غَيَّرَ اسْمَ ابْنَةٍ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ كَانَ اسْمُهَا عَاصِيَةً فَسَمَّاهَا جَمِيلَةً» وَرَوَى الزُّهْرِيُّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ أَبَاهُ جَاءَ إلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ لَهُ مَا اسْمُك قَالَ حُزْنٌ قَالَ لَهُ أَنْتَ سَهْلٌ قَالَ لَا أُغَيِّرُ اسْمًا سَمَّانِيهِ أَبِي قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَمَا زَالَتْ الْحُزُونَةُ فِينَا بَعْدُ» وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الطِّيَرَةِ الْمَمْنُوعَةِ أَنَّ الطِّيَرَةَ لَيْسَ فِي لَفْظِهَا وَلَا فِي مَنْظَرِهَا شَيْءٌ مَكْرُوهٌ وَلَا مُسْتَبْشَعٌ وَإِنَّمَا يُعْتَقَدُ أَنَّ عِنْدَ لِقَائِهَا عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ يَكُونُ الشُّؤْمُ وَيَمْتَنِعُ الْمُرَادُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ هَذِهِ الْأَسْمَاءُ فَإِنَّهَا أَسْمَاءٌ مَكْرُوهَةٌ قَبِيحَةٌ يُسْتَبْشَعُ ذِكْرُهَا وَسَمَاعُهَا وَيُذَكِّرُ بِمَا يُحْذَرُ مِنْ مَعَانِيهَا فَاسْمُ حَرْبٍ يُذَكِّرُ بِمَا يُحْذَرُ مِنْ الْحَرْبِ وَكَذَلِكَ مُرَّةُ فَتَكْرَهُهُ النُّفُوسُ لِذَلِكَ، وَكَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُحِبُّ الْفَأْلَ الْحَسَنَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ «أُحِبُّ الْفَأْلَ قِيلَ لَهُ وَمَا الْفَأْلُ قَالَ الْكَلِمَةُ الْحَسَنَةُ» وَهِيَ الَّتِي تُذْكَرُ بِمَا يَرْجُوهُ مِنْ الْخَيْرِ فَتُسَرُّ بِهِ النَّفْسَ وَرُبَّمَا كَانَ بِمَعْنَى الْبِشَارَةِ بِمَا قَدَّرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ الْخَيْرِ وَلِذَلِكَ «قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَوْمَ الْحُدَيْبِيَةِ، وَقَدْ طَلَعَ سُهَيْلُ بْنُ عُمَرَ، وَقَدْ سُهِّلَ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ فَكَانَ كَمَا قَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –» .

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْمَنْعُ يَتَعَلَّقُ بِالْأَسْمَاءِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَبِيحِ الْأَسْمَاءِ كَحَرْبٍ وَحُزْنٍ وَمُرَّةَ وَالثَّانِي مَا فِيهِ تَزْكِيَةٌ مِنْ بَابِ الدِّينِ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ زَيْنَبَ كَانَ اسْمُهَا بُرَّةَ فَقِيلَ تُزَكِّي نَفْسَهَا فَسَمَّاهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – زَيْنَبَ وَقَالَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –

. . . .

نَهَانِي عَنْ هَذَا الِاسْمِ وَسُمِّيت بُرَّةَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِأَهْلِ الْبِرِّ مِنْكُمْ» قَالَ مَالِكٌ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَسَمَّى الرَّجُلُ بِيَاسِينَ وَلَا بِمَهْدِيٍّ وَلَا بِجِبْرِيلَ قِيلَ لَهُ فَالْهَادِي قَالَ هَذَا أَقْرَبُ؛ لِأَنَّ الْهَادِيَ هَادِي الطَّرِيقِ.

وَرُوِيَ عَنْ كُرَيْبٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ «كَانَتْ جُوَيْرِيَةُ اسْمُهَا بُرَّةُ فَحَوَّلَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اسْمَهَا جُوَيْرِيَةَ» وَكَانَ يَكْرَهُ أَنْ يُقَالَ خَرَجَ مِنْ عِنْدِ بُرَّةَ فَتَعَلَّقَ الْمَنْعُ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لِمَا فِيهِ مِنْ تَزْكِيَتِهَا نَفْسَهَا بِمَا تَسَمَّتْ بِهِ وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لِهُجْنَةِ اللَّفْظِ فِي قَوْلِهِمْ عَنْهُ خَرَجَ مِنْ عِنْدِ بُرَّةَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ «نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ نُسَمِّيَ رَقِيقَنَا بِأَرْبَعَةِ أَسْمَاءٍ أَفْلَحَ وَرَبَاحٍ وَيَسَارٍ وَنَافِعٍ» .

وَرُوِيَ عَنْهُ وَلَا نُجَيْحًا مَكَانَ نَافِعٍ، وَقَالَ فَإِنَّك تَقُولُ أَثَمَّ هُوَ فَلَا يَكُونُ ثُمَّ فَيَقُولُ لَا فَأَشَارَ إلَى مَعْنَى التَّفَاؤُلِ بِأَنْ يَقُولَ لَيْسَ هُنَا يَسَارٌ أَوْ لَيْسَ هُنَا أَفْلَحُ أَوْ لَيْسَ هُنَا رَبَاحٌ.

وَقَدْ رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ «أَرَادَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ يَنْهَى أَنْ يُسَمَّى بِمُقْبِلٍ وَبِبَرَكَةَ وَأَفْلَحَ وَيَسَارٍ وَنَافِعٍ وَبِنَحْوِ ذَلِكَ ثُمَّ رَأَيْته سَكَتَ بَعْدُ عَنْهَا فَلَمْ يَقُلْ شَيْئًا ثُمَّ قُبِضَ وَلَمْ يَنْهَ عَنْ ذَلِكَ» ثُمَّ أَرَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَنْهَى عَنْ ذَلِكَ ثُمَّ تَرَكَهُ.

وَقَدْ رَوَى سَمُرَةُ بْنُ جُنْدُبٍ النَّهْيَ وَإِنَّمَا هُوَ نَهْيٌ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ لِلَّفْظِ وَيُحْتَمَلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَكُونَ حَدِيثُ سَمُرَةَ فِي كَرَاهِيَةِ التَّسْمِيَةِ بِذَلِكَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَحَدِيثُ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ فِي أَنَّهُ أَرَادَ النَّهْيَ عَلَى التَّحْرِيمِ وَالتَّغْيِيرِ لِاسْمِ مَنْ كَانَ سُمِّيَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَمَاتَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَمْ يُغَيِّرْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَإِنَّمَا غَيَّرَ مِنْ الْأَسْمَاءِ مَنْ أَرَادَ الْأَخْذَ فِيهِ بِالْأَفْضَلِ دُونَ مَنْ أَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى الْجَائِزِ، وَلِذَلِكَ أَقَرَّ حُزْنًا عَلَى مَا أَرَادَ مِنْ الِاسْتِمْسَاكِ بِاسْمِهِ وَرَضِيَهُ وَكَرِهَ تَغْيِيرَهُ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ مُحَرَّمًا لَمْ يُقِرَّهُ عَلَى ذَلِكَ وَلِذَلِكَ أَقَرَّ حَرْبًا وَمُرَّةَ عَلَى أَسْمَائِهِمَا وَلَمْ يَأْمُرْهُمَا بِتَغْيِيرِهِمَا مَعَ كَرَاهِيَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ تُمْنَعُ التَّسْمِيَةُ مَعَ تَحْرِيمٍ لِمَا فِيهَا مِنْ التَّعَاظُمِ وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يُوصَفَ بِهِ غَيْرُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَاهُ أَبُو الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «أَشْنَعُ الْأَسْمَاءِ عِنْدَ اللَّهِ رَجُلٌ تَسَمَّى مَلِكَ الْأَمْلَاكِ لَا مَلِكَ إلَّا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ» قَالَ سُفْيَانُ تَفْسِيرُهُ شاهان شاه.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ مُنِعَ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ يَكْتَنِيَ أَحَدٌ بِكُنْيَتِهِ وَرَوَى سَالِمُ بْنُ أَبِي الْجَعْدِ عَنْ

جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «سَمُّوا بِاسْمِي وَلَا تُكَنُّوا بِكُنْيَتِي فَإِنَّمَا أَنَا قَاسِمٌ أَقْسِمُ بَيْنَكُمْ» وَرَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «تَسَمَّوْا بِاسْمِي وَلَا تُكَنُّوا بِكُنْيَتِي» فَنَهَى عَنْ أَنْ يَدْعُوَ أَحَدٌ أَحَدًا بِأَبِي الْقَاسِمِ وَنَهَى أَنْ يُكْتَنَى أَحَدٌ بِهَا وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى حُمَيْدٍ عَنْ أَنَسٍ قَالَ «نَادَى رَجُلٌ رَجُلًا بِالْبَقِيعِ يَا أَبَا الْقَاسِمِ فَالْتَفَتَ إلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي لَمْ أَعْنِك إنَّمَا دَعَوْت فُلَانًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – سَمُّوا بِاسْمِي وَلَا تُكَنُّوا بِكُنْيَتِي» وَهَذَا الْمَعْنَى قَدْ عُدِمَ بَعْدَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلِذَلِكَ يَكُنِّي النَّاسُ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِهَذِهِ الْكُنْيَةِ فَمُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِيقِ وَمُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَمُحَمَّدُ بْنُ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُكَنَّى أَبَا الْقَاسِمِ وَكَذَلِكَ جَمَاعَةٌ مَعَهُمْ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَمَا عَلِمْت بَأْسًا أَنْ يُسَمَّى مُحَمَّدًا وَيُكَنَّى بِأَبِي الْقَاسِمِ قَالَ وَأَهْلُ مَكَّةَ يَتَحَدَّثُونَ مَا مِنْ بَيْتٍ فِيهِ اسْمُ مُحَمَّدٍ إلَّا رَأَوْا خَيْرًا وَرُزِقُوا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا اسْمُك فَقَالَ يَعِيشُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أُحْلُبْ» فَهَذَا عَلَى مَعْنَى التَّفَاؤُلِ بِحُسْنِ الِاسْمِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنَّهُ قَالَ يَوْمَ الْحُدَيْبِيَةِ لَمَّا وَرَدَ عَلَيْهِ سَهْلُ بْنُ عَمْرٍو قَالَ قَدْ سَهُلَ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ» وَلَا يَجْرِي هَذَا مَجْرَى الطِّيَرَةِ؛ لِأَنَّ الْفَأْلَ إنَّمَا هُوَ لِاسْتِحْسَانِ اسْمٍ يَتَضَمَّنُ نَجَاحًا أَوْ مَسَرَّةً أَوْ تَسْهِيلًا فَتَطِيبُ النَّفْسُ لِذَلِكَ

(296/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِرَجُلٍ مَا اسْمُك قَالَ جَمْرَةُ قَالَ ابْنُ مَنْ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ قَالَ مِمَّنْ قَالَ مِنْ الْحُرَقَةِ قَالَ أَيْنَ مَسْكَنُك قَالَ بِحَرَّةِ النَّارِ قَالَ بِأَيِّهَا قَالَ بِذَاتِ لَظًى فَقَالَ عُمَرُ أَدْرِكْ أَهْلَك فَقَدْ احْتَرَقُوا قَالَ فَكَانَ كَمَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ) .

[المنتقى]

وَيَقْوَى الْعَزْمُ عَلَى مَا قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِيمَا يَفْجَأُ مِنْ الْكَلَامِ دُونَ مَا يَتَرَقَّبُ سَمَاعَهُ وَيَقْدَمُ مِنْ أَجْلِهِ عَلَى مَا فَعَلَ أَوْ يَرْجِعُ مِنْ أَجْلِهِ عَنْ أَمْرٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ الِاسْتِقْسَامِ بِالْأَزْلَامِ وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ} [المائدة: 3] إلَى قَوْلِهِ {وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالأَزْلامِ} [المائدة: 3] وَالْأَزْلَامُ

قِدَاحٌ كَانَتْ الْعَرَبُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَتَّخِذُهَا فِي أَحَدِهَا افْعَلْ وَفِي الثَّانِي لَا تَفْعَلْ فَإِذَا أَرَادَتْ فِعْلَ شَيْءٍ اسْتَقْسَمَتْ بِهَا وَذَلِكَ بِأَنْ تُجِيلَهَا ثُمَّ تُلْقِيَهَا فَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ الَّذِي فِيهِ افْعَلْ أَقْدَمْت عَلَى الْفِعْلِ، وَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ الَّذِي فِيهِ لَا تَفْعَلْ امْتَنَعْت مِنْهُ عَلَى حَسْبِ مَا رُوِيَ عَنْ سُرَاقَةَ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: إذْ أَدْرَكَ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَأَبَا بَكْرٍ فِي سَفَرِ هِجْرَتِهِمَا إلَى الْمَدِينَةِ قَالَ فَرَفَعْتُهَا يَعْنِي فَرَسَهُ حَتَّى دَنَوْتُ مِنْهُمْ وَعَثَرَتْ بِي فَرَسِي فَخَرَرْت عَنْهَا فَقُمْت فَأَهْوَيْت بِيَدِي إلَى كِنَانَتِي فَاسْتَخْرَجْت مِنْهُ الْأَزْلَامَ فَاسْتَقْسَمْت بِهَا أَضُرُّهُمْ أَمْ لَا فَخَرَجَ الَّذِي أَكْرَهُ فَرَكِبْت فَرَسِي وَعَصَيْت الْأَزْلَامَ حَتَّى إذَا سَمِعْت قِرَاءَةَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَاخَتْ يَدَا فَرَسِي فِي الْأَرْضِ حَتَّى بَلَغَتْ الرُّكْبَتَيْنِ فَخَرَرْت عَنْهَا ثُمَّ زَجَرْتهَا وَاسْتَقْسَمْت بِالْأَزْلَامِ فَخَرَجَ الَّذِي أَكْرَهُ فَنَادَيْتُمْ بِالْأَمَانِ.

(فَرْعٌ) وَمِنْ هَذَا الْبَابِ رِقَاعٌ يُكْتَبُ فِيهَا مِثْلُ ذَلِكَ وَتُطْوَى ثُمَّ يُؤْخَذُ مِنْهَا وَاحِدَةٌ وَيُقْرَأُ مَا فِيهَا، وَقَدْ كَانَ يُجِبُّ بِحَالٍ فَإِذَا وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ مَا اقْتَضَى الْأَمْرَ بِالْفِعْلِ، وَإِذَا وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ أُخْرَى اقْتَضَى النَّهْيَ عَنْ الْفِعْلِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْخَطِّ، وَقَدْ يَكُونُ بِكَتِفٍ يُؤْخَذُ مِنْ شَاةٍ فَيُنْظَرُ فِيهِ، وَقَدْ يَكُونُ بِقُرْعَةٍ وَأَنْوَاعُهَا كَثِيرٌ، وَقَدْ يَكُونُ بِالنَّظَرِ فِي النُّجُومِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ، وَقَدْ يَكُونُ بِزَجْرِ الطَّيْرِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْعُطَاسِ غَيْرَ أَنَّ زَجْرَ الطَّيْرِ وَالْعُطَاسَ قَدْ يَقَعُ الْعَمَلُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَرَقُّبٍ لَهُ لَكِنَّ الْعَزْمَ عَلَى الْعَمَلِ بِهِ يَقُومُ مَقَامَ التَّرَقُّبِ لَهُ وَهَذَا كُلُّهُ مَمْنُوعٌ بِالشَّرْعِ وَإِنَّمَا أَبَاحَ الشَّرْعُ عِبَارَةَ الرُّؤْيَا عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ هَذَا وَأَمَّا الْخَطُّ فَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ فِي قَوْله تَعَالَى {أَوْ أَثَارَةٍ مِنْ عِلْمٍ} [الأحقاف: 4] قَالَ هُوَ الْخَطُّ.

وَرُوِيَ أَنَّهُ بُعِثَ نَبِيٌّ بِالْخَطِّ وَهَذِهِ كُلُّهَا أُمُورٌ ضِعَافٌ لَا يَصِحُّ مِنْهَا شَيْءٌ وَلَا يَصِحُّ فِيهَا أَثَرٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَلَا غَيْرِهِ وَابْنُ عَبَّاسٍ أَعْلَمُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَبِكَلَامِ الْعَرَبِ مِنْ أَنْ يَقُولَ مِثْلَ هَذَا وَأَمَّا مَا رُوِيَ «عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ صَرَفَ مَنْ اسْمُهُ مُرَّةُ وَحَرْبٌ عَنْ حَلْبِ الشَّاةِ وَأَمْضَى حَلْبَهَا لِمَنْ اسْمُهُ يَعِيشُ» فَلَيْسَ مِنْ هَذَا الْبَابِ وَإِنَّمَا هُوَ بِمَعْنَى كَرَاهِيَةِ اسْمٍ وَاسْتِحْسَانِ اسْمٍ وَلَمْ يَتَشَبَّثْ بِذَلِكَ إلَى عِلْمِ مَا يَكُونُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلَا إلَى قُوَّةِ الْعَزْمِ عَلَيْهِ وَلَا لِلْإِضْرَابِ عَنْهُ وَإِنَّمَا اخْتَارَ حُسْنَ اسْمٍ كَمَا يُخْتَارُ جَمَالُ الْمَرْأَةِ عَلَى امْرَأَةٍ قَبِيحَةٍ وَيُخْتَارُ نَظِيفُ الثِّيَابِ عَلَى قَبِيحِهَا وَيُخْتَارُ حُسْنُ الزِّيِّ وَطِيبُ الرَّائِحَةِ فِي الْجُمُعَةِ وَالْأَعْيَادِ فَاعْلَمْ بِذَلِكَ أَنَّ الْإِسْلَامَ لَا يُنَافِي التَّجَمُّلَ وَالتَّجَمُّلُ مَشْرُوعٌ فِيهِ وَمَنْدُوبٌ إلَيْهِ فِي الْأَسْمَاءِ وَغَيْرِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 -

(مَسْأَلَةٌ) :

وَمِنْ أَفْضَلِ الْأَسْمَاءِ مَا فِيهِ الْعُبُودِيَّةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَرُوِيَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إنَّ أَحَبَّ أَسْمَائِكُمْ إلَى اللَّهِ عَبْدُ اللَّهِ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ، وَقَدْ سَمَّى النَّبِيُّ - صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِغَيْرِهَا فَسَمَّى حَسَنًا وَحُسَيْنًا وَقَالَ: إنَّهُ سَمَّاهُمَا بِأَسْمَاءِ ابْنَيْ هَارُونَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - شِبْرٍ وَشُبَيْرٍ» وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ سَمِعْت أَهْلَ مَكَّةَ يَقُولُونَ مَا مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ فِيهِ اسْمُ مُحَمَّدٍ إلَّا رُزِقُوا رِزْقَ خَيْرٍ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِرَجُلٍ مَا اسْمُك قَالَ جَمْرَةُ قَالَ ابْنُ مَنْ قَالَ ابْنُ شِهَابٍ قَالَ مِمَّنْ قَالَ مِنْ الْحُرَقَةِ قَالَ أَيْنَ مَسْكَنُك قَالَ بِحَرَّةِ النَّارِ قَالَ بِأَيِّهَا قَالَ بِذَاتِ لَظًى فَقَالَ عُمَرُ أَدْرِكْ أَهْلَك فَقَدْ احْتَرَقُوا قَالَ فَكَانَ كَمَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ) .

(ش) : قَوْلُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِجَمْرَةَ بْنِ شِهَابٍ لَمَّا قَالَ لَهُ: إنَّهُ مِنْ الْحُرَقَةِ وَإِنَّ مَسْكَنَهُ بِحَرَّةِ النَّارِ وَبِذَاتِ لَظًى مِنْهَا أَدْرِكْ أَهْلَك فَقَدْ احْتَرَقُوا فَكَانَ كَمَا قَالَ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى مَعْنَى التَّفَاؤُلِ لِسَمَاعِهِ، وَقَدْ كَانَتْ هَذِهِ حَالَ هَذَا

(297/7)

مَا جَاءَ فِي الْحِجَامَةِ وَإِجَارَةِ الْحَجَّامِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدٍ الطَّوِيلِ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ «احْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَجَمَهُ أَبُو طَيْبَةَ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ») .

[المنتقى]

الرَّجُلِ قَبْلَ ذَلِكَ مِمَّا احْتَرَقَ أَهْلُهُ وَلَكِنَّهُ شَيْءٌ يُلْقِيهِ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي قَلْبِ الْمُتَفَائِلِ عِنْدَ سَمَاعِ الْفَأْلِ مِنْ السُّرُورِ بِالشَّيْءِ وَقُوَّةِ رَجَائِهِ فِيهِ أَوْ التَّوَجُّعِ مِنْ الشَّيْءِ وَشِدَّةِ حَذَرِهِ مِنْهُ يَظُنُّ ذَلِكَ وَيُلْقِيهِ اللَّهُ سُبْحَانَهُ عَلَى لِسَانِهِ، وَقَدْ وَافَقَ ذَلِكَ مَا قَدَّرَ اللَّهُ تَعَالَى وَيَكُونُ بَعْضُ النَّاسِ فِي ذَلِكَ أَكْثَرَ مُوَافَقَةً مِنْ بَعْضٍ، وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «يَكُونُ مُحَدَّثُونَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوحَى إلَيْهِمْ فَإِنْ يَكُنْ فِي أُمَّتِي مِنْهُمْ فَعُمَرُ» .

[مَا جَاءَ فِي الْحِجَامَةِ وَإِجَارَةِ الْحَجَّامِ]

(ش) : قَوْلُهُ «احْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -» دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الِاحْتِجَامِ وَقَوْلُهُ حَجَمَهُ أَبُو طَيْبَةَ وَاسْمُهُ نَافِعٌ وَقِيلَ دِينَارٌ وَقِيلَ مَيْسَرَةُ مَوْلَى مُحَيِّصَةَ وَقَوْلُهُ «فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ» عَلَى مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ «احْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ» وَلَوْ كَانَ حَرَامًا لَمْ يُعْطِهِ إيَّاهُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

فَهَلْ يُحْلَقُ مَوْضِعُ الْمَحَاجِمِ مِنْ الْقَفَا وَوَسَطِ الرَّأْسِ فَقَالَ: إنِّي لَأَكْرَهُهُ وَمَا أَرَاهُ حَرَامًا وَمَا يَمْنَعُهُ أَنْ يَجْعَلَ الْخِطْمِيُّ وَيَحْتَجِمَ وَفِي كِتَابِ الْحَجِّ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الْكَرَاهِيَةَ إنَّمَا تَنْصَرِفُ إلَى حَلْقِ الْقَفَا وَكَانَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَكْرَهُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ زِيِّ النَّاسِ وَكَانَ مَالِكٌ يَعْتَمِدُ فِي الزِّيِّ وَالْهَيْئَةِ عَلَى مَا أَدْرَكَ عُلَمَاءَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ؛ لِأَنَّهُمْ أَخَذُوا ذَلِكَ عَنْ سَلَفِهِمْ مِنْ الصَّحَابَةِ الَّذِينَ كَانُوا يَقْتَدُونَ بِالنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَفِي الْبَلَدِ الَّذِي كَانَ فِيهِ وَفِيهِ تُوُفِّيَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِمْ دَاخِلَةٌ فِي الزِّيِّ وَاللِّبَاسِ فَهُمْ الَّذِينَ كَانُوا فِي الْبِلَادِ الَّذِينَ افْتَتَحُوهَا فَرُبَّمَا تَعَلَّقُوا بِبَعْضِ زِيِّهِمْ وَرُبَّمَا أَخَرَجَ إلَى ذَلِكَ اخْتِلَافُ هَوَاءٍ فِي الْبِلَادِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إنْ كَانَ دَوَاءٌ يَبْلُغُ الدَّاءَ فَإِنَّ الْحِجَامَةَ تَبْلُغُهُ») .

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنْ كَانَ دَوَاءٌ يَبْلُغُ الدَّاءَ فَإِنَّ الْحِجَامَةَ تَبْلُغُهُ» عَلَى مَعْنَى التَّحْقِيقِ لِلتَّدَاوِي بِهَا وَذَلِكَ فِي دَاءٍ مَخْصُوصٍ يَكُونُ سَبَبُهُ كَثْرَةَ الدَّمِ.

وَقَدْ رَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - احْتَجَمَ وَهُوَ مُحْرِمٌ فِي رَأْسِهِ مِنْ شَقِيقَةٍ كَانَتْ بِهِ» .

وَقَدْ رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ سَمِعْت النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ «إنْ كَانَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَدْوِيَتِكُمْ خَيْرٌ فَفِي شَرْبَةِ عَسَلٍ أَوْ شَرْطَةِ مِحْجَمٍ أَوْ لَذْعَةٍ مِنْ نَارٍ وَمَا أُحِبُّ أَنْ أَكْتَوِيَ» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ «عَنْ ابْنِ مُحَيِّصَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَحَدِ بَنِي حَارِثَةَ أَنَّهُ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي إجَارَةِ الْحَجَّامِ فَنَهَاهُ عَنْهَا فَلَمْ يَزَلْ يَسْأَلُهُ وَيَسْتَأْذِنُهُ حَتَّى قَالَ اعْلِفْهُ نُضَّاحَكَ يَعْنِي رَقِيقَكَ») .

(ش) : مَا رُوِيَ أَنَّهُ «اسْتَأْذَنَ ابْنُ مُحَيِّصَةَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي إجَارَةِ الْحَجَّامِ فَنَهَاهُ عَنْهَا» يُحْتَمَلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَكُونَ مَنْسُوخًا لِلْإِجْمَاعِ عَلَى إبَاحَتِهِ وَفِي الْمَبْسُوطِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ أَبِيهِ أَخْبَرَنِي الثِّقَةُ أَنَّ قُرَيْشًا كَانَتْ تَتَكَرَّمُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ عَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ فَيُحْتَمَلُ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمْضَى تِلْكَ الْكَرَاهِيَةَ ثُمَّ نُسِخَ بَعْدَ سُؤَالِ مُحَيِّصَةَ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَنَعَ مِنْهُ لِمَعْنًى كَانَ فِيهِ وَكَانَ ذَلِكَ الْمَنْعُ مُتَعَلِّقًا بِشَيْءٍ مَخْصُوصٍ، وَإِنْ كَانَ طَعَامًا لَعَلَّهُ لَمْ يَكُنْ مُتَيَقِّنَ الطَّهَارَةِ؛ لِأَنَّ مُعْظَمَ مَا كَانُوا يُعْطُونَ ذَلِكَ الْوَقْتَ فِي الْأُجْرَةِ طَعَامًا وَرُبَّمَا نَالَتْهُ نَجَاسَةٌ أَوْ شَكٌّ فِي نَجَاسَتِهِ بِمَا يُحَاوِلُهُ مِنْ الدَّمِ فَنَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْهُ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ

وَارْتَابَ السَّيِّدُ فِي سَلَامَتِهِ مِنْ ذَلِكَ فَنَهَاهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ فَأَمَّا أُجْرَةُ الْحَجَّامِ فَبَاحَ أَكْلُهَا قَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ سَأَلْت رَبِيعَةَ عَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ فَقَالَ

(298/7)

مَا جَاءَ فِي الْمَشْرِقِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ «رَأَيْت رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يُشِيرُ إلَى الْمَشْرِقِ يَقُولُ: هَا إنَّ الْفِتْنَةَ هَا هُنَا إنَّ الْفِتْنَةَ مِنْ حَيْثُ يَطْلُعُ قَرْنُ الشَّيْطَانِ») .

[المنتقى]

لَا بَأْسَ بِهِ، وَكَانَ لِلْحَجَّامِينَ سُوقٌ بِالْمَدِينَةِ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَلَوْلَا أَنْ يَأْنَفَ رِجَالٌ لَأَخْبَرْتُك بِآبَائِهِمْ كَانُوا حَجَّامِينَ قَالَ اللَّيْثُ وَسَأَلْت يَحْيَى بْنَ سَعِيدٍ فَقَالَ: رَأَيْت النَّاسَ فِيمَا مَضَى يَأْكُلُونَهُ بِكُلِّ أَرْضٍ وَلَوْ كَانَ حَرَامًا نَهَتْهُ الْأَئِمَّةُ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ لَمْ يَكْرَهْهُ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ وَإِنَّمَا يَعَافُهُ مَنْ تَنَزَّهَ عَلَى وَجْهِ التَّكَرُّمِ وَكَانَتْ قُرَيْشٌ تَتَنَزَّهُ عَنْهُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُحَيِّصَةُ إنَّمَا كَرَّرَ السُّؤَالَ عَنْهُ اتِّقَاءَ هَذَا الْمَعْنَى مَعَ حَاجَتِهِ إلَيْهِ أَنْ يَلْحَقَهُ بِذَلِكَ وَصْمَةٌ أَوْ مَعْنَى تَثَلُّمِ مُرُوءَتِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى كَرَاهِيَةِ أَجْرِ الْحَجَّامِ وَلَا أَرَى بِهِ بَأْسًا وَاحْتُجَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ مَا يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَكْلُهُ فَإِنَّهُ يَحِلُّ لِلْأَحْرَارِ كَأُجْرَةِ سَائِرِ الْأَعْمَالِ وَيُحْتَمَلُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ كَسْبِهِ أَوْ بَعْضُهُ ثَمَنَ الدَّمِ وَبِأَنَّ بَيْعَ دَمِ مَا يَفْصِدُهُ مِنْ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانِ كَالْعَبْدِ يَبِيعُهُ إنْ كَانَ كَافِرًا يَسْتَحِلُّ ذَلِكَ وَسَيِّدُهُ مُسْلِمٌ فَنُهِيَ عَنْ كَسْبِهِ إذَا لَمْ يُتَيَقَّنْ سَلَامَةُ مَا يَأْخُذُهُ مِنْهُ مِنْ ذَلِكَ، وَلِذَلِكَ رُوِيَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ نَهْيٌ عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ وَأُجْرَةُ الْحَجَّامِ لَيْسَتْ بِثَمَنٍ لِلدَّمِ عَلَى الْحَقِيقَةِ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ: إنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ أُجْرَةً مَعْلُومَةً قَبْلَ الْعَمَلِ وَإِنَّمَا يَعْمَلُ غَالِبًا بِأَجْرٍ مَجْهُولٍ وَهَذَا أَيْضًا لَا تَعَلُّقَ فِيهِ إلَّا بِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ حَبِيبٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ الصَّانِعُ إلَّا بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ مُسَمًّى وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِهِ مَا فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَغَيْرِهَا أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ الْعَمَلِ بِالْقِيمَةِ فَقَالَ لَا أُحِبُّهُ وَلَا يَصْلُحُ فِي جُعْلٍ وَلَا إجَارَةٍ بِغَيْرِ تَسْمِيَةٍ يُرِيدُ أَنْ يُعْقَدَ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ عَقْدُ إجَارَةٍ أَوْ جُعْلٍ فَأَمَّا إذَا وَقَعَ ذَلِكَ بِغَيْرِ عَقْدٍ فَلَا بَأْسَ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْخَيَّاطِ الْمُخَالِطِ لِي لَا يَكَادُ يُخَالِفُنِي أَسْتَخِيطُهُ الثَّوْبَ فَإِذَا فَرَغَ رَاضَيْته عَلَى أُجْرَةٍ لَا بَأْسَ بِهِ.

وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الْحَجَّامِ عَلَى الْحِجَامَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَلَمْ يَزَلْ يَسْأَلُهُ وَيَسْتَأْذِنُهُ يُرِيدُ أَنَّ مُحَيِّصَةَ كَرَّرَ سُؤَالَهُ وَاسْتِئْذَانَهُ لَهُ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ مَا يَأْخُذُ إلَّا مَا كَانَتْ هَذِهِ صِفَتَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْخُذُ ثُمَّ لَا يَتَيَقَّنُ تَوَقِّيَهُ فَهُوَ لَا يَعْلَمُ سَلَامَتَهُ فَأَذِنَ لَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يَعْلِفَهُ نَاضِحَهُ.

وَقَالَ الْخَلِيلُ النَّاضِحُ الْجَمَلُ الَّذِي يُسْقَى الْمَاءَ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ النَّاضِحُ الرَّقِيقُ وَيَكُونُ فِي الْإِبِلِ وَحَمَلَهُ مَالِكٌ عَلَى الرَّقِيقِ وَلِذَلِكَ قَالَ مَا جَازَ لِلْعَبِيدِ أَكْلُهُ جَازَ لِلْأَحْرَارِ أَكْلُهُ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[مَا جَاءَ فِي الْمَشْرِقِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَهُوَ يُشِيرُ إلَى الْمَشْرِقِ: هَا إنَّ الْفِتْنَةَ هَا هُنَا» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ هُنَاكَ يَكُونُ مُعْظَمُهَا وَابْتِدَاؤُهَا أَوْ يُشِيرُ إلَى فِتْنَةٍ مَخْصُوصَةٍ يُحَذِّرُ مِنْهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مِنْ حَيْثُ يَطْلُعُ قَرْنُ الشَّيْطَانِ» يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ حِزْبَهُ وَأَهْلَ وَقْتِهِ وَزَمَنِهِ وَالْقَرْنُ مِنْ النَّاسِ أَهْلُ زَمَانٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ قُوَّتَهُ وَسِلَاحَهُ وَعَوْنَهُ عَلَى الْفِتْنَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَرَادَ الْخُرُوجَ إلَى الْعِرَاقِ فَقَالَ لَهُ كَعْبُ الْأَحْبَارِ لَا تَخْرُجْ إلَيْهَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَإِنَّ بِهَا تِسْعَةَ أَعْشَارِ السِّحْرِ وَبِهَا فَسَقَةُ الْجِنِّ وَبِهَا الدَّاءُ الْعُضَالُ) .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ فِي الْعِرَاقِ تِسْعَةَ أَعْشَارِ السِّحْرِ يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ السِّحْرَ كَانَ مُعْظَمُهُ بِبَابِلَ وَهِيَ مِنْ أَرْضِ الْعِرَاقِ فَأَخْبَرَ أَنَّ مُعْظَمَهُ هُنَاكَ وَقَوْلُهُ وَبِهَا فَسَقَةُ الْجِنِّ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ وَجَدَ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ الَّتِي قَرَأَهَا فَإِنَّ مِثْلَ هَذَا لَا يُعْلَمُ إلَّا بِتَوْقِيفٍ وَقَوْلُهُ وَبِهَا الدَّاءُ الْعُضَالُ

(299/7)

مَا جَاءَ فِي قَتْلِ الْحَيَّاتِ وَمَا يُقَالُ فِي ذَلِكَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ أَبِي لُبَابَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ قَتْلِ الْجِنَانِ الَّتِي فِي الْبُيُوتِ» مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ سَائِبَةَ مَوْلَاةٍ لِعَائِشَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – نَهَى عَنْ قَتْلِ الْجِنَانِ الَّتِي فِي الْبُيُوتِ إلَّا ذَا الطُّفْيَتَيْنِ وَالْأَبْتَرَ فَإِنَّهُمَا يَخْطِفَانِ الْبَصَرَ وَيَطْرَحَانِ مَا فِي بُطُونِ النِّسَاءِ»)

يُرِيدُ الَّذِي يُعْيِي الْأَطِبَّاءَ أَمْرُهُ وَهَذَا أَصْلُهُ ثُمَّ اُسْتُعْمِلَ فِي كُلِّ أَمْرٍ يَتَعَذَّرُ مُحَاوَلَتُهُ مِنْ أَمْرِ دِينٍ أَوْ دُنْيَا.
وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٌ وَغَيْرُهُمَا عَنْ مَالِكٍ الدَّاءُ الْعُضَالُ الْهَلَاكُ فِي الدِّينِ وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْأَعْشَى وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ هِيَ الْبِدَعُ فِي الْإِسْلَامِ وَمَعْنَى هَذَا إنْ صَحَّ فِي وَقْتٍ دُونَ وَقْتٍ، وَقَدْ سَكَنَ الْكُوفَةَ أَفَاضِلُ الصَّحَابَةِ وَمِنْ الْعَشَرَةِ كَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَجَمَاعَةٍ مِنْ الْبَدْرِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ - وَلَوْ كَانَ هَذَا عَلَى ظَاهِرِهِ وَمَنْعِ كَعْبٍ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِنْ التَّوَجُّهِ إلَى الْعِرَاقِ لَأَخْلَاهَا عُمَرُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَلَأَشْفَقَ عَلَى تَغَيُّرِ أَدْيَانِهِمْ، وَلَكِنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إنْ كَانَ صَحَّ قَوْلُ كَعْبٍ لَهُ فَقَدْ تَأَوَّلَهُ عَلَى وَجْهِهِ أَوْ رَدَّ عَلَيْهِ قَوْلَهُ.
وَقَدْ رَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ أَخْبَرَنِي مُطَرِّفٌ أَنَّهُمْ سَأَلُوا مَالِكًا عَنْ تَفْسِيرِ الدَّاءِ الْعُضَالِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ ضَلَّلَ النَّاسَ بِوَجْهَيْنِ بِالْإِرْجَاءِ وَبِنَقْضِ السُّنَنِ بِالرَّأْيِ.
وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الدَّاوُدِيُّ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ حَبِيبٍ إنْ كَانَ سَلِمَ مِنْ الْغَلَطِ وَثَبَتَ فَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ مِنْ مَالِكٍ فِي وَقْتِ حَرَجٍ اضْطَرَّهُ لِشَيْءٍ ذُكِرَ لَهُ عَنْهُ مِمَّا أَنْكَرَهُ فَضَاقَ بِهِ صَدْرُهُ فَقَالَ ذَلِكَ، وَالْعَالِمُ قَدْ يَحْضُرُهُ ضِيقُ صَدْرٍ فَيَتَقَوَّلُ مَا يَسْتَغْفِرُ اللَّهَ عَنْهُ بَعْدَ وَقْتٍ إذَا زَالَ غَضَبُهُ.
قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ غَيْرُ صَحِيحَةٍ عَنْ مَالِكٍ؛ لِأَنَّ مَالِكًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ عَقْلِهِ وَعِلْمِهِ وَفَضْلِهِ وَدِينِهِ وَإِمْسَاكِهِ عَنْ الْقَوْلِ فِي النَّاسِ إلَّا بِمَا يَصِحُّ عِنْدَهُ وَثَبَتَ لَمْ يَكُنْ لِيُطْلِقَ عَلَى أَحَدٍ مِنْ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يَتَحَقَّقْهُ وَمِنْ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبَارَكِ، وَقَدْ شُهِرَ إكْرَامُ مَالِكٍ لَهُ وَتَفْضِيلُهُ إيَّاهُ، وَقَدْ عُلِمَ أَنَّ مَالِكًا ذَكَرَ أَبَا حَنِيفَةَ بِالْعِلْمِ بِالْمَسَائِلِ وَأَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْهُ أَحَادِيث وَأَخَذَ عَنْهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الْمُوَطَّأَ وَهُوَ مِمَّا أَرْوِيهِ عَنْ أَبِي ذَرٍّ عَبْدِ بْنِ أَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَقَدْ شُهِرَ تَنَاهِي أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْعِبَادَةِ وَزُهْدُهُ فِي الدُّنْيَا، وَقَدْ اُمْتُحِنَ وَضُرِبَ بِالسَّوْطِ عَلَى أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ فَامْتَنَعَ، وَمَا كَانَ مَالِكٌ لِيَتَكَلَّمَ فِي مِثْلِهِ إلَّا بِمَا يَلِيقُ بِفَضْلِهِ وَلَا نَعْلَمُ أَنَّ مَالِكًا تَكَلَّمَ فِي أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَإِنَّمَا تَكَلَّمَ فِي قَوْمٍ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ مِنْ جِهَةِ النَّقْلِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: أَدْرَكْتُ بِالْمَدِينَةِ قَوْمًا لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عُيُوبٌ فَبَحَثُوا عَنْ عُيُوبِ النَّاسِ فَذَكَرَ النَّاسُ لَهُمْ عُيُوبًا وَأَدْرَكْت بِهَا قَوْمًا كَانَتْ لَهُمْ عُيُوبٌ سَكَتُوا عَنْ عُيُوبِ النَّاسِ فَسَكَتَ النَّاسُ عَنْ عُيُوبِهِمْ فَمَالِكٌ يُزَهِّدُ النَّاسَ عَنْ الْعُيُوبِ وَمِنْ أَيْنَ يَبْحَثُ فِي عُيُوبِ النَّاسِ وَكَيْفَ يَذْكُرُ الْأَئِمَّةَ بِمَا لَا يَلِيقُ بِفَضْلِهِ، وَقَدْ ذَكَرْت فِي كِتَابِ فِرَقِ الْفُقَهَاءِ مَا نُقِلَ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ وَبَيَّنْتُ وُجُوهَهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي قَتْلِ الْحَيَّاتِ وَمَا يُقَالُ فِي ذَلِكَ]

(ش) : «نَهْيُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ قَتْلِ الْحَيَّاتِ الَّتِي فِي الْبُيُوتِ» حُكْمٌ يَخْتَصُّ بِحَيَّاتِ الْبُيُوتِ دُونَ غَيْرِهَا، قَالَ مَالِكٌ لَا تُنْذَرُ فِي الصَّحَارَى وَلَا تُنْذَرُ إلَّا فِي الْبُيُوتِ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَحُكْمُ حَيَّاتِ الْجُدُرِ حُكْمُ حَيَّاتِ الْبُيُوتِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يُؤْخَذَ بِذَلِكَ فِي بُيُوتِ الْمَدِينَةِ وَغَيْرِهَا وَذَلِكَ أَنَّ لَفْظَةَ الْبُيُوتِ مِنْ النَّاسِ مَنْ حَمَلَهَا عَلَى اسْتِغْرَاقِ الْجِنْسِ فَيَكُونُ عَامًّا فِي جَمِيعِ الْبُيُوتِ بِالْمَدِينَةِ وَغَيْرِهَا وَمِنْ النَّاسِ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى الْعَهْدِ وَلَا خِلَافَ إنْ كَانَتْ الْأَلِفُ وَاللَّامُ لِلْعَهْدِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهَا بُيُوتُ

(300/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ صَيْفِيٍّ مَوْلَى بَنِي أَفْلَحَ عَنْ أَبِي السَّائِبِ مَوْلَى هِشَامِ بْنِ زُهْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «دَخَلْت عَلَى أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ فَوَجَدْته يُصَلِّي فَجَلَسْت أَنْتَظِرُهُ حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ فَسَمِعْت تَحْرِيكًا تَحْتَ سَرِيرٍ فِي بَيْتِهِ فَإِذَا حَيَّةٌ فَقُمْت لِأَقْتُلَهَا فَأَشَارَ إلَيَّ أَبُو سَعِيدٍ أَنْ اجْلِسْ فَلَمَّا انْصَرَفَ أَشَارَ إلَى بَيْتٍ فِي الدَّارِ فَقَالَ أَتَرَى هَذَا الْبَيْتَ فَقُلْت نَعَمْ قَالَ إنَّهُ قَدْ كَانَ فِيهِ فَتًى حَدِيثُ عَهْدٍ بِعُرْسٍ فَخَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى الْخَنْدَقِ فَبَيْنَمَا هُوَ بِهِ إذْ أَتَاهُ الْفَتَى يَسْتَأْذِنُهُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ائْذَنْ لِي أُحْدِثُ بِأَهْلِي عَهْدًا فَأَذِنَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَالَ خُذْ عَلَيْك سِلَاحَك فَإِنِّي أَخْشَى عَلَيْك بَنِي قُرَيْظَةَ فَانْطَلَقَ الْفَتَى إلَى أَهْلِهِ فَوَجَدَ امْرَأَتَهُ قَائِمَةً بَيْنَ الْبَابَيْنِ فَأَهْوَى إلَيْهَا بِالرُّمْحِ لِيَطْعَنَهَا وَأَدْرَكَتْهُ غَيْرَةٌ فَقَالَتْ لَا تَعْجَلْ حَتَّى تَدْخُلَ وَتَنْظُرَ مَا فِي بَيْتِك فَدَخَلَ فَإِذَا هُوَ بِحَيَّةٍ مُنْطَوِيَةٍ عَلَى فِرَاشِهِ فَرَكَزَ فِيهَا رُمْحَهُ ثُمَّ خَرَجَ بِهَا فَنَصَبَهُ فِي الدَّارِ فَاضْطَرَبَتْ الْحَيَّةُ فِي رَأْسِ الرُّمْحِ وَخَرَّ الْفَتَى مَيِّتًا فَمَا يُدْرَى أَيُّهُمَا كَانَ أَسْرَعَ مَوْتًا الْفَتَى أَمْ الْحَيَّةُ فَذُكِرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إنَّ بِالْمَدِينَةِ جِنًّا قَدْ أَسْلَمُوا فَإِذَا رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ شَيْئًا فَآذِنُوهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ بَدَا لَكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فَاقْتُلُوهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ») .

[المنتقى]

الْمَدِينَةِ لَكِنَّ مَالِكًا – رَحِمَهُ اللَّهُ – حَمَلَهُ عَلَى جَمِيعِ الْبُيُوتِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عِنْدَهُ لِاسْتِغْرَاقِ الْجِنْسِ وَقَوْلُهُ وَذَلِكَ فِي بُيُوتِ الْمَدِينَةِ أَوْجَبَ الِاتِّفَاقَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ لَا تُنْذَرُ الْحَيَّاتُ إلَّا بِالْمَدِينَةِ خَاصَّةً عَلَى ظَاهِرِ الْحَدِيثِ فَاقْتَضَى ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهَا عِنْدَهُ لِلْعَهْدِ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى اسْتِغْرَاقِ الْجِنْسِ وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فَاللَّفْظُ عَامٌّ فِي الْحَيَّاتِ لِإِضَافَتِهَا إلَى الْبُيُوتِ فَهُوَ عَامٌّ فِي حَيَّاتِ تِلْكَ الْبُيُوتِ عَلَى الْخُصُوصِ وَالْعُمُومِ إلَّا مَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ «إلَّا ذَا الطُّفْيَتَيْنِ وَالْأَبْتَرَ» وَذُو الطُّفْيَتَيْنِ وَهُوَ مَا كَانَ عَلَى ظَهْرِهِ

خَطَّانِ مِثْلَ الطُّفْيَتَيْنِ وَهُوَ الْخُوصَتَانِ رَوَاهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَابْنُ وَهْبٍ وَأَمَّا الْأَبْتَرُ فَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ هُوَ الْأَفْعَى.

وَقَالَ النَّضْرُ بْنُ شُمَيْلٍ الْأَبْتَرُ مِنْ الْحَيَّاتِ صِنْفٌ أَزْرَقُ مَقْطُوعُ الذَّنَبِ لَا تَنْظُرُ إلَيْهِ حَامِلٌ إلَّا أَلْقَتْ مَا فِي بَطْنِهَا فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى حَدِيثِ أَبِي لُبَابَةَ وَحَدِيثِ عَائِشَةَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ قَتْلِ حَيَّاتِ الْبُيُوتِ دُونَ الْإِنْذَارِ إلَّا ذَا الطُّفْيَتَيْنِ وَالْأَبْتَرَ فَإِنَّهُمَا يُقْتَلَانِ فِي الْبُيُوتِ دُونَ إنْذَارٍ كَمَا يُقْتَلُ حَيَّاتُ الصَّحَارَى دُونَ إنْذَارٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خَصَّ ذَلِكَ ذَا الطُّفْيَتَيْنِ وَالْأَبْتَرَ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ مِنْ مُؤْمِنِي الْجِنِّ لَا يَتَصَوَّرُ فِي صُوَرِهِنَّ لِأَذَاهُنَّ بِنَفْسِ الرُّؤْيَةِ لَهُنَّ وَإِنَّمَا يَتَصَوَّرُ مُؤْمِنُو الْجِنِّ فِي صُورَةِ مَنْ لَا تَضُرُّ رُؤْيَتُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ «نَهَى عَنْ قَتْلِ جِنَانِ الْبُيُوتِ» فَإِنَّهَا تَتَمَثَّلُ فِي صُورَةِ حَيَّةٍ قَالَ عِيسَى يُرِيدُ عَمَارَ الْبُيُوتِ، وَقَالَ نِفْطَوَيْهِ الْجِنَانُ الْحَيَّاتُ وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ الْجِنَانُ مَسْخُ الْجِنِّ كَمَا مُسِخَتْ بَنُو إسْرَائِيلَ قِرَدَةً.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَتْلُ النَّمْلِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الدُّودِ وَالنَّمْلِ لَا يُعْجِبُنِي ذَلِكَ لِلْحَلَالِ وَسُئِلَ عَنْ النَّمْلِ يُؤْذِي فِي السَّقْفِ فَقَالَ إنْ قَدَرْتُمْ أَنْ تُمْسِكُوا عَنْهَا فَافْعَلُوا، وَإِنْ أَضَرَّتْ بِكُمْ وَلَمْ تَقْدِرُوا عَلَى تَرْكِهَا فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ مَنْ قَتَلَهَا فِي سَعَةٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَتْلُ الضَّفَادِعِ فَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَتْلُ الْوَزَغِ فَكَذَلِكَ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَأَمَّا قَتْلُ الْقَمْلِ وَالْبَرَاغِيثِ بِالنَّارِ فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ أَكْرَهُ ذَلِكَ قَالَ وَهَذَا مِثْلُهُ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يُعَذِّبُ بِالنَّارِ إلَّا رَبُّ النَّارِ» .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ صَيْفِيٍّ مَوْلَى بَنِي أَفْلَحَ عَنْ أَبِي السَّائِبِ مَوْلَى هِشَامِ بْنِ زُهْرَةَ أَنَّهُ قَالَ «دَخَلْت عَلَى أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ فَوَجَدْته يُصَلِّي فَجَلَسْت أَنْتَظِرُهُ حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ فَسَمِعْت تَحْرِيكًا تَحْتَ سَرِيرٍ فِي بَيْتِهِ فَإِذَا حَيَّةٌ فَقُمْت لِأَقْتُلَهَا فَأَشَارَ إلَيَّ أَبُو سَعِيدٍ أَنْ اجْلِسْ فَلَمَّا انْصَرَفَ أَشَارَ إلَى بَيْتٍ فِي الدَّارِ فَقَالَ أَتَرَى هَذَا الْبَيْتَ فَقُلْت نَعَمْ قَالَ إنَّهُ قَدْ كَانَ فِيهِ فَتًى حَدِيثُ عَهْدٍ بِعُرْسٍ فَخَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَى الْخَنْدَقِ فَبَيْنَمَا هُوَ بِهِ إذْ أَتَاهُ الْفَتَى يَسْتَأْذِنُهُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ائْذَنْ لِي أُحْدِثُ

بِأَهْلِي عَهْدًا فَأَذِنَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَقَالَ خُذْ عَلَيْك سِلَاحَك فَإِنِّي أَخْشَى عَلَيْك بَنِي قُرَيْظَةَ فَانْطَلَقَ الْفَتَى إلَى أَهْلِهِ فَوَجَدَ امْرَأَتَهُ قَائِمَةً بَيْنَ الْبَابَيْنِ فَأَهْوَى إلَيْهَا بِالرُّمْحِ لِيَطْعَنَهَا وَأَدْرَكَتْهُ غَيْرَةٌ فَقَالَتْ لَا تَعْجَلْ حَتَّى تَدْخُلَ وَتَنْظُرَ مَا فِي بَيْتِك فَدَخَلَ فَإِذَا هُوَ بِحَيَّةٍ مُنْطَوِيَةٍ عَلَى فِرَاشِهِ فَرَكَزَ فِيهَا رُمْحَهُ ثُمَّ خَرَجَ بِهَا فَنَصَبَهُ فِي الدَّارِ فَاضْطَرَبَتْ الْحَيَّةُ فِي رَأْسِ الرُّمْحِ وَخَرَّ الْفَتَى مَيِّتًا فَمَا يُدْرَى أَيُّهُمَا كَانَ أَسْرَعَ مَوْتًا الْفَتَى أَمْ الْحَيَّةُ فَذُكِرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ إنَّ بِالْمَدِينَةِ جِنًّا قَدْ أَسْلَمُوا فَإِذَا رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ شَيْئًا فَآذِنُوهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ بَدَا لَكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فَاقْتُلُوهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ») .

(ش) : قَوْلُ الْفَتَى «يَا رَسُولَ اللَّهِ ائْذَنْ لِي أُحْدِثُ بِأَهْلِي عَهْدًا» يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ امْتِثَالًا لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَذْهَبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوهُ} [النور: 62] وَأَرَادَ الْفَتَى أَنْ يُحْدِث بِأَهْلِهِ عَهْدًا لِيُطَالِعَ أَمْرَهُ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ

(301/7)

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ الْكَلَامِ فِي السَّفَرِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – كَانَ إذَا وَضَعَ رِجْلَهُ فِي الْغَرْزِ وَهُوَ يُرِيدُ السَّفَرَ يَقُولُ: بِسْمِ اللَّهِ اللَّهُمَّ أَنْتَ الصَّاحِبُ فِي السَّفَرِ وَالْخَلِيفَةُ فِي الْأَهْلِ اللَّهُمَّ ازْوِ لَنَا الْأَرْضَ وَهَوِّنْ عَلَيْنَا السَّفَرَ اللَّهُمَّ إنِّي أَعُوذُ بِك مِنْ وَعْثَاءِ السَّفَرِ وَمِنْ كَآبَةِ الْمُنْقَلَبِ وَمِنْ سُوءِ الْمَنْظَرِ فِي الْمَالِ

[المنتقى]

نَظَرٍ فِي مَعِيشَةٍ وَفِي إصْلَاحِ ضَيْعَةٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَأَذِنَ لَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَحَذَّرَهُ مِنْ يَهُودِ قُرَيْظَةَ وَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى نَفْسِهِ سِلَاحَهُ لِئَلَّا يَغْتَالُوهُ فِي طَرِيقِهِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَوَجَدَ امْرَأَتَهُ بَيْنَ الْبَابَيْنِ وَأَهْوَى إلَيْهَا بِالرُّمْحِ لِيَطْعَنَهَا وَأَدْرَكَتْهُ غَيْرَةٌ يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بَعْدَ الْحِجَابِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْحِجَابِ وَلَكِنَّهُ وَجَدَهَا مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَالٍ لَمْ تَجْرِ بِهِ عَادَتُهُ وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِأَنَّ أَشَدَّ مَا يَكُونُ الْإِنْسَانُ غَيْرَةً حَالَ شَبَابِهِ بِأَثَرِ عُرْسِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ إذَا كَبِرَ الرَّجُلُ ذَهَبَ حُسَامُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ لَا تَعْجَلْ حَتَّى تَدْخُلَ وَتَنْظُرَ مَا فِي بَيْتِك عَلَى مَعْنَى إظْهَارِ عُذْرِهَا فِيمَا أَتَتْهُ فَدَخَلَ الْفَتَى

فَوَجَدَ الْحَيَّةَ فَرَكَّزَ فِيهَا رُمْحَهُ ثُمَّ نَصَبَهُ فِي الدَّارِ فَاضْطَرَبَتْ الْحَيَّةُ وَخَرَّ الْفَتَى مَيِّتًا فَجَوَّزْنَا أَنْ يَكُونَ مَقْتُولًا مِنْ أَجْلِ الْحَيَّةِ وَقَوِيَ هَذَا التَّجْوِيزُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِقَوْلِهِ «إنَّ بِالْمَدِينَةِ جِنًّا قَدْ أَسْلَمُوا» فَظَاهِرُ هَذَا تَجْوِيزُهُ أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الْحَيَّةُ مِنْهُمْ وَخُصَّ أَهْلُ الْمَدِينَةِ بِذَلِكَ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ إمَّا لِأَنَّ الْمُخَاطَبِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ هُمْ الَّذِينَ كَانُوا أَسْلَمُوا مِنْ بَنِي آدَمَ فَأَعْلَمَهُمْ بِحُكْمِهِمْ مَعَ جِنٍّ قَدْ أَسْلَمُوا وَأَنَّهُ إذَا أَسْلَمَ بَنُو آدَمَ مِنْ سَائِرِ الْمَوَاضِعِ فَسَيَكُونُ حُكْمُهُ مَعَ مُسْلِمِي الْجِنِّ مِثْلَ ذَلِكَ وَوَجْهٌ ثَانٍ أَنَّهُ لَعَلَّهُ لَمْ يَكُنْ أَسْلَمَ ذَلِكَ الْوَقْتَ مِنْ الْجِنِّ غَيْرَ جِنِّ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَأَمَّا إذَا أَسْلَمَ جِنُّ سَائِرِ الْبِلَادِ فَسَيَكُونُ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ مَعَهُمْ هَذَا الْحُكْمَ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ فَإِنَّمَا خَصَّ الْمَدِينَةَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذَا الْحُكْمَ مَقْصُورٌ عَلَيْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِذَا رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ شَيْئًا فَآذِنُوهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» يَقْتَضِي أَنَّهُمْ يُرَوْنَ فِي صُوَرِ الْحَيَّاتِ فَيَلْزَمُ أَنْ يُؤْذَنُوا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ أَرَى أَنْ يُنْذَرُوا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَلَا يُنْظَرُ إلَى ظُهُورِهَا، وَإِنْ ظَهَرَتْ فِي الْيَوْمِ مِرَارًا يُرِيدُ أَنْ يُنْذَرُوا فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَا يُتَحَرَّى بِإِنْذَارِهِمْ ثَلَاثَ مِرَارٍ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ حَتَّى يَكُونَ ذَلِكَ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ قَالَ مَالِكٌ يُجْزِي مِنْ الْإِنْذَارِ أَنْ يَقُولَ أُخْرِجُ عَلَيْك بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَبْدُوَ لَنَا أَوْ لِذُرِّيَّتِنَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ بِالْمَدِينَةِ جِنًّا قَدْ أَسْلَمُوا» يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا حُكْمُ الْمَدِينَةِ فِي الْبُيُوتِ وَغَيْرِهَا غَيْرَ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُخَصَّ بِحَدِيثِ أَبِي لُبَابَةَ عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ عَجْلَانَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ فِي الْحَيَّاتِ «مَا سَالَمْنَاهُنَّ مُنْذُ عَادَيْنَاهُنَّ وَمَنْ يَتْرُكُهُنَّ خَوْفَ شَرِّهِنَّ فَلَيْسَ مِنَّا» وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ مَعْنَى ذَلِكَ الْعَدَاوَةُ حِينَ أُخْرِجَ آدَم مِنْ الْجَنَّةِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {اهْبِطَا مِنْهَا جَمِيعًا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ} [طه: 123] وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ الْحَيَّاتِ الَّتِي لَيْسَتْ بِمُتَصَوِّرَةٍ مِنْ الْجِنِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الْمُتَصَوِّرَةَ مِنْ الْجِنِّ مِمَّا لَمْ يُؤْمِنْ أَوْ مَنْ هُوَ مِنْ الشَّيَاطِينِ فَقَدْ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ: إنَّ الشَّيَاطِينَ جِنْسٌ مِنْ الْجِنِّ.

وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِنْ بَدَا لَكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فَاقْتُلُوهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ» يُحْتَمَلُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ مِمَّنْ لَا حَرَجَ عَلَيْكُمْ فِي قَتْلِهِ وَلَمْ يَجْعَلْ اللَّهُ لَهُ سَبِيلًا إلَى الِانْتِصَارِ مِنْكُمْ.

وَالْأَهْلِ» مَالِكٌ عَنْ الثِّقَةِ عِنْدَهُ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ خَوْلَةَ بِنْتِ حَكِيمٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «مَنْ نَزَلَ مَنْزِلًا فَلْيَقُلْ: أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ فَإِنَّهُ لَنْ يَضُرَّهُ شَيْءٌ حَتَّى يَرْتَحِلَ» .

مَا جَاءَ فِي الْوَحْدَةِ فِي السَّفَرِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الرَّاكِبُ شَيْطَانٌ وَالرَّاكِبَانِ شَيْطَانَانِ وَالثَّلَاثَةُ رَكْبٌ» قَالَ مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الشَّيْطَانُ يَهُمُّ بِالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ فَإِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً لَمْ يَهُمَّ بِهِمْ»

[المنتقى]

[مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ الْكَلَامِ فِي السَّفَرِ]

(ش) : قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْغَرْزَ مِنْ الرَّحْلِ بِمَنْزِلَةِ الرِّكَابِ مِنْ السَّرْجِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «بِسْمِ اللَّهِ» ابْتِدَاءٌ فِي دُعَائِهِ بِذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَيُسْتَفْتَحُ ذَلِكَ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ اسْتِفْتَاحَ السَّفَرِ فَقَدْ يُسْتَفْتَحُ الْأَعْمَالُ بِالتَّسْمِيَةِ كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنْتَ الصَّاحِبُ فِي السَّفَرِ وَالْخَلِيفَةُ فِي الْأَهْلِ» بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَخْلُو مَكَانٌ مِنْ أَمْرِهِ وَحُكْمِهِ فَيَصْحَبُ الْمُسَافِرَ فِي سَفَرِهِ بِأَنْ يُسَلِّمَهُ وَيَرْزُقَهُ وَيُعِينَهُ وَيُوَفِّقَهُ وَيُخْلِفَهُ فِي أَهْلِهِ بِأَنْ يَرْزُقَهُمْ سَعَةً فَلَا حُكْمَ لِأَحَدٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ غَيْرُهُ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى «وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» فَقَدَّمَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَيْنَ يَدَيْ دُعَائِهِ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَعْتَقِدُهُ وَيَدْعُوهُ لِجَمِيعِهِ وَبِأَنْ تُزْوَى لَهُ الْأَرْضُ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يَقْبِضُهَا وَيَجْمَعُهَا فَتَقْرُبُ عَلَيْهِ مَسَافَةُ مَا يُرِيدُ قَطْعَهُ مِنْهَا وَذَلِكَ بِعَوْنِهِ عَلَيْهَا وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَقَرِّبْ لَنَا الْبُعْدَ» مِنْ هَذَا الْمَعْنَى «وَسَهِّلْ عَلَيْنَا الْوَعْدَ» بِمَعْنَى أَنْ يُعِينَهُ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْهُلَ عَلَيْهِ قَطْعُهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّا نَعُوذُ بِك مِنْ وَعْثَاءِ السَّفَرِ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَيَحْيَى بْنُ يَحْيَى هُوَ النَّصَبُ وَقَوْلُهُ «وَمِنْ كَآبَةِ الْمُنْقَلَبِ» يُرِيدُ أَنْ يَنْقَلِبَ إلَى مَا يَقْتَضِي كَآبَةً مِنْ فَوَاتِ مَا يُرِيدُ أَوْ وُقُوعِ مَا يَحْذَرُ وَالْكَآبَةُ ظُهُورُ الْحُزْنِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَسُوءِ الْمَنْظَرِ فِي الْأَهْلِ وَالْمَالِ» يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ الِاسْتِعَاذَةَ مِنْ أَنْ يَكُونَ فِي أَهْلِهِ وَمَالِهِ مَا يَسُوءُهُ النَّظَرُ إلَيْهِ يُقَالُ مَنْظَرٌ حَسَنٌ وَمَنْظَرٌ قَبِيحٌ.

(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ نَزَلَ مَنْزِلًا فَلْيَقُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ» عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّفْسِيرِ غَيْرَ أَنَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمَرَ بِذَلِكَ عِنْدَ نُزُولِ الْمَنْزِلِ نَعُوذُ مِنْ شَرِّ مَا خُلِقَ فِيهِ وَشَرِّ مَا فِيهِ وَالتَّعَوُّذُ مَشْرُوعٌ عِنْدَ اسْتِفْتَاحِ الْمَعَانِي مِنْ نُزُولٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ وَفِي أَوَّلِ اللَّيْلِ وَأَوَّلِ النَّهَارِ قَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِنَّهُ لَنْ يَضُرَّهُ شَيْءٌ حَتَّى يَرْتَحِلَ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ تَعَوُّذَهُ إنَّمَا يَتَنَاوَلُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْوَحْدَةِ فِي السَّفَرِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ]
(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الرَّاكِبُ شَيْطَانٌ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – حُكْمُهُ حُكْمُ الشَّيْطَانِ وَفِعْلُهُ فِعْلُ الشَّيْطَانِ فِي انْفِرَادِهِ عَنْ الْأُنْسِ وَتَرْكِهِ الْأُنْسَ بِهِمْ وَبُعْدِهِ عَنْ الِارْتِفَاقِ بِمُجَاوَرَتِهِمْ وَمُرَافَقَتِهِمْ وَتَرْكِهِ الْجَمَاعَةَ الْمَأْمُورَ بِهَا وَكَذَلِكَ الِاثْنَانِ حُكْمُهُمَا ذَلِكَ وَأَمَّا الثَّلَاثَةُ فَرَكْبٌ وَجَمْعٌ قَدْ خَرَجُوا عَنْ حُكْمِ الشَّيَاطِينِ إلَى حُكْمِ الِاجْتِمَاعِ بِالْأُنْسِ وَالِارْتِفَاقِ بِمُرَافَقَتِهِمْ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْوَاحِدَ وَالِاثْنَيْنِ يَفِرُّونَ مِنْ النَّاسِ وَيَسْتَتِرُونَ مِنْهُمْ وَيَخَافُونَ لِقِلَّتِهِمْ وَأَنَّ الثَّلَاثَةَ رَكْبٌ يَأْمَنُونَ وَيَأْنَسُونَ بِالنَّاسِ وَيُؤْنَسُ بِهِمْ وَهَذَا عَامٌّ. وَقَدْ «أَنْفَذَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَوْمَ الْحُدَيْبِيَةِ عُتْبَةَ الْخُزَاعِيَّ وَحْدَهُ وَأَرْسَلَ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ وَحْدَهُ» فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ مَخْصُوصٍ أَوْ عَلَى وَجْهٍ مَخْصُوصٍ.
وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُزْنِيَةِ أَنَّ ذَلِكَ فِي سَفَرِ الْقَصْرِ

(303/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا» .

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ الْعَمَلِ فِي السَّفَرِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى سُلَيْمَانَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ عَنْ خَالِدِ بْنِ مَعْدَانَ يَرْفَعُهُ قَالَ «إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى رَفِيقٌ يُحِبُّ الرِّفْقَ وَيَرْضَى بِهِ وَيُعِينُ عَلَيْهِ مَا لَا يُعِينُ عَلَى الْعُنْفِ فَإِذَا رَكِبْتُمْ هَذَا الدَّوَابَّ الْعُجْمَ فَأَنْزِلُوهَا مَنَازِلَهَا فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ جَدْبَةً فَانْجُوا عَلَيْهَا بِنِقْيِهَا وَعَلَيْكُمْ بِسَيْرِ اللَّيْلِ فَإِنَّ الْأَرْضَ تُطْوَى بِاللَّيْلِ مَا لَا تُطْوَى بِالنَّهَارِ وَإِيَّاكُمْ وَالتَّعْرِيسَ عَلَى الطَّرِيقِ فَإِنَّهَا طُرُقُ الدَّوَابِّ وَمَأْوَى الْحَيَّاتِ»

[المنتقى]

فَأَمَّا مَا قَصرَ عَنْ ذَلِكَ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْفَرِدَ الْوَاحِدُ فِيهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

وَهَذَا إذَا حَمَلْنَا قَوْلَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الرَّاكِبُ وَالرَّاكِبَانِ عَلَى الْجِنْسِ، وَإِنْ حَمَلْنَا ذَلِكَ عَلَى الْعَهْدِ جَازَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ أَشَارَ إلَى وَاحِدٍ وَإِلَى اثْنَيْنِ وَصَفَهُمَا بِصِفَةِ الشَّيَاطِينِ وَأَشَارَ إلَى جَمَاعَةٍ نَفَى عَنْهُمْ هَذِهِ الصِّفَةَ وَوَصَفَهُمْ بِصِفَةِ الْإِنْسِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الشَّيْطَانُ يَهُمُّ بِالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ» يُحْتَمَلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّهُ يَهُمُّ بِاغْتِيَالِهِمَا وَالتَّسَلُّطِ عَلَيْهِمَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنْ يَهُمَّ بِالظُّهُورِ إلَيْهِمَا وَالتَّرْوِيعِ لَهُمَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ أَنَّهُ يَهُمُّ بِفِتْنَتِهِمْ وَصَرْفِهِمْ عَنْ الْحَقِّ وَإِغْوَائِهِمْ بِالْبَاطِلِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ الْمُنْفَرِدَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ فِي السَّفَرِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمُنْفَرِدَ بِالرَّأْيِ وَالْمَذْهَبِ وَأَنَّ الْجَمَاعَةَ أَبْعَدُ مِنْ الْخَطَأِ مِنْ الْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا» .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» بِمَعْنَى التَّغْلِيظِ يُرِيدُ أَنَّ مُخَالَفَةَ هَذَا لَيْستْ مِنْ أَفْعَالِ مَنْ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَيَخَافُ عُقُوبَتَهُ فِي الْآخِرَةِ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لِأَنَّ الْمَرْأَةَ فِتْنَةٌ وَانْفِرَادَهَا سَبَبٌ لِلْمَحْظُورِ؛ لِأَنَّ الشَّيْطَانَ يَجِدُ السَّبِيلَ بِانْفِرَادِهَا فَيُغْرِي بِهَا وَيَدْعُو إلَيْهَا وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا تُسَافِرَ هَذِهِ الْمَسَافَةَ مَعَ إنْسَانٍ وَاحِدٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَا مَحْرَمٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ مَأْمُونٌ عَلَيْهَا وَالْمَعْنَى الثَّانِي أَنْ لَا تَنْفَرِدَ فِي مِثْلِ هَذَا السَّفَرِ دُونَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ يَحْفَظُهَا وَيَجْرِي إلَى صِيَانَتِهَا لِمَا رُكِّبَ فِي طِبَاعِ أَكْثَرِ النَّاسِ مِنْ الْغَيْرَةِ عَلَى ذَوِي مَحَارِمِهِمْ وَالْحِمَايَةِ لَهُمْ، وَقَدْ رَخَّصَ مَالِكٌ لَهَا أَنْ تُسَافِرَ فِي الرُّفْقَةِ الْعَظِيمَةِ يَكُونُ فِيهَا النِّسَاءُ وَالرِّجَالُ إلَى الْحَجِّ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَرْأَةِ الْمُتَجَالَّةِ تَخْرُجُ إلَى مَكَّةَ مَعَ غَيْرِ وَلِيٍّ إنْ كَانَتْ فِي جَمَاعَةٍ وَنَاسٍ مَأْمُونِينَ لَا تَخَافُهُمْ عَلَى نَفْسِهَا، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يُرِيدُ إنَّمَا الْمَنْهِيُّ عَنْهُ سَفَرُهَا فِي غَيْرِ الْفَرِيضَةِ مَعَ غَيْرِ ذِي مَحْرَمٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَقَدْ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَيْسَرَةَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَرُوِيَ مَسِيرَةُ

يَوْمَيْنِ، وَقَدْ تُعُلِّقَ بِهَذَا وَجُعِلَ حَدًّا فِي سَفَرِ الْقَصْرِ وَلَا يَمْنَعُ أَنْ يُمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ثُمَّ فِي يَوْمَيْنِ ثُمَّ فِي يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ وَلَيْسَ بَيْنَ الْأَحَادِيثِ عَلَى هَذَا اخْتِلَافٌ، وَلَوْ بَدَا فَمُنِعَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَاقْتَضَى ذَلِكَ مَنْعَهُ فِي يَوْمَيْنِ وَفِي ثَلَاثَةٍ فَإِذَا وَرَدَ بَعْدَ ذَلِكَ مَنْعُهُ فِي يَوْمَيْنِ وَفِي ثَلَاثَةٍ فَلَيْسَ بِخِلَافٍ لِمَا تَقَدَّمَ بَلْ هِيَ تَأْكِيدٌ لَهُ، وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ.

[مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ الْعَمَلِ فِي السَّفَرِ]

(ش) : قَوْلُهُ «إنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ رَفِيقٌ يُحِبُّ الرِّفْقَ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – فِيمَا يُحَاوِلُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ أَمْرِ دِينِهِ وَدُنْيَاهُ فَإِنَّ الرِّفْقَ عَوْنٌ عَلَى الْمُرَادِ وَلَا يَبْلُغُ حَدَّ الْعَجْزِ فَإِنَّهُ أَيْضًا مَانِعٌ مِنْ الْمُرَادِ وَخَيْرُ الْأَشْيَاءِ أَوْسَطُهَا وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ «وَيُعِينُ عَلَيْهِ مَا لَا يُعِينُ عَلَى الْعُنْفِ» وَهُوَ الْإِفْرَاطُ.

وَقَدْ رُوِيَ «شَرُّ السَّيْرِ الْحَقْحَقَةُ إنَّ الْمُنْبَتَّ لَا أَرْضًا قَطَعَ وَلَا ظَهْرًا أَبْقَى» قَالَ مَالِكٌ وَلَا بَأْسَ بِسُرْعَةِ السَّيْرِ فِي الْحَجِّ عَلَى الدَّابَّةِ وَأَكْرَهُ الْمَهَامِيزَ وَلَا يُصْلِحُ

(304/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنْ الْعَذَابِ يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ نَوْمَهُ وَطَعَامَهُ وَشَرَابَهُ فَإِذَا قَضَى أَحَدُكُمْ نَهْمَتَهُ مِنْ وُجْهَتِهِ فَلْيُعَجِّلْ إلَى أَهْلِهِ» .

الْأَمْرُ بِالرِّفْقِ بِالْمَمْلُوكِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا يُكَلَّفُ مِنْ الْعَمَلِ إلَّا مَا يُطِيقُ» مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَذْهَبُ إلَى الْعَوَالِي كُلَّ يَوْمِ سَبْتٍ فَإِذَا وَجَدَ عَبْدًا فِي عَمَلٍ لَا يُطِيقُهُ وَضَعَ عَنْهُ مِنْهُ)

[المنتقى]

الْفَسَادَ، وَإِذَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ خَرَقَهَا.

وَقَدْ قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَنْخُسَهَا حَتَّى يُدْمِيَهَا وَقَوْلُهُ «فَإِنْ رَكِبْتُمْ هَذِهِ الدَّوَابَّ الْعُجْمَ» قَالَ مَالِكٌ: يَعْنِي بِالدَّوَابِّ الَّتِي تُرْكَبُ مِثْلَ الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ أَلَا تَرَى إلَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ الْعَجْمَاءُ الْبَهِيمَةُ سُمِّيَتْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَكَلَّمُ وَكُلُّ مَا لَا

يَقْدِرُ عَلَى الْكَلَامِ فَهُوَ أَعْجَمُ مُسْتَعْجَمٌ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَإِذَا رَكِبْتُمْ هَذِهِ الدَّوَابَّ الْعُجْمَ فَأَنْزِلُوهَا مَنَازِلَهَا» يُرِيدُ اجْرُوهَا عَلَى مَا فِيهِ صَلَاحُهَا مِنْ غَيْرِ عُنْفٍ عَلَيْهَا وَلَا تَقْصِيرٍ عَنْ حَاجَتِكُمْ يُقَالُ: أَنْزَلْت فُلَانًا مَنْزِلَتَهُ أَيْ عَامَلْته بِمَا يَجِبُ فِي أَمْرِهِ وَيَلِيقُ بِحَالِهِ غَيْرَ مُقَصِّرٍ بِهِ وَلَا مُبْلِغٍ لَهُ مَا لَا يَسْتَأْهِلُهُ وَقَوْلُهُ «فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ جَدْبَةً» يُرِيدُ لَا خِصْبَ فِيهَا فَانْجُوَا عَلَيْهَا بِنِقْيِهَا قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ فَانْجُوَا عَلَيْهَا بِنِقْيِهَا أَيْ أَسْرِعُوا السَّيْرَ وَيُقَالُ: نَجَوْت أَنْجُو نَجَاءً إذَا أَسْرَعْت، وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى فَانْجُوَا عَلَيْهَا أَيْ اسْلَمُوا عَلَيْهَا مَا دَامَتْ بِنِقْيِهَا، قَالَ مَالِكٌ هُوَ شَحْمُهَا وَقُوتُهَا يُقَالُ نَجَا فُلَانٌ يَنْجُو إذَا سَلِمَ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أُنْجُوا عَلَيْهَا مِنْ أَرْضِ الْجَدْبِ فَإِنَّكُمْ إنْ أَبْطَأْتُمْ بِهَا فِي أَرْضِ الْجَدْبِ ضَعُفَتْ وَهَزَلَتْ فَلَمْ تَنْجُوَا عَنْ أَرْضِ الْجَدْبِ فَجُعِلَ ذَلِكَ مَعْنًى يُبِيحُ الْإِسْرَاعَ وَيَجْرِي ذَلِكَ مَجْرَى الْمَخَافَةِ وَإِنَّمَا شُرِعَ الرِّفْقُ مَعَ الْخِصْبِ وَالْأَمَانِ وَعَدَمِ الْأَسْبَابِ الْمُوجِبَةِ لِلتَّعْجِيلِ وَالْإِسْرَاعِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنْ الْعَذَابِ يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ نَوْمَهُ وَطَعَامَهُ وَشَرَابَهُ فَإِذَا قَضَى أَحَدُكُمْ نَهْمَتَهُ مِنْ وُجْهَتِهِ فَلْيُعَجِّلْ إلَى أَهْلِهِ» .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنْ الْعَذَابِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – تَعَبَهُ وَمَشَقَّتَهُ وَالتَّأَلُّمَ فِيهِ لِشِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَطَرِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ} [النساء: 102] وَمَنَعَ مَا يُمْنَعُ مِنْ النَّوْمِ وَالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ اسْتِجَادَتَهُ وَإِصْلَاحَهُ لَيْسَ بِمَحْظُورٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنْهُ السَّفَرُ وَأَمَّا وُجُودُهُ فَلَا يَمْنَعُهُ السَّفَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِنْ قَضَى أَحَدُكُمْ نَهْمَتَهُ مِنْ وُجْهَتِهِ» يُرِيدُ بَلَغَ مِنْهَا مُرَادَهُ وَمَا يَكْفِيهِ وَمَا كَانَ مُحْتَاجًا إلَيْهِ فَلْيُعَجِّلْ إلَى أَهْلِهِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ التَّعْجِيلَ عِنْدَ السَّيْرِ مِنْ تَرْكِ التَّلَوُّمِ وَذَلِكَ نَصٌّ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ التَّعْجِيلَ فِي السَّيْرِ إلَى الْأَهْلِ لِحَاجَتِهِمْ إلَى تَقْوِيَتِهِ وَقِيَامِهِ بِأَمْرِهِمْ وَجُعِلَ ذَلِكَ مِمَّا يُبِيحُ التَّعْجِيلَ فِي السَّيْرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[الْأَمْرُ بِالرِّفْقِ بِالْمَمْلُوكِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – عَلَى مَالِكِهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِالْمَعْرُوفِ يُرِيدُ بِمَا يَلِيقُ بِمِثْلِهِ فِي حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ وَنَفَاذِهِ فِي

التِّجَارَةِ وَالْعَمَلِ.

وَقَدْ رَوَى أَبُو ذَرٍّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ» وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مِنْ مَالِهِ الَّذِي مِنْهُ يَأْكُلُ وَمِنْهُ يَلْبَسُ وَهُوَ يُعْطِي مِنْهُ عَبْدَهُ كِسْوَتَهُ وَطَعَامَهُ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ لِمِثْلِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ جِنْسَ مَا يُلْبَسُ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَى النَّدْبِ نَصًّا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا جَاءَ خَادِمُ أَحَدِكُمْ بِطَعَامِهِ فَلْيُقْعِدْهُ مَعَهُ لِيَأْكُلَ؛ لِأَنَّهُ وَلِيَ حَرَّهُ وَعِلَاجَهُ، وَإِنْ لَمْ يُقْعِدْهُ

(305/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَهُوَ يَخْطُبُ وَهُوَ يَقُولُ: لَا تُكَلِّفُوا الْمَرْأَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ الْكَسْبَ فَإِنَّكُمْ مَتَى مَا كَلَّفْتُمُوهَا ذَلِكَ كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا وَلَا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَجِدْ سَرَقَ وَعِفُّوا إذَا أَعَفَّكُمْ اللَّهُ وَعَلَيْكُمْ مِنْ الْمَطَاعِمِ بِمَا طَابَ مِنْهَا) .

مَا جَاءَ فِي الْمَمْلُوكِ وَهَيْئَتِهِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «الْعَبْدُ إذَا نَصَحَ لِسَيِّدِهِ وَأَحْسَنَ عِبَادَةَ اللَّهِ فَلَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ»

[المنتقى]

فَلْيُطْعِمْهُ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ» وَهَذَا يَتَنَاوَلُهُ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَأَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ» ؛ لِأَنَّ مِنْ قَدْ تَكُونُ لِلْجِنْسِ وَتَكُونُ لِلتَّبْعِيضِ وَسُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يَأْكُلُ السَّيِّدُ مِنْ طَعَامٍ لَا يَأْكُلُ مِنْهُ الْعَبْدُ وَيَلْبَسُ ثِيَابًا لَا يَلْبَسُهَا الْعَبْدُ؟ قَالَ هُوَ مِنْ ذَلِكَ فِي سَعَةٍ قِيلَ لَهُ فَحَدِيثُ أَبِي ذَرٍّ قَالَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ يَوْمَئِذٍ هَذَا الْقُوتُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يُكَلَّفُ مِنْ الْعَمَلِ إلَّا مَا يُطِيقُ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَا يَشُقُّ عَلَيْهِمْ فَلَا يُطِيقُونَ الدَّوَامَ عَلَيْهِ وَلِذَلِكَ كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَذْهَبُ إلَى الْعَوَالِي يُرِيدُ عَوَالِيَ الْمَدِينَةِ وَحَيْثُ يَعْمَلُ الرَّقِيقُ فِي النَّخِيلِ كُلَّ سَبْتٍ وَلَعَلَّهُ كَانَ يَقْصِدُ بِذَلِكَ مُرَاعَاةَ الرَّقِيقِ أَنْ يَأْتِيَ قُبَاءَ يَوْمَ السَّبْتِ فَإِنَّهُ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَإِذَا وَجَدَ عَبْدًا فِي عَمَلٍ لَا يُطِيقُهُ

يُرِيدُ يَشُقُّ عَلَيْهِ وَيَضْعُفُ عَنْهُ خَفَّفَ عَنْهُ يُرِيدُ وَأَبْقَى عَلَيْهِ مِنْهُ مَا لَا يَفْدَحُهُ وَلَا يَكُونُ فِيهِ تَقْصِيرٌ عَنْ حَقِّ سَيِّدِهِ، قَالَ مَالِكٌ: وَكَانَ يَزِيدُ فِي رِزْقِ مَنْ قَلَّ رِزْقُهُ، قَالَ مَالِكٌ: وَأَكْرَهُ مَا أَحْدَثُوا مِنْ إجْهَادِ الْعَبِيدِ فِي عَمَلِ الزَّرَانِيقِ قَالَ وَمَنْ لَهُ عَبِيدٌ يَحْصُدُونَ نَهَارًا لَا يَسْتَطْحِنُونَ لَيْلًا وَأَمَّا الْعَمَلُ الَّذِي لَا يُتْعِبُهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ إذَا كَانَ بِالنَّهَارِ فِي عَمَلٍ مُتْعِبٍ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَيْسَ عَلَى السَّيِّدِ بَيْعُ عَبْدِهِ إذَا اشْتَكَى الْعُزْبَةَ، وَقَالَ قَدْ وَجَدْت مَوْضِعًا أَرْضَاهُ قَالَ مَالِكٌ وَلَيْسَ عَلَى السَّيِّدِ بَيْعُ عَبْدِهِ إلَّا أَنْ يَضُرَّ بِهِ، وَإِنْ أَرَادَ شِرَاءَ عَبْدٍ فَسَأَلَهُ بِاَللَّهِ أَنْ لَا يَشْتَرِيَهُ قَالَ مَالِكٌ أَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَتْرُكَهُ وَإِمَّا أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ فَلَا.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ يَا سَيِّدِي قَالَ مَالِكٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ} [يوسف: 25] قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَسَيِّدًا وَحَصُورًا} [آل عمران: 39] وَقِيلَ لَهُ يَقُولُونَ السَّيِّدُ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى قَالَ مَالِكٌ أَيْنَ هَذَا فِي كِتَابِ اللَّهِ إنَّمَا فِي الْقُرْآنِ رَبُّنَا رَبُّنَا.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَهُوَ يَخْطُبُ وَهُوَ يَقُولُ: لَا تُكَلِّفُوا الْمَرْأَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ الْكَسْبَ فَإِنَّكُمْ مَتَى مَا كَلَّفْتُمُوهَا ذَلِكَ كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا وَلَا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَجِدْ سَرَقَ وَعِفُّوا إذَا أَعَفَّكُمْ اللَّهُ وَعَلَيْكُمْ مِنْ الْمَطَاعِمِ بِمَا طَابَ مِنْهَا) .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَا تُكَلِّفُوا الْأَمَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ الْكَسْبَ فَتَكْسِبُ بِفَرْجِهَا يُرِيدُ أَنَّهَا إنْ أُلْزِمَتْ خَرَاجًا وَهِيَ لَيْسَتْ بِذَاتِ صَنْعَةٍ تَصْنَعُهَا بِخَرَاجٍ اضْطَرَّاهَا ذَلِكَ إلَى الْكَسْبِ مِنْ أَيِّ وَجْهٍ أَمْكَنَهَا وَكَانَ ذَلِكَ سَبَبًا إلَى أَنْ تَكْسِبَ بِفَرْجِهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا} [النور: 33] وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ الصَّغِيرُ إذَا كُلِّفَ الْكَسْبَ وَأَنْ يَأْتِيَ بِالْخَرَاجِ وَهُوَ لَا يُطِيقُ ذَلِكَ فَإِنَّهُ رُبَّمَا اضْطَرَّهُ إلَى أَنْ يَتَخَلَّصَ مِمَّا لَزِمَهُ مِنْ الْخَرَاجِ بِأَنْ يَسْرِقَ، وَقَوْلُهُ عِفُّوا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – عِفُّوا عَنْ الْكَسْبِ الْخَبِيثِ أَيْ اُتْرُكُوهُ وَاصْبِرُوا عَنْهُ إذَا أَعَفَّكُمْ اللَّهُ أَيْ إذَا أَوْجَدَكُمْ اللَّهُ تَعَالَى السَّبِيلَ إلَى التَّعَفُّفِ بِالْغِنَى.

(فَصْلٌ) :

وَعَلَيْكُمْ مِنْ الْمَطَاعِمِ بِمَا طَابَ مِنْهَا أَيْ بِمَا حَلَّ وَسَلِمَ مِنْ التَّحْرِيمِ وَالْكَرَاهِيَةِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا} [المؤمنون: 51] وَكَانَ عُثْمَانُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَقُول ذَلِكَ فِي خُطْبَتِهِ لِتَعُمَّ مَوْعِظَتُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جاءَ فِي الْمَمْلُوكِ وَهَيْئَتِهِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ الْعَبْدَ إذَا نَصَحَ لِسَيِّدِهِ وَأَحْسَنَ عِبَادَةَ اللَّهِ فَلَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ» يُرِيدُ حَفِظَهُ وَأَنْمَاهُ وَامْتَثَلَ أَمْرَهُ فِي الطَّاعَةِ وَالْمُبَاحِ وَلَمْ يَخُنْهُ

(306/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَمَةً كَانَتْ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَآهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ فَقَالَ أَلَمْ أَرَ جَارِيَةَ أَخِيك تَجُوسُ النَّاسَ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ) .

مَا جَاءَ فِي الْبَيْعَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: «كُنَّا إذَا بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ يَقُولُ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا اسْتَطَعْتُمْ»

[المنتقى]

وَأَحْسَنَ مَعَ ذَلِكَ عِبَادَةَ رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ لَهُ أَجْرُ عَامِلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ بِطَاعَةِ اللَّهِ وَعَامِلٌ بِطَاعَةِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَأْمُورٌ بِذَلِكَ.

وَقَدْ رَوَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «وَالْعَبْدُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ» ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «ثَلَاثَةٌ لَهُمْ أَجْرُهُمْ مَرَّتَيْنِ: رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ آمَنَ بِنَبِيِّهِ ثُمَّ آمَنَ بِي وَالْعَبْدُ الْمُؤْمِنُ نَصَحَ لِسَيِّدِهِ وَأَدَّى حَقَّ مَوَالِيهِ وَرَجُلٌ لَهُ جَارِيَةٌ أَدَّبَهَا فَأَحْسَنَ تَأْدِيبَهَا وَعَلَّمَهَا فَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا» .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَمَةً كَانَتْ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَآهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ فَقَالَ أَلَمْ أَرَ جَارِيَةَ أَخِيك تَجُوسُ النَّاسَ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ) .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – تَجُوسُ النَّاسَ مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – تَتَخَطَّى النَّاسَ وَتَخْتَلِفُ عَلَيْهِمْ مُخْتَمِرَةً بِشَكْلِ الْحَرَائِرِ فَكَرِهَ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَلَمْ يَكْرَهْ أَنْ تُرَى وَكَانَ عُمَرُ يَضْرِبُ الْإِمَاءَ إذَا رَأَى عَلَيْهِنَّ الْجَلَابِيبَ قَالَهُ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَقِيلَ: إنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُنَّ لَيْسَ فِيهِنَّ خَفَرُ الْحَرَائِرِ وَلَا

سِتْرُهُنَّ وَلَا يَلْزَمُهُنَّ ذَلِكَ فَإِذَا لَبِسْنَ ثِيَابَ الْحَرَائِرِ اعْتَقَدَ فِيهِنَّ مَنْ لَا يَعْرِفُهُنَّ أَنَّهُنَّ مِنْ مُتَبَرِّجَاتِ الْحَرَائِرِ فَمَنَعَ لِهَذَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الْبَيْعَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كُنَّا إذَا بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمُبَايَعَةُ تَخْتَصُّ بِمُعَاقَدَةِ الْإِمَامِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلا يَسْرِقْنَ وَلا يَزْنِينَ وَلا يَقْتُلْنَ أَوْلادَهُنَّ} [الممتحنة: 12] إلَى قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَبَايِعْهُنَّ} [الممتحنة: 12] وَمُبَايَعَةُ الْإِمَامِ إنَّمَا هِيَ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ وَمَعْنَى ذَلِكَ امْتِثَالُ الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَقُولُ لَهُمْ: فِيمَا اسْتَطَعْتُمْ» يُرِيدُ مِنْ السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ وَذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى {فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَاسْمَعُوا وَأَطِيعُوا} [التغابن: 16] وَأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ مِنْ الْمُكَلَّفِ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّحَرُّزِ مِنْهُ مِنْ الْخَطَأِ وَالنِّسْيَانِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا} [البقرة: 286] .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ «عَنْ أُمَيْمَةَ بِنْتِ رُقَيَّةَ أَنَّهَا قَالَتْ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي نِسْوَةٍ بَايَعْنَهُ عَلَى الْإِسْلَامِ فَقُلْنَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ نُبَايِعُك عَلَى أَنْ لَا نُشْرِك بِاَللَّهِ شَيْئًا وَلَا نَسْرِقَ وَلَا نَزْنِيَ وَلَا نَقْتُلَ أَوْلَادَنَا وَلَا نَأْتِيَ بِبُهْتَانٍ نَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِينَا وَأَرْجُلِنَا وَلَا نَعْصِيَك فِي مَعْرُوفٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: فِيمَا اسْتَطَعْتُنَّ وَأَطَقْتُنَّ قَالَتْ: فَقُلْنَ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَرْحَمُ بِنَا مِنْ أَنْفُسِنَا هَلُمَّ نُبَايِعُك يَا رَسُولَ اللَّهِ؛ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنِّي لَا أُصَافِحُ النِّسَاءَ إنَّمَا قَوْلِي لِمِائَةِ امْرَأَةٍ كَقَوْلِي لِامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِثْلِ قَوْلِي لِامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ» .

(ش) : هَذِهِ الْبَيْعَةُ الَّتِي ذَكَرَتْهَا أُمَيْمَةُ كَانَتْ بِالْمَدِينَةِ بَعْدَ الْحُدَيْبِيَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ؛ لِأَنَّهَا مَذْكُورَةٌ فِي الْمُمْتَحَنَةِ وَهِيَ مَدَنِيَّةٌ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلا يَسْرِقْنَ وَلا يَزْنِينَ وَلا يَقْتُلْنَ أَوْلادَهُنَّ وَلا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ} [الممتحنة: 12] الْآيَةَ، وَمَا كَانَ قَبْلَ الْهِجْرَةِ بِمَكَّةَ مِنْ مُبَايَعَةٍ فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا ذِكْرُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَلَمَا كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ لَهُنَّ «فِيمَا اسْتَطَعْتُنَّ وَأَطَقْتُنَّ» وَقَوْلُهُ فَإِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أَرْحَمُ بِنَا مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ يُرْفِقُنَا وَيَرْضَى مِنَّا بِمَا بَذَلْنَا مِنْ أَنْفُسِنَا إكْرَامًا مِنْهُ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَتَبَ إلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يُبَايِعُهُ فَكَتَبَ إلَيْهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَمَّا بَعْدُ لِعَبْدِ اللَّهِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ سَلَامٌ عَلَيْك فَإِنِّي أَحْمَدُ إلَيْك اللَّهَ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ وَأُقِرُّ لَك بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ عَلَى سُنَّةِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ فِيمَا اسْتَطَعْت) .

مَا يُكْرَهُ مِنْ الْكَلَامِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «مَنْ قَالَ لِأَخِيهِ: كَافِرٌ فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا» (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إِذَا سَمِعْت الرَّجُلَ يَقُولُ هَلَكَ النَّاسُ فَهُوَ

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ مَعْنَاهُ بِوَلَدٍ تَنْسُبُهُ إلَى الزَّوْجِ يُقَالُ: كَانَتْ الْمَرْأَةُ تَلْتَقِطُ الْوَلِيدَ فَتَتَبَنَّاهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنِّي لَا أُصَافِحُ النِّسَاءَ» يُرِيدُ لَا أُبَاشِرُ أَيْدِيَهُنَّ بِيَدِي يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - الِاجْتِنَابَ وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ حُكْمِ مُبَايَعَةِ الرِّجَالِ الْمُصَافَحَةَ فَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ فِي مُبَايَعَةِ النِّسَاءِ لِمَا فِيهِ مِنْ مُبَاشَرَتِهِنَّ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ الْمُبَايَعَةِ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ فَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ بِالْقَوْلِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ وَلِذَلِكَ صَحَّتْ مُبَايَعَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ لِعَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ بِالْمُكَاتَبَةِ دُونَ الْمُصَافَحَةِ وَقَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «إنَّمَا قَوْلِي لِمِائَةِ امْرَأَةٍ كَقَوْلِي لِامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ» يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - فِي الْمُعَاقَدَةِ وَإِلْزَامِ ذَلِكَ وَالْتِزَامِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَتَبَ إلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يُبَايِعُهُ فَكَتَبَ إلَيْهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَمَّا بَعْدُ لِعَبْدِ اللَّهِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ سَلَامٌ عَلَيْك فَإِنِّي أَحْمَدُ إلَيْك اللَّهَ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ وَأُقِرُّ لَك بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ عَلَى سُنَّةِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ فِيمَا اسْتَطَعْت) .

(ش) : قَوْلُهُ فَكَتَبَ إلَيْهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ عَلَى اسْتِفْتَاحِ الْكُتُبِ بِالتَّسْمِيَةِ.

وَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ} [النمل: 30] {أَلَّا تَعْلُوا عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ} [النمل: 31] «وَكَتَبَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلَى هِرَقْلَ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ السَّلَامُ عَلَى مَنْ اتَّبَعَ الْهُدَى أَمَّا بَعْدُ فَأَسْلِمْ تَسْلَمْ» الْحَدِيثَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَمَّا بَعْدُ أَيْضًا كَانَ مِمَّا يُسْتَفْتَحُ بِهِ الْخِطَابُ وَقَالَ بَعْضُ الْمُفَسِّرِينَ إنَّهَا فَصْلُ الْخِطَابِ فِي قَوْله تَعَالَى {وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ} [ص: 20] وَقَوْلُهُ فَإِنِّي أَحْمَدُ إلَيْك اللَّهَ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ عَلَى مَعْنَى الْإِعْلَامِ بِحَالِهِ، وَإِنَّمَا حَالُ حَمْدِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَشُكْرٍ لِنِعَمِهِ وَقَوْلُهُ وَأُقِرُّ لَك بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَلْتَزِمُ السَّمْعَ وَالطَّاعَةَ لَك عَلَى سُنَّةِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِسُرْعَةٍ عَلَى حَسْبِ مَا كَانَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَخَذَ عَلَيْهِمْ مِنْ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا اسْتَطَعْتُمْ وَأَنَّهُ إذَا الْتَزَمَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشَرْطِ الِاسْتِطَاعَةِ فَبِأَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ أَوْلَى وَأَحْرَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا لِمَنْ بَايَعَ طَائِعًا وَأَمَّا مَنْ بَايَعَ مُكْرَهًا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا عِنْدِي فِيمَا يَلْزَمُ مُبَايَعَتُهُ فَتَلْزَمُ الْمُبَايِعَ طَائِعًا كَانَ أَوْ مُكْرَهًا، قَالَ أَصْبَغُ سَمِعْت ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ بَايَعَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ أَبَا بَكْرٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – وَهُوَ كَارِهٌ وَلَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنَّهُ كَرِهَ وَجْهَ الْمُبَايَعَةِ وَلَمْ يَكْرَهْ الْمُبَايَعَةَ.

[مَا يُكْرَهُ مِنْ الْكَلَامِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَيَحْيَى بْنُ يَحْيَى فِي الْمُزْنِيَةِ مَعْنَاهُ إنْ كَانَ الْمَقُولُ لَهُ كَافِرًا فَهُوَ كَمَا قَالَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَقُولُ كَذَلِكَ خِيفَ عَلَى الْقَائِلِ أَنْ يَصِيرَ كَذَلِكَ لِقَوْلِهِ لِأَخِيهِ كَافِرٌ يُرِيدُ أَنَّهُ يَخَافُ عَلَيْهِ أَنْ يُكَفِّرَهُ بِحَقٍّ مَشْرُوعٍ يُكَفَّرُ جَاحِدُهُ فَيَصِيرُ بِذَلِكَ كَافِرًا وَهَذَا مَعْنَى مَا رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ عَنْ مَالِكٍ، وَقَدْ قِيلَ: إنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ «فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا» يُرِيدُ بِوِزْرِ هَذَا الْقَوْلِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَافِرًا فَوِزْرُ هَذَا الْقَوْلِ عَلَى قَائِلِهِ أَنَّ أَحَدَهُمَا يَكُونُ كَافِرًا بِهَذَا الْقَوْلِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إذَا سَمِعْت الرَّجُلَ يَقُولُ هَلَكَ النَّاسُ فَهُوَ

أَهْلَكُهُمْ» (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ يَا خَيْبَةَ الدَّهْرِ فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الدَّهْرُ» (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ لَقِيَ خِنْزِيرًا عَلَى الطَّرِيقِ فَقَالَ لَهُ انْفُذْ بِسَلَامٍ فَقِيلَ لَهُ تَقُولُ هَذَا لِخِنْزِيرٍ؟ فَقَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ: إِنِّي أَخَافُ أَنْ أُعَوِّدَ لِسَانِي الْمَنْطِقَ بِالسُّوءِ) .

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ التَّحَفُّظِ فِي الْكَلَامِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَلْقَمَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ الْمُزَنِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ رِضْوَانِ اللَّهِ مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ مَا بَلَغَتْ يَكْتُبُ اللَّهُ لَهُ بِهَا رِضْوَانَهُ إِلَى يَوْمِ يَلْقَاهُ وَإِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ سَخَطِ اللَّهِ مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ مَا بَلَغَتْ يَكْتُبُ اللَّهُ لَهُ بِهَا سَخَطَهُ إِلَى يَوْمِ يَلْقَاهُ» مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ

[المنتقى]

أَهْلَكُهُمْ» .

(ش) : قَالَ مَالِكٌ مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ احْتِقَارًا لِلنَّاسِ وَازْدِرَاءً عَلَيْهِمْ فَقَدْ هَلَكَ هُوَ بِقَوْلِهِ هَذَا، وَإِنْ قَالَهُ تَوَجُّعًا عَلَى النَّاسِ وَعَلَى مَنْ هَلَكَ مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالْعِلْمِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَنَحْنُ نَرْجُو أَنْ يُؤْجَرَ عَلَى ذَلِكَ وَمَعْنَى فَهُوَ أَهْلَكُهُمْ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مَعْنَاهُ هُوَ أَفْشَلُهُمْ وَأَرْذَلُهُمْ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ بِمَعْنَى هُوَ خَيْرٌ مِنْهُمْ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ يَا خَيْبَةَ الدَّهْرِ فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الدَّهْرُ» .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ يَا خَيْبَةَ الدَّهْرِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – خَيْبَتِي مِنْ حَاجَتِي الَّتِي طَلَبْتهَا فَنَسَبَ الْخَيْبَةَ إِلَى الدَّهْرِ وَتَظَلَّمَ مِنْهُ فَنَهَوْا عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ هُوَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – لِأَنَّ الَّذِي يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِذَا تَظَلَّمْتُمْ مِنْ الْمَانِعِ فَإِنَّمَا يَقَعُ تَظَلُّمُكُمْ مِنْ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَانِعُ وَذَلِكَ أَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ تُضِيفُ إِلَى الدَّهْرِ مَا يُصِيبُهُ قَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {مَا هِيَ إِلا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا نَمُوتُ وَنَحْيَا وَمَا يُهْلِكُنَا إِلا الدَّهْرُ} [الجاثية: 24] فَأَكْذَبَهُمْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِقَوْلِهِ {وَمَا لَهُمْ بِذَلِكَ مِنْ عِلْمٍ إِنْ هُمْ إِلا يَظُنُّونَ} [الجاثية: 24] .

وَقَدْ رَوَى ابْنُ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يَسُبُّ ابْنُ آدَمَ الدَّهْرَ وَأَنَا الدَّهْرُ بِيَدِي الْأَمْرُ أُقَلِّبُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ» فَقَوْلُهُ تَعَالَى وَأَنَا

الدَّهْرُ لَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ أَنَّهُ هُوَ الدَّهْرُ وَلَا أَنَّ الدَّهْرَ اسْمٌ مِنْ أَسْمَائِهِ وَلَكِنَّ الْعَرَبَ تَسْتَعْمِلُ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ أَنَّهَا إذَا تَظَلَّمَتْ لِزَيْدٍ جَازَ لِعَمْرٍو أَنْ يَقُولَ: أَنَا زَيْدٌ الَّذِي تظَلَّمْت مِنْهُ بِمَعْنَى أَنَّهُ بِي يَصِلُ إلَى ذَلِكَ وَأَنَّ الْفِعْلَ وَقَعَ مِنِّي لَا مِنْ زَيْدٍ فَيَصِفُ نَفْسَهُ بِزَيْدٍ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ لَقِيَ خِنْزِيرًا عَلَى الطَّرِيقِ فَقَالَ لَهُ انْفُذْ بِسَلَامٍ فَقِيلَ لَهُ تَقُولُ هَذَا لِخِنْزِيرٍ؟ فَقَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ: إنِّي أَخَافُ أَنْ أُعَوِّدَ لِسَانِي الْمَنْطِقَ بِالسُّوءِ) .

(ش) : قَوْلُ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – لِلْخِنْزِيرِ انْفُذْ بِسَلَامٍ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ بِسَلَامَةٍ لَك مِنَّا كَمَا «قَالَ مُحَمَّدٌ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمِنًى فِي الْحَيَّةِ وُقِيَتْ شَرَّكُمْ كَمَا وُقِيتُمْ شَرَّهَا» وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ بِسَلَامٍ بِتَحِيَّةٍ مِنَّا عَلَيْك وَعَلَى أَنْفُسِنَا إذْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَرُدُّ التَّحِيَّةَ وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِمْ تَقُولُ هَذَا لِخِنْزِيرٍ لِهُجْنَتِهِ فِي أَنْفُسِهِمْ أَوْ لِتَحْرِيمِهِ قَالَ: أَخَافُ أَنْ أُعَوِّدَ لِسَانِي الْمَنْطِقَ بِالسُّوءِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ لِلْعَوَائِدِ تَأْثِيرًا وَجَرَتْ إلَى مَا جَرَتْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْرٍ أَوْ شَرٍّ بِعَمْدٍ أَوْ سَهْوٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَهِّرَ لِسَانَهُ مِنْ مَنْطِقِ سُوءٍ رُبَّمَا سَبَقَ إلَيْهِ مَعَ السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ أَوْ أَرَادَ أَنْ يَعِظَ بِذَلِكَ مَنْ حَضَرَهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَقَدْ اسْتَحَبَّ مَالِكٌ اسْتِعْمَالَ حُسْنِ الْأَلْفَاظِ وَاجْتِنَابَ ذِكْرِ مَا يُكْرَهُ سَمَاعُهُ وَأَنْ يُكَنَّى عَنْهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ وَسُئِلَ عَنْ مَسِّ الرُّفْغِ وَالشَّرَجِ وَالْعَانَةِ أَفِي ذَلِكَ وُضُوءٌ فَقَالَ مَا سَمِعْت فِيهِ بِوُضُوءٍ وَأَكْرَهُ أَنْ يُمَسَّ تَقَذُّرًا، وَقَدْ كَانَ بَعْضُ الْمُلُوكِ إذَا أَصَابَ النَّاسَ طَاعُونٌ فَطُعِنَتْ امْرَأَةٌ مِنْ نِسَائِهِ فَقِيلَ: طُعِنَتْ تَحْتَ إبْطِهَا فَدَخَلَ عَلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فَسَأَلَهُ أَيْنَ طُعِنَتْ فَقَالَ: تَحْتَ يَدِهَا كَرَاهِيَةَ أَنْ يَذْكُرَ إبْطَهَا قَالَ، وَقَدْ كَانَتْ تَجْتَنِبُ سَيِّئَ الْكَلَامِ وَتَتَبَّعُ أَحْسَنَهُ فَكَأَنَّهُ رَأَى التَّنْكِيبَ عَنْ ذِكْرِ الْعَانَةِ وَالشَّرَجِ مِنْ هَذِهِ النَّاحِيَةِ.

(309/7)

أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: إنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مَا يُلْقِي لَهَا بَالًا يَهْوِي بِهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ وَإِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مَا يُلْقِي لَهَا بَالًا يَرْفَعُهُ اللَّهُ بِهَا فِي الْجَنَّةِ) .

مَا يُكْرَهُ مِنْ الْكَلَامِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ قَالَ: «قَدِمَ رَجُلَانِ مِنْ الْمَشْرِقِ فَخَطَبَا فَعَجِبَ النَّاسُ لِبَيَانِهِمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّ مِنْ الْبَيَانِ لَسِحْرًا أَوْ إنَّ بَعْضَ الْبَيَانِ لَسِحْرٌ»

[المنتقى]

[مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنْ التَّحَفُّظِ فِي الْكَلَامِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ رِضْوَانِ اللَّهِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – بِمَا يَرْضَاهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ «مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ حَيْثُ بَلَغَتْ» يُرِيدُ لَا يَسْتَطِيعُهَا وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَكْتُبُ اللَّهُ لَهُ بِهَا رِضْوَانَهُ إلَى يَوْمِ يَلْقَاهُ» قَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ فِي تَفْسِيرِ هَذَا الْحَدِيثِ هِيَ الْكَلِمَةُ عِنْدَ السُّلْطَانِ الظَّالِمِ لِيَرُدَّهُ بِهَا عَنْ ظُلْمِهِ فِي إرَاقَةِ دَمٍ أَوْ أَخْذِ مَالٍ أَوْ لِيَصْرِفَهُ عَنْ مَعْصِيَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ يُعِينَ ضَعِيفًا لَا يَسْتَطِيعُ بُلُوغَ حَاجَتِهِ إلَيْهِ، وَرَوَى عَبْدُ الْمُتَعَالِي بْنُ صَالِحٍ قَالَ: قِيلَ لِمَالِكٍ يُدْخَلُ عَلَى السُّلْطَانِ وَهُمْ يَظْلِمُونَ وَيَجُورُونَ قَالَ: يَرْحَمُك اللَّهُ فَأَيْنَ التَّكَلُّمُ بِالْحَقِّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَإِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ سَخَطِ اللَّهِ تَعَالَى» يَعْنِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – فِي عَوْنِهِ عَلَى الْجَوْرِ وَالْإِثْمِ وَتَزْيِينِهِ لَهُ بِمَا يُسْخِطُ اللَّهَ تَعَالَى، قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ: بَلَغَنِي أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ كَانَ يَقُولُ فِي تَفْسِيرِهِ هِيَ الْكَلِمَةُ يَتَكَلَّمُ بِهَا الرَّجُلُ عِنْدَ ذِي سُلْطَانٍ يُرْضِيهِ بِهَا فِيمَا يُسْخِطُ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – هُوَ فِيمَا يُرَى الرَّفَثُ وَالْخَنَا وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ الْكَلَامِ وَلَمْ يُرِدْ بِهِ مَنْ جَحَدَ وَلَا كُفَرَ فِي دِينِ اللَّهِ تَعَالَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ مَا بَلَغَتْ» يُرِيدُ لَا يَعْبَأُ بِهَا وَيَسْتَخِفُّهَا فَلَا يُعَاجِلُ النَّدَمَ عَلَيْهَا وَالتَّوْبَةَ مِنْهَا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ الْمُؤْمِنَ يَرَى ذُنُوبَهُ كَأَنَّهُ تَحْتَ جَبَلٍ يَخَافُ أَنْ يُهَالَ عَلَيْهِ وَأَنَّ الْفَاجِرَ يَرَى ذُنُوبَهُ كَذُبَابٍ مَرَّ عَلَى أَنْفِهِ قَالَ مَالِكُ بْنُ الْحَارِثِ لَقَدْ مَنَعَنِي هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ كَلَامٍ كَثِيرٍ.

[مَا يُكْرَهُ مِنْ الْكَلَامِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى]

(ش) : قَوْلُهُ قَدِمَ رَجُلَانِ مِنْ الْمَشْرِقِ هُمَا عَمْرُو بْنُ الْأَصَمّ وَالزِّبْرِقَانُ بْنُ بَدْرٍ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ مِنْ الْبَيَانِ لَسِحْرًا» قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ هَذَا ذَمٌّ لِلْبَيَانِ وَاسْتَدَلُّوا عَلَى أَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ مَالِكٍ بِإِدْخَالِهِ هَذَا الْحَدِيثَ فِي بَابِ مَا يُكْرَهُ مِنْ الْكَلَامِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَمِّهِ بِأَنْ جَعَلَهُ جُزْءًا مِنْ السِّحْرِ أَوْ مِنْ جِنْسِ السِّحْرِ وَالسِّحْرُ مَذْمُومٌ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ وَيَحْيَى بْنُ يَحْيَى إنَّ الطَّلِقَ اللِّسَانُ لَا يَزَالُ صَاحِبُهُ يُكَلِّمُهُ حَتَّى يَأْخُذَ بِسَمْعِهِ وَقَلْبِهِ وَبَصَرِهِ كَمَا يَأْخُذُ السَّاحِرُ أَلَا تَرَى مَا رُوِيَ عَنْ

النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «مَا أُعْطِيَ الْعَبْدُ شَرًّا مِنْ طَلَاقَةِ اللِّسَانِ» وَقَالَ قَوْمٌ خَرَجَ مَخْرَجَ الْمَدْحِ لِلْبَيَانِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ عَدَّدَ الْبَيَانَ فِي النِّعَمِ الَّتِي تَفَضَّلَ بِهَا عَلَى عِبَادِهِ فَقَالَ تَعَالَى {خَلَقَ الإِنْسَانَ} [الرحمن: 3] {عَلَّمَهُ الْبَيَانَ} [الرحمن: 4] وَكَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ أَبْلَغِ النَّاسِ وَأَفْضَلِهِمْ بَيَانًا وَبِذَلِكَ وَصَفَهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ الْكَرِيمِ فَقَالَ {لِيُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي يَخْتَلِفُونَ فِيهِ} [النحل: 39] وَالْعَرَبُ تَمْدَحُ بِذَلِكَ وَلَا تَذُمُّ بِهِ عَلَى أَنَّ الَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لَهُ وَجْهٌ إنْ كَانَ الْبَيَانُ بِمَعْنَى الْإِلْبَاسِ وَالتَّمْوِيهِ عَنْ حَقٍّ إلَى بَاطِلٍ فَلَيْسَ يَكُونُ الْبَيَانُ حِينَئِذٍ فِي الْمَعَانِي وَإِنَّمَا يَكُونُ فِي الْأَلْفَاظِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي التَّمْوِيهِ وَالتَّلْبِيسِ فَيُسَمَّى بَيَانًا بِمَعْنَى أَنَّهُ أَتَى فِي ذَلِكَ بِأَبْلَغَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِهِ فَيَكُونُ فِي مِثْلِ هَذَا قَدْ سَحَرَهُ وَفَتَنَهُ فَيَكُونُ ذَلِكَ ذَمًّا وَأَمَّا الْبَيَانُ فِي الْمَعَانِي وَإِظْهَارِ الْحَقَائِقِ فَمَمْدُوحٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَإِنْ وُصِفَ بِالسِّحْرِ فَإِنَّمَا يُوصَفُ بِذَلِكَ عَلَى مَعْنَى تَعَلُّقِهِ بِالنَّفْسِ وَتَلَبُّسِهِ بِهَا وَمَيْلِهَا إلَيْهِ وَلَا يُشَكُّ أَنَّ مَا أَتَى بِهِ مُوسَى بْنُ عِمْرَانَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - أَبْيَنُ مِمَّا جَاءَتْ بِهِ السَّحَرَةُ وَأَوْضَحُ عَنْ الْحَقِيقَةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ

(310/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ كَانَ يَقُولُ: لَا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ فَتَقْسُو قُلُوبُكُمْ فَإِنَّ الْقَلْبَ الْقَاسِيَ بَعِيدٌ مِنْ اللَّهِ وَلَكِنْ لَا تَعْلَمُونَ وَلَا تَنْظُرُوا فِي ذُنُوبِ النَّاسِ كَأَنَّكُمْ أَرْبَابٌ وَانْظُرُوا فِي ذُنُوبِكُمْ كَأَنَّكُمْ عَبِيدٌ فَإِنَّمَا النَّاسُ مُبْتَلًى وَمُعَافًى فَارْحَمُوا أَهْلَ الْبَلَاءِ وَاحْمَدُوا اللَّهَ عَلَى الْعَافِيَةِ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَتْ تُرْسِلُ إلَى بَعْضِ أَهْلِهَا بَعْدَ الْعَتَمَةِ فَتَقُولُ: أَلَا تُرِيحُونَ الْكُتَّابَ) .

مَا جَاءَ فِي الْغِيبَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ الْوَلِيدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَيَّادٍ أَنَّ الْمُطَّلِبَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حُوَيْطِبٍ الْمَخْزُومِيّ أَخْبَرَهُ «أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا الْغِيبَةُ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ تَذْكُرَ مِنْ الْمَرْءِ مَا يَكْرَهُ أَنْ يَسْمَعَ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إذَا قُلْت بَاطِلًا فَذَلِكَ الْبُهْتَانُ» .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «إِنَّ مِنْ الْبَيَانِ لَسِحْرًا» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ مَعْنَاهُ أَنْ يَمْدَحَ الْإِنْسَانُ فَيُصَدَّقُ بِهِ حَتَّى يَصْرِفَ الْقُلُوبَ إلَى قَوْلِهِ ثُمَّ يَذُمَّهُ فَيُصَدَّقُ حَتَّى يَصْرِفَ الْقُلُوبَ إلَى قَوْلِهِ الْآخَرِ فَكَأَنَّهُ سَحَرَ السَّامِعِينَ وَرُوِيَ أَنَّ سَبَبَ هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ «وَرَدَ عَلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَفْدٌ فِيهِمْ قَيْسُ بْنُ الْأَصَمِّ وَالزِّبْرِقَانُ بْنُ بَدْرٍ وَعَمْرُو بْنُ الْأَهْتَمِ فَفَخَرَ الزِّبْرِقَانُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنَا سَيِّدُ تَمِيمٍ وَالْمُطَاعُ فِيهِمْ وَالْمُجَابُ فِيهِمْ آخِذٌ لَهُمْ بِحُقُوقِهِمْ وَأَمْنَعُهُمْ مِنْ الظُّلْمِ وَهَذَا يَعْلَمُ ذَلِكَ يَعْنِي عَمْرَو بْنَ الْأَهْتَمِ فَقَالَ عَمْرٌو: إنَّهُ لَشَدِيدُ الْعَارِضَةِ مَانِعٌ لِجَانِبِهِ مُطَاعٌ فِي أَدَانِيهِ، فَقَالَ الزِّبْرِقَانُ: وَاَللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ وَمَا مَنَعَهُ أَنْ يَتَكَلَّمَ إلَّا الْحَسَدُ؛ فَقَالَ عَمْرٌو: أَنَا أَحْسُدُك، فَوَاَللَّهِ إنَّك لَلَئِيمُ الْخَالِ حَدِيثُ الْمَالِ أَحْمَقُ الْوَالِدِ مُبْغَضٌ فِي الْعَشِيرِ، وَاَللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَقَدْ صَدَقْت أَوَّلًا وَمَا كَذَبْت آخِرًا وَلَكِنِّي رَجُلٌ رَضِيت فَقُلْت أَحْسَنَ مَا عَلِمْت وَغَضِبْت فَقُلْت أَقْبَحَ مَا وَجَدْت؛ فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: إنَّ مِنْ الْبَيَانِ لَسِحْرًا» .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ كَانَ يَقُولُ: لَا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ فَتَقْسُو قُلُوبُكُمْ فَإِنَّ الْقَلْبَ الْقَاسِيَ بَعِيدٌ مِنْ اللَّهِ وَلَكِنْ لَا تَعْلَمُونَ وَلَا تَنْظُرُوا فِي ذُنُوبِ النَّاسِ كَأَنَّكُمْ أَرْبَابٌ وَانْظُرُوا فِي ذُنُوبِكُمْ كَأَنَّكُمْ عَبِيدٌ فَإِنَّمَا النَّاسُ مُبْتَلًى وَمُعَافًى فَارْحَمُوا أَهْلَ الْبَلَاءِ وَاحْمَدُوا اللَّهَ عَلَى الْعَافِيَةِ مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَتْ تُرْسِلُ إلَى بَعْضِ أَهْلِهَا بَعْدَ الْعَتَمَةِ فَتَقُولُ: أَلَا تُرِيحُونَ الْكُتَّابَ) .

(ش) : قَوْلُ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - لَا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى فَتَقْسُو قُلُوبُكُمْ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ كَثْرَةَ الْكَلَامِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ تَكُونُ لَغْوًا، وَإِنْ كَانَ مِنْهُ الْمُبَاحُ فَقَدْ يَكُونُ مِنْهُ الْمَحْظُورُ فَالْغَالِبُ عَلَيْهِ مَا تَقْسُو بِهِ الْقُلُوبُ وَقَوْلُهُ فَإِنَّ الْقَلْبَ الْقَاسِيَ بَعِيدٌ مِنْ اللَّهِ يُرِيدُ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ وَقَوْلُهُ لَا تَنْظُرُوا فِي عُيُوبِ النَّاسِ كَأَنَّكُمْ أَرْبَابٌ يُرِيدُ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَنْظُرُ فِي ذُنُوبِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُثِيبُ عَلَى حَسَنِهَا وَلَا يُعَاقِبُ عَلَى سَيِّئِهَا وَإِنَّمَا يَنْظُرُ فِيهَا رَبُّهُ الَّذِي أَمَرَهُ وَنَهَاهُ فَيُثِيبُهُ عَلَى حَسَنِهَا وَيُعَاقِبُهُ عَلَى سَيِّئِهَا وَأَمَّا الْعَبْدُ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ فِي عُيُوبِ نَفْسِهِ لِيُصْلِحَ مِنْهَا مَا فَسَدَ وَيَتُوبُ مِنْهَا عَمَّا فَرَّطَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَإِنَّمَا النَّاسُ مُبْتَلًى يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - بِالذُّنُوبِ، وَقَوْلُهُ: وَمُعَافًى، يُرِيدُ مِنْ الذُّنُوبِ وَقَوْلُهُ فَارْحَمُوا أَهْلَ الْبَلَاءِ يُرِيدُ مَنْ اُمْتُحِنَ بِالذُّنُوبِ وَقَوْلُهُ وَاحْمَدُوا اللَّهَ عَلَى الْعَافِيَةِ يُرِيدُ مِنْ الذُّنُوبِ فَإِنَّكُمْ بِفَضْلِ اللَّهِ عُصِمْتُمْ مِنْهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ ذَلِكَ مِنْ أَنْوَاعِ الْبَلَاءِ مِنْ الْأَمْرَاضِ وَالْحَاجَةِ وَغَيْرِهَا وَالْمُعَافَاةُ مِنْهَا بِالصِّحَّةِ وَالْغِنَى عَنْ النَّاسِ.

[مَا جَاءَ فِي الْغِيبَةِ]

(ش) : سُؤَالُ الرَّجُلِ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الْغِيبَةِ يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ لِمَا سَمِعَ فِيهَا مِنْ النَّهْيِ مِنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا} [الحجرات: 12] فَسَأَلَ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ الْغِيبَةِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا لِيَجْتَنِبَهَا فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الْغِيبَةُ أَنْ تَذْكُرَ مِنْ الْمَرْءِ مَا يَكْرَهُ أَنْ يَسْمَعَ» يَعْنِي – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْ أَفْعَالِ الْمَرْءِ وَأَقْوَالِهِ وَصِفَاتِهِ الَّتِي يَكْرَهُ أَنْ يُوصَفَ بِهَا وَرُبَّمَا ذُمَّ بِهَا فَأَعْلَمَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ هَذَا مِنْ الْغِيبَةِ، وَإِنْ كَانَ يَقُولُ حَقًّا وَهَذَا لِمَنْ قَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْغِيبَةِ

(311/7)

مَا جَاءَ فِيمَا يُخَافُ مِنْ اللِّسَانِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ مَنْ وَقَاهُ اللَّهُ شَرَّ اثْنَتَيْنِ وَلَجَ الْجَنَّةَ فَقَالَ رَجُلٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَا تُخْبِرُنَا فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ عَادَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ مِثْلَ مَقَالَتِهِ الْأُولَى فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ أَلَا تُخْبِرُنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِثْلَ ذَلِكَ أَيْضًا فَقَالَ الرَّجُلُ أَلَا تُخْبِرُنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِثْلَ ذَلِكَ أَيْضًا ثُمَّ ذَهَبَ الرَّجُلُ يَقُولُ مِثْلَ مَقَالَتِهِ الْأُولَى فَأَسْكَتَهُ رَجُلٌ إلَى جَنْبِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ وَقَاهُ اللَّهُ شَرَّ اثْنَيْنِ وَلَجَ الْجَنَّةَ مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ» .

[المنتقى]

لَا لِيُحَذِّرَ مِنْهَا أَحَدًا فَأَمَّا مَنْ قَالَهُ فِي مُحَدِّثٍ لِئَلَّا يَتَقَوَّلَ عَلَى النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا لَمْ يَقُلْ وَفِي شَاهِدٍ لِيَرُدَّ بَاطِلَ شَهَادَتِهِ أَوْ فِي مُتَحَيِّلٍ لِيَصْرِفَ كَيْدَهُ وَأَذَاهُ عَنْ النَّاسِ وَيُحَذِّرَ مِنْهُ مَنْ يَغْتَرُّ بِهِ فَلَيْسَ هَذَا مِنْ الْغِيبَةِ بَلْ هُوَ حَقٌّ أَمَرَهُ اللَّهُ أَنْ يَقُومَ بِهِ، وَقَدْ ثَبَتَ هَذَا الْمَعْنَى فِي كِتَابِ فِرَقِ الْفُقَهَاءِ وَفِي كِتَابِ التَّعْدِيلِ وَالتَّجْرِيحِ.

وَقَدْ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ: لَا غِيبَةَ فِي ثَلَاثَةٍ: إمَامٌ جَائِرٌ، وَفَاسِقٌ مُعْلِنٌ بِفِسْقِهِ، وَصَاحِبُ بِدْعَةٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا قُلْت بَاطِلًا فَذَلِكَ الْبُهْتَانُ» يُرِيدُ أَنَّهُ أَشَدُّ مِنْ الْغِيبَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ الْبَاطِلِ، قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ الْبُهْتَانُ الْبَاطِلُ الَّذِي يُتَحَيَّرُ مِنْ بُطْلَانِهِ يُقَالُ بَهِتَ فُلَانٌ فُلَانًا إذَا كَذَبَ

عَلَيْهِ فَبَهَتَ يَبْهُتُ وَبَهِتَ يَبْهَتُ.

[مَا جَاءَ فِيمَا يُخَافُ مِنْ اللِّسَانِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ وَقَاهُ اللَّهُ شَرَّ اثْنَتَيْنِ وَلَجَ الْجَنَّةَ» عَلَى مَعْنَى التَّحْذِيرِ لِأُمَّتِهِ مِنْ شَرِّهِمَا وَيَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُرِيدَ بِهِ اخْتِبَارَهُمَا فِي مَعْرِفَةِ ذَلِكَ وَقَوْلُ الرَّجُلِ لَهُ أَلَا تُخْبِرُنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ هَكَذَا رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى وَابْنُ الْقَاسِمِ وَرَوَى الْقَعْنَبِيُّ أَلَا تُخْبِرُنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ عَلَى مَعْنَى اسْتِدْعَاءِ خَبَرِهِ، قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مَعْنَى رِوَايَةِ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى حَتَّى إذَا أَخْبَرَهُمْ بِذَلِكَ أَنْ يَثْقُلَ عَلَيْهِمْ الِاحْتِرَاسُ مِنْهَا وَرَجَا إذَا سَكَتَ أَنْ يُوَفَّقُوا لِلْعَمَلِ بِهَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – يَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنْ يُمْسِكَ عَنْهُمْ حَتَّى يَقُولُوا مَا يَظْهَرُ لَهُمْ فِي ذَلِكَ فَلَعَلَّهُ أَنْ يُوجَدَ عِنْدَهُمْ صَوَابُ هَذَا وَإِسْكَاتُ الرَّجُلِ لَهُ عَنْ إعَادَةِ كَلَامِهِ رَجَاءَ أَنْ يُخْبِرَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِصَوَابِ ذَلِكَ وَيُبَيِّنَ لَهُمْ وَجْهَهُ فَيَنْتَهُوا إلَيْهِ وَيَأْخُذُوا بِهِ وَخَوْفَ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ جَوَابُ هَذَا الرَّجُلِ الَّذِي تَكَرَّرَ جَوَابُهُ فَسَأَلَ أَنْ لَا يُخْبِرَهُمْ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشَيْءٍ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ» يُرِيدُ فَمَه وَفَرْجَهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ أَكْثَرَ الذُّنُوبِ تَكُونُ عَلَى هَذَيْنِ فَيَدْخُلُ فِيمَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ الْأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالْكَلَامُ وَالسُّكُوتُ وَتَكَرَّرَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِذَلِكَ عَلَى مَعْنَى التَّعْظِيمِ لَهُ وَالتَّأْكِيدِ فِي التَّحْذِيرِ مِنْ ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ دَخَلَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ وَهُوَ يَجْبِذُ لِسَانَهُ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ مَهْ غَفَرَ اللَّهُ لَك فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ إنَّ هَذَا أَوْرَدَنِي الْمَوَارِدَ) .

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ يَجْبِذُ لِسَانَهُ خَالِيًا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – بِنَفْسِهِ مِنْ جِهَةِ الْعُضْوِ الَّذِي كَانَ يُحْذَرُ مَضَرَّتُهُ عَسَى أَنْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ مِنْ اسْتِدَامَةِ مَا كَانَ عَلَيْهِ وَهَذَا مَعَ فَضْلِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ وَدِينِهِ وَوَرَعِهِ وَلَكِنَّ مِثْلَ أَبِي بَكْرٍ يُتَعَاهَدُ هَذَا مِنْ نَفْسِهِ.

وَقَدْ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ الْمُؤْمِنُ يَرَى ذُنُوبَهُ كَأَنَّهُ يَجْلِسُ تَحْتَ جَبَلٍ يَخَافُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهِ وَالْفَاجِرُ يَرَى ذُنُوبَهُ كَذُبَابٍ مَرَّ عَلَى أَنْفِهِ وَلِذَلِكَ كَانَ الصَّدْرُ الْأَوَّلُ إذَا وَقَعَ الْأَمْرُ

مَا جَاءَ فِي مُنَاجَاةِ اثْنَيْنِ دُونَ وَاحِدٍ (ص) : (مَالِكٌ «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ قَالَ: كُنْت أَنَا وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عِنْدَ دَارِ خَالِدِ بْنِ عُقْبَةَ الَّتِي بِالسُّوقِ فَجَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَنْ يُنَاجِيَهُ وَلَيْسَ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَحَدٌ غَيْرِي وَغَيْرُ الرَّجُلِ الَّذِي يُرِيدُ أَنْ يُنَاجِيَهُ فَدَعَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَجُلًا آخَرَ حَتَّى كُنَّا أَرْبَعَةً فَقَالَ لِي وَلِلرَّجُلِ الَّذِي دَعَا اسْتَأْخِرَا شَيْئًا فَإِنِّي سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ لَا يَتَنَاجَى اثْنَانِ دُونَ وَاحِدٍ» مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «إذَا كَانَ ثَلَاثَةٌ فَلَا يَتَنَاجَى اثْنَانِ دُونَ وَاحِدٍ» .

مَا جَاءَ فِي الصِّدْقِ وَالْكَذِبِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ «أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَكْذِبُ امْرَأَتِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: لَا خَيْرَ فِي الْكَذِبِ فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَعِدُهَا وَأَقُولُ لَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا جُنَاحَ عَلَيْك»

[المنتقى]

يَكْرَهُونَهُ وَيُنَحُّوا أَنْفُسَهُمْ عَلَيْهِ وَأَقْلَعُوا عَنْهُ بِكُلِّ مَا يُمْكِنُهُمْ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إذَا أَصْبَحَ الْعَبْدُ أَصْبَحَتْ الْأَعْضَاءُ تَسْتَعِيذُ مِنْ شَرِّ اللِّسَانِ وَتَقُولُ: اتَّقِ اللَّهَ فِينَا فَإِنَّك إنْ اسْتَقَمْت اسْتَقَمْنَا، وَإِنْ اعْوَجَجْت اعْوَجَجْنَا» .

[مَا جَاءَ فِي مُنَاجَاةِ اثْنَيْنِ دُونَ وَاحِدٍ]

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا يَتَنَاجَى اثْنَانِ دُونَ وَاحِدٍ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ لَا يَتَسَارَّا وَيَتْرُكَا صَاحِبَهُمَا وَحْدَهُ قَرِينًا لِلشَّيْطَانِ يَظُنُّ بِهِ أَنَّهُ يَغْتَابَانِهِ أَوْ يَتَكَلَّمَانِ عَنْهُ بِشَيْءٍ، وَفِعْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هَذَا مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ وَهُوَ خَادِمُهُ وَوَاثِقٌ بِهِ يَحْتَمِلُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يَكُونَ لِيُقْتَدَى بِهِ وَيُنْقَلَ الْحَدِيثُ عَنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَيْضًا أَنْ يَحْمِلَهُ عَلَى عُمُومِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ هَذَا إنَّمَا هُوَ فِي السَّفَرِ وَرُوِيَ أَنَّهُ كَانَ فِي بَدْءِ الْإِسْلَامِ فَلَمَّا فَشَا الْإِسْلَامُ وَأَمِنَ النَّاسُ زَالَ هَذَا الْحُكْمُ لِزَوَالِ سَبَبِهِ، وَحَمَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَلَى عُمُومِهِ فِي الْحَضَرِ وَبَعْدَ تَقَرُّرِ الْإِسْلَامِ وَكَثْرَةِ أَهْلِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ حُسْنِ الْأَخْلَاقِ وَالْأَدَبِ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ النَّاسِ.

وَقَدْ رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِي الْمُزْنِيَةِ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَتَنَاجَى ثَلَاثَةٌ دُونَ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ نَهَى أَنْ يُتْرَكَ وَاحِدٌ وَلَا أَرَى ذَلِكَ وَلَوْ كَانُوا عَشَرَةً أَنْ يَتْرُكُوا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ لِلْوَاحِدِ وَفِي تَرْكِ

الِاثْنَيْنِ لِلْوَاحِدِ سَوَاءٌ وَهُوَ مِمَّا يَقَعُ فِي نَفْسِهِ مِنْ اتِّفَاقِهِمَا جَمِيعًا عَلَى شَيْءٍ إفْرَادُهُ بِسَتْرِهِ عَنْهُ وَإِخْرَاجِهِمَا لَهُ مِنْهُ وَرَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي الصِّدْقِ وَالْكَذِبِ]

(ش) : قَوْلُ الرَّجُلِ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَكْذِبُ امْرَأَتِي يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يُخْبِرَهَا عَنْ أَمْرٍ بِخِلَافِ مَا هُوَ عَلَيْهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا خَيْرَ فِي الْكَذِبِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – فِي كَذِبٍ يُنَافِي الشَّرْعَ وَأَمَّا مَا كَانَ لِإِصْلَاحٍ فَقَدْ رُوِيَ فِيهِ حَدِيثٌ لَيْسَ إسْنَادُهُ بِذَلِكَ «كُلُّ الْكَذِبِ يُكْتَبُ عَلَى ابْنِ آدَمَ إلَّا ثَلَاثًا: كَذِبُ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ لِيُرْضِيَهَا وَرَجُلٌ كَذَبَ لِيُصْلِحَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَرَجُلٌ كَذَبَ فِي خَدِيعَةِ حَرْبٍ» وَهَذَا الْحَدِيثُ مِنْ رِوَايَةِ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ.

وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَأْوِيلِ هَذَا الْمَعْنَى فَذَهَبَ قَوْمٌ إلَى تَجْوِيزِ الْكَذِبِ عَلَى الْإِطْلَاقِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الثَّلَاثِ، وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ إبْرَاهِيمَ {بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا} [الأنبياء: 63] وَقَوْلُهُ {إِنِّي سَقِيمٌ} [الصافات: 89] وَمَا رُوِيَ مِنْ قَوْلِهِ فِي سَارَةَ أَنَّهَا أُخْتُهُ وَهَذَا كُلُّهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ فِي اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَمَا كَانَ مِنْ وَضْعِ يُوسُفَ الصُّوَاعَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثُمَّ نَادَى مُنَادٍ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إنَّكُمْ لَسَارِقُونَ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ فِي الْمُزْنِيَةِ لَا بَأْسَ أَنْ يَكْذِبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي كُلِّ مَا يَسْتَجِيزُ بِهِ هَوَاهَا وَطَوَاعِيَتَهَا إذَا لَمْ يُذْهِبْ

(313/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِي إلَى الْبِرِّ وَالْبِرَّ يَهْدِي إلَى الْجَنَّةِ وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إلَى الْفُجُورِ وَالْفُجُورَ يَهْدِي إلَى النَّارِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ صَدَقَ وَبَرَّ وَكَذَبَ وَفَجَرَ) .

[المنتقى]

بِكَذِبِهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهَا مِثْلَ أَنْ يُزَيِّنَ لَهَا مَا يُعْطِيهَا وَنَحْوُ هَذَا، وَإِنْ كَذَبَ وَقَوْلُهُ وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ مَنْ رَأَى رَجُلًا مُسْلِمًا يُقْتَلُ ظُلْمًا وَيَعْرِفُ أَنَّهُ يُنْجِيهِ بِالْكَذِبِ مِنْ أَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ فَيَقُولُ: لَيْسَ هُوَ فِيهِ وَغَيْرُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْكَذِبُ فَكَيْفَ لَا يَجُوزُ لَهُ وَقَالَ قَوْمٌ لَا يَجُوزُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إلَّا عَلَى مَعْنَى التَّوْرِيَةِ

وَالْأَلْغَازِ لَا عَلَى مَعْنَى تَعَمُّدِ الْكَذِبِ وَقَصْدِهِ، وَقَدْ تَأَوَّلُوا مَا حُكِيَ عَنْ إبْرَاهِيمَ – عَلَيْهِ السَّلَامُ – مِنْ ذَلِكَ عَلَى وُجُوهِ الْأَلْغَازِ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ قَالَ فِي الْمَعَارِيضِ مَنْدُوحَةٌ عَنْ الْكَذِبِ وَرَوَى ابْنُ شِهَابٍ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أُمِّهِ أُمِّ كُلْثُومٍ أَنَّهَا سَمِعَتْ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ «لَيْسَ الْكَذَّابُ الَّذِي يَمْشِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ فَيُنَمِّي خَيْرًا أَوْ يَقُولُهُ» .

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الرَّجُلِ «أَعِدُهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَأَقُولُ لَهَا فَقَالَ: لَا جُنَاحَ عَلَيْك» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَعِدُهَا وَأَنَا أَعْتَقِدُ الْوَفَاءَ فَفَرَّقَ بَيْنَ الْمُسْتَقْبَلِ وَالْمَاضِي.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ قُتَيْبَةَ: الْكَذِبُ إنَّمَا هُوَ فِي الْمَاضِي وَالْخُلْفُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْمَاضِيَ لَا يَكُونُ إلَّا كَذِبًا فَأَمَّا الْمُسْتَقْبَلُ فَقَدْ يُمْكِنُهُ تَصْدِيقُ خَبَرِهِ يَنْصَرِفُ مَذْهَبُهُ إلَى فِعْلِ مَا أَخْبَرَ بِهِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَكْذِبَ ثُمَّ آثَرَ أَنْ يَصْدُقَ فَصَدَقَ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِي إلَى الْبِرِّ وَالْبِرَّ يَهْدِي إلَى الْجَنَّةِ وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إلَى الْفُجُورِ وَالْفُجُورَ يَهْدِي إلَى النَّارِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ صَدَقَ وَبَرَّ وَكَذَبَ وَفَجَرَ) .

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – عَنْهُ عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ عَلَى مَعْنَى الْإِغْرَاءِ بِهِ وَالْحَضِّ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِي إلَى الْبِرِّ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إلَى الْعَمَلِ الْخَالِصِ مِنْ الْمَأْثَمِ وَيُوصِلُ إلَيْهِ، وَقَوْلُهُ وَالْبِرُّ يَهْدِي إلَى الْجَنَّةِ مَعْنَاهُ يُرْشِدُ إلَى سَبِيلِهَا وَيُوصِلُ إلَيْهَا قَالَ: وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ عَلَى مَعْنَى التَّحْذِيرِ مِنْهُ وَقَوْلُهُ فَإِنَّ الْكَذِبَ وَهُوَ الْإِخْبَارُ بِالشَّيْءِ عَلَى مَا لَيْسَ هُوَ عَلَيْهِ يَهْدِي إلَى الْفُجُورِ، وَأَصْلُ الْفُجُورِ الْمَيْلُ عَنْ الْقَصْدِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى {بَلْ يُرِيدُ الإِنْسَانُ لِيَفْجُرَ أَمَامَهُ} [القيامة: 5] قَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ مَعْنَاهُ أَنْ يَذْهَبَ فِي فُجُورِهِ قَدَمًا قَدَمًا، وَقَالَ غَيْرُهُ يُقَدِّمُ الذَّنْبَ وَيُؤَخِّرُ التَّوْبَةَ وَقِيلَ مَعْنَاهُ يُكَذِّبُ بِمَا أَمَامَهُ مِنْ الْقِيَامِ وَالْحِسَابِ يُقَالُ لِلْكَاذِبِ فَاجِرٌ كَذَّابٌ وَلِلْمُكَذِّبِ بِالْحَقِّ فَاجِرٌ، وَقَوْلُهُ وَالْفُجُورَ يَهْدِي إلَى النَّارِ، مَعْنَاهُ يَدْعُو إلَى سَبِيلِهَا وَيُوصِلُ إلَيْهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ صَدَقَ وَبَرَّ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ الْبِرَّ مِمَّا يُؤَكَّدُ بِهِ الصِّدْقُ وَيُوصَفُ بِهِمَا الْفِعْلُ الْوَاحِدُ لِفَاعِلٍ وَاحِدٍ وَكَذَلِكَ الْكَذِبُ وَالْفُجُورُ لَمَّا كَانَ مَعْنَاهُمَا وَاحِدًا يُقَالُ فِيهِ كَذَبَ وَفَجَرَ فَيُوصَفُ فِيهِ الْفِعْلُ الْوَاحِدُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِلُقْمَانَ مَا بَلَغَ بِك مَا نَرَى يُرِيدُونَ الْفَضْلَ فَقَالَ لُقْمَانُ صِدْقُ الْحَدِيثِ

وَأَدَاءُ الْأَمَانَةِ وَتَرْكُ مَا لَا يَعْنِينِي) .

(ش) : قَوْلُهُ صِدْقُ الْحَدِيثِ وَأَدَاءُ الْأَمَانَةِ وَتَرْكُ مَا لَا يَعْنِينِي بِجَمْعِ أَبْوَابِ الْخَيْرِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ} [التوبة: 119] .

وَقَالَ بِشْرُ بْنُ بَكْرٍ رَأَيْت الْأَوْزَاعِيَّ مَعَ جَمَاعَةٍ مِنْ الْعُلَمَاءِ فِي الْجَنَّةِ فَقُلْت: وَأَيْنَ مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ؟ فَقِيلَ: رُفِعَ، فَقُلْت بِمَاذَا؟ قَالَ: لِصِدْقِهِ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ كَانَ يُقَالُ «أَدِّ الْأَمَانَةَ إلَى مَنْ ائْتَمَنَك وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَك» وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «مِنْ حُسْنِ إسْلَامِ الْمَرْءِ تَرْكُهُ مَا لَا يَعْنِيهِ» .

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: لَا يَزَالُ الْعَبْدُ يَكْذِبُ وَتُنْكَتُ فِي قَلْبِهِ نُكْتَةٌ سَوْدَاءُ حَتَّى يَسْوَدَّ قَلْبُهُ فَيُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ الْكَاذِبِينَ مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ قَالَ «قِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: أَيَكُونُ الْمُؤْمِنُ جَبَانًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ: لَهُ أَيَكُونُ الْمُؤْمِنُ بَخِيلًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ: لَهُ أَيَكُونُ الْمُؤْمِنُ كَذَّابًا؟ فَقَالَ: لَا» .

(ش) : قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لَا يَزَالُ الْعَبْدُ يَكْذِبُ وَتَنْكُتُ فِي قَلْبِهِ نُكْتَةٌ سَوْدَاءُ، قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ النُّكْتَةُ الْأَثَرُ

(314/7)

مَا جَاءَ فِي إضَاعَةِ الْمَالِ وَذِي الْوَجْهَيْنِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَرْضَى لَكُمْ ثَلَاثًا وَيَسْخَطُ لَكُمْ ثَلَاثًا يَرْضَى لَكُمْ أَنْ تَعْبُدُوهُ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَأَنْ تَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَأَنْ تَنَاصَحُوا مَنْ وَلَّاهُ اللَّهُ أَمْرَكُمْ وَيَسْخَطُ لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ وَإِضَاعَةُ الْمَالِ وَكَثْرَةُ السُّؤَالِ» .

[المنتقى]

الصَّغِيرُ مِنْ أَيِّ لَوْنٍ كَانَ وَوَصْفُهَا بِالسَّوَادِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَلْوَانِ الْكُفْرِ وَبِذَلِكَ وَصَفَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وُجُوهَ الْكُفَّارِ فِي الْآخِرَةِ فَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ فَأَمَّا الَّذِينَ اسْوَدَّتْ وُجُوهُهُمْ أَكَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ} [آل عمران: 106] وَلِذَلِكَ قَالَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – حَتَّى يَسْوَدَّ قَلْبُهُ فَيُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ الْكَاذِبِينَ يَعْنِي – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَتَّصِلَ ذَلِكَ مِنْهُ حَتَّى تَسْتَوْعِبَ النُّكْتَةُ قَلْبَهُ وَلَا يَزُولُ شَيْءٌ مِنْهَا بِالتَّوْبَةِ فَيُكْتَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ الْكَاذِبِينَ وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يُبْعِدُ ذَلِكَ

عَنْهُ فَيَمْنَعُ التَّوْبَةَ وَلَا يُوَفَّقُ لِشَيْءٍ يُزِيلُ عَنْهُ مَا هُوَ فِيهِ، نَسْأَلُ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ الْعِصْمَةَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «أَيَكُونُ الْمُؤْمِنُ جَبَانًا؟ قَالَ: نَعَمْ» وَكَذَلِكَ فِي الْبَخِيلِ وَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّهُ لَا يَكُونُ كَذَّابًا.

[مَا جَاءَ فِي إضَاعَةِ الْمَالِ وَذِي الْوَجْهَيْنِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ اللَّهَ يَرْضَى لَكُمْ ثَلَاثًا أَنْ تَعْبُدُوهُ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَأَنْ تَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْهَرَوِيُّ مَعْنَاهُ بِعَهْدِ اللَّهِ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الِاعْتِصَامُ بِحَبْلِ اللَّهِ تَعَالَى تَرْكُ الْفُرْقَةِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ عَلَيْكُمْ بِحَبْلِ اللَّهِ فَإِنَّهُ كِتَابُهُ، قَالَ وَالْحَبْلُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ يَنْصَرِفُ عَلَى وُجُوهٍ مِنْهَا الْعَهْدُ وَهُوَ الْأَمَانُ قَالَ الشَّاعِرُ

، وَإِذَا تَجَوَّزَهَا حِبَالُ قَبِيلَةٍ ... أَخَذْت مِنْ الْأُخْرَى إلَيْك حِبَالَهَا

وَالْحَبْلُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ الْمُوَاصَلَةُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَنْ تَنَاصَحُوا مَنْ وَلَّاهُ اللَّهُ أَمْرَكُمْ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – شَأْنَكُمْ وَهُمْ الْأَئِمَّةُ فَإِنَّ مُنَاصَحَتَهُمْ مُنَاصَحَةُ جَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَيَسْخَطُ لَكُمْ ثَلَاثًا» قِيلَ وَقَالَ قَالَ مَالِكٌ هُوَ الْإِكْثَارُ مِنْ الْكَلَامِ وَالْإِرْجَافُ نَحْوُ قَوْلِ النَّاسِ قَالَ فُلَانٌ وَفَعَلَ فُلَانٌ وَالْخَوْضُ فِيمَا لَا يَنْبَغِي، وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ يُرِيدُ قِيلًا وَقَالًا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَإِضَاعَةَ الْمَالِ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِتَضْيِيعِهِ تَرْكَ تَثْمِيرِهِ وَحِفْظِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إنْفَاقَهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ مِنْ السَّرَفِ وَالْمَعَاصِي.

وَقَالَ مَالِكٌ إضَاعَةُ الْمَالِ أَنْ يَرْزُقَك اللَّهُ رِزْقًا فَتُنْفِقَهُ فِيمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْك وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: لَا أَدْرِي أَهُوَ مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ مِنْ كَثْرَةِ الْمَسَائِلِ فَقَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الْمَسَائِلَ وَعَابَهَا أَوْ هُوَ مِنْ مَسْأَلَةِ النَّاسِ أَمْوَالَهُمْ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «مِنْ شَرِّ النَّاسِ ذُو الْوَجْهَيْنِ الَّذِي يَأْتِي هَؤُلَاءِ بِوَجْهٍ وَهَؤُلَاءِ بِوَجْهٍ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مِنْ شَرِّ النَّاسِ ذُو الْوَجْهَيْنِ» وُصِفَ بِذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي هَؤُلَاءِ بِوَجْهِ التَّوَدُّدِ إلَيْهِمْ وَالثَّنَاءِ عَلَيْهِمْ وَالرِّضَا عَنْ قَوْلِهِمْ وَفِعْلِهِمْ فَإِذَا زَالَ عَنْهُمْ وَصَارَ مَعَ مُخَالِفِيهِمْ لَقِيَهُمْ بِوَجْهِ مَنْ يَكْرَهُ الْأَوَّلِينَ وَيُسِيءُ الْقَوْلَ فِيهِمْ وَالذَّمَّ لِفِعْلِهِمْ وَقَوْلِهِمْ.

مَا جَاءَ فِي عَذَابِ الْعَامَّةِ بِعَمَلِ الْخَاصَّةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ «أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنَهْلِكُ وَفِينَا الصَّالِحُونَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ إذَا كَثُرَ الْخَبَثُ» مَالِكٌ عَنْ إسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقُولُ: كَانَ يُقَالُ: إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يُعَذِّبُ الْعَامَّةَ بِذَنْبِ الْخَاصَّةِ وَلَكِنْ إذَا عُمِلَ الْمُنْكَرُ جِهَارًا اسْتَحَلُّوا الْعُقُوبَةَ كُلُّهُمْ) .

مَا جَاءَ فِي التُّقَى (ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: سَمِعْت عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَخَرَجْت مَعَهُ حَتَّى دَخَلَ حَائِطًا فَسَمِعْته وَهُوَ يَقُولُ وَبَيْنِي وَبَيْنَهُ جِدَارٌ وَهُوَ فِي جَوْفِ الْحَائِطِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ بَخٍ بَخٍ وَاَللَّهِ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ لَتَتَّقِيَنَّ اللَّهَ أَوْ لَيُعَذِّبَنَّكَ مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَقُولُ: أَدْرَكْت النَّاسَ وَمَا يُعْجَبُونَ بِالْقَوْلِ قَالَ مَالِكٌ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْعَمَلَ إنَّمَا يُنْظَرُ إلَى عَمَلِهِ وَلَا يُنْظَرُ إلَى قَوْلِهِ) .

[المنتقى]

[مَا جَاءَ فِي عَذَابِ الْعَامَّةِ بِعَمَلِ الْخَاصَّةِ]

(ش) : قَوْلُ أُمِّ سَلَمَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لِرَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَهْلِكُ وَفِينَا الصَّالِحُونَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهَا اعْتَقَدَتْ أَنَّ بِالصَّالِحِينَ يَدْفَعُ اللَّهُ عَنْ الْمُسِيئِينَ الْعَذَابَ وَلَعَلَّهَا اعْتَقَدَتْ أَنَّ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمْ وَأَنْتَ فِيهِمْ} [الأنفال: 33] فَتَأَوَّلَتْ فِي كُلِّ قَوْمٍ فِيهِمْ صَالِحٌ وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِنَبِيِّنَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خَاصًّا وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنْ الْأَنْبِيَاءِ فَقَدْ أُهْلِكَ قَوْمُهُمْ مَعَ كَوْنِ النَّبِيِّ فِيهِمْ وَيُنْجِي اللَّهُ رُسُلَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لَهَا نَعَمْ فَقَدْ يُهْلِكُ اللَّهُ الْأُمَّةَ فِيهِمْ الصَّالِحُونَ إذَا كَثُرَ الْخَبَثُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سَأَلَتْ أُمُّ سَلَمَةَ زَوْجُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ خَاصَّةً وَاعْتَقَدَتْ أَنَّهَا لَمَّا لَمْ تُعَذَّبْ مَعَ بَقَاءِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيهَا أَنَّهَا لَا تَهْلِكُ مَا دَامَ فِيهَا صَالِحٌ مِنْ أُمَّةِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَعْلَمَهَا أَنَّهُ لَيْسَ حَالُ الصَّالِحِ مِنْ أُمَّتِهِ فِي ذَلِكَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَأَنَّهُ قَدْ تَهْلِكُ جَمَاعَةٌ مِنْ أُمَّتِهِ فِيهَا صَالِحٌ وَصَالِحُونَ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَاتَّقُوا فِتْنَةً لا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً} [الأنفال: 25] وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إذَا كَثُرَ الْخَبَثُ» أَرَادَ إذَا كَانَ الْخَبَثُ كَثِيرًا وَمِنْ الْخَبَثِ الْفُسُوقُ وَالشَّرُّ وَقِيلَ: الْخَبَثُ أَوْلَادُ الزِّنَى.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَانَ يُقَالُ: إنَّ اللَّهَ لَا يُعَذِّبُ الْعَامَّةَ بِذَنْبِ الْخَاصَّةِ يُرِيدُ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى} [الأنعام: 164] وَقَوْلُهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَلَكِنْ إذَا عُمِلَ الْمُنْكَرُ جِهَارًا يَقْتَضِي أَنَّ لِلْمُجَاهَرَةِ بِالْمُنْكَرِ مِنْ الْعُقُوبَةِ مَزِيَّةً مَا لَيْسَ لِلِاسْتِتَارِ بِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُمْ كُلَّهُمْ عَاصُونَ مِنْ بَيْنِ عَامِلٍ لِلْمُنْكَرِ وَتَارِكٍ لِلنَّهْيِ عَنْهُ وَالتَّغْيِيرِ عَلَى فَاعِلِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُنْكِرُ لَهُ مُسْتَضْعَفًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فَيُنْكِرُهُ بِقَلْبِهِ فَإِنْ أَصَابَهُ مَا أَصَابَهُمْ كَانَ لَهُ بِذَلِكَ كَفَّارَةٌ وَحُشِرَ عَلَى نِيَّتِهِ.

[مَا جَاءَ فِي التُّقَى]

(ش) : قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَقَدْ خَلَا بِنَفْسِهِ وَاعْتَقَدَ أَنَّ أَحَدًا لَا يَسْمَعُهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ بَخٍ بَخٍ عَلَى مَعْنَى تَعْظِيمِ هَذِهِ الْحَالِ وَاسْتِشْنَاعِهِ لَهَا وَأَنَّهُ قَدْ وَصَلَ مِنْ الرِّفْعَةِ فِي الدُّنْيَا إلَى مَا لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ فَيُعْرِضُ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ مُعَظِّمًا لِنِعْمَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَذِكْرًا لَهَا بِمَا يُذَكِّرُ النَّاسُ لَهُ هَذِهِ الْحَالَ وَأَنَّهَا حَالٌ إنْ لَمْ يَتَّقِ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَمْ يَنْفَعْهُ وَلَمْ يَنْجُ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَنَّ هَذِهِ الْحَالَ يَغْبِطُهُ بِهَا مَنْ لَا عِلْمَ لَهُ وَهِيَ حَالٌ لَا تَنْفَعُهُ وَإِنَّمَا يَنْفَعُهُ التُّقَى وَالْعَمَلُ الصَّالِحُ وَتَوْبِيخُ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ وَمُحَاسَبَتُهُ لَهَا فِي الْخَلَاءِ مِنْ فِعْلٍ مِثْلَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَمِمَّا يَلِيقُ بِفِعْلِهِ وَعِلْمِهِ وَدِينِهِ

(316/7)

الْقَوْلُ إذَا سَمِعْت الرَّعْدَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ كَانَ إذَا سَمِعَ الرَّعْدَ تَرَكَ الْحَدِيثَ وَقَالَ: سُبْحَانَ الَّذِي يُسَبِّحُ الرَّعْدُ بِحَمْدِهِ وَالْمَلَائِكَةُ مِنْ خِيفَتِهِ ثُمَّ يَقُولُ: إنَّ هَذَا لَوَعِيدٌ لِأَهْلِ الْأَرْضِ شَدِيدٌ) .

مَا جَاءَ فِي تَرِكَةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ «أَنَّ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حِينَ تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَرَدْنَ أَنْ يَبْعَثْنَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ إلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَيَسْأَلْنَهُ مِيرَاثَهُنَّ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَتْ لَهُنَّ عَائِشَةُ: أَلَيْسَ قَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا نُورَثُ مَا تَرَكْنَا فَهُوَ صَدَقَةٌ» مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا يَقْتَسِمُ وَرَثَتِي دِينَارًا مَا تَرَكْت بَعْدَ نَفَقَةِ نِسَائِي وَمُؤْنَةِ عَامِلِي فَهُوَ صَدَقَةٌ» .

[المنتقى]

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَدْرَكْت النَّاسَ يُرِيدُ الصَّحَابَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – مَا يُعْجَبُونَ بِالْقَوْلِ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ –: إنَّمَا يَنْظُرُ إلَى عَمَلِهِ يُرِيدُ أَنَّ الْقَوْلَ مِمَّنْ لَا يَعْمَلُ لَا يُعْجَبُ بِهِ أَهْلُ الْفَضْلِ وَإِنَّمَا يُعْجَبُونَ بِعَمَلِ الْعَالِمِ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُونَ} [الصف: 2] {كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لا تَفْعَلُونَ} [الصف: 3] .

[الْقَوْلُ إذَا سَمِعْت الرَّعْدَ]

(ش) : وَقَوْلُهُ إنَّ ابْنَ الزُّبَيْرِ يُرِيدُ عَبْدَ اللَّهِ كَانَ إذَا سَمِعَ الرَّعْدَ تَرَكَ الْحَدِيثَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – ارْتِيَاعًا مِنْهُ وَإِقْبَالًا عَلَى ذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالتَّسْبِيحِ وَالْإِخْبَارِ بِأَنَّ الرَّعْدَ يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ عَزَّ وَجَلَّ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّعْدُ مَلَكًا يَزْجُرُ السَّحَابَ عَلَى مَا قَالَهُ.

[مَا جَاءَ فِي تَرِكَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا يَقْتَسِمُ وَرَثَتِي دِينَارًا» نَصٌّ عَلَى الدِّينَارِ لِقِلَّتِهِ وَنَبَّهَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِمَا زَادَ عَلَى الدِّينَارِ كَقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ} [آل عمران: 75] .

وَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ} [الزلزلة: 7] {وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ} [الزلزلة: 8] عَلَى مَعْنَى التَّنْبِيهِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –، وَقَدْ رَوَى هَذَا عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَعَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَطَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ وَالزُّبَيْرُ بْنُ الْعَوَامّ وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَغَيْرُهُمْ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – وَاَلَّذِي أَجْمَعَ عَلَيْهِ أَهْلُ السُّنَّةِ أَنَّ هَذَا حُكْمُ جَمِيعِ الْأَنْبِيَاءِ – عَلَيْهِمْ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – وَقَالَ ابْنُ عُلَيَّةَ إنَّمَا ذَلِكَ لِنَبِيِّنَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – خَاصَّةً، وَقَالَتْ الْإِمَامِيَّةُ إنَّ جَمِيعَ الْأَنْبِيَاءِ يُورَثُونَ وَتَعَلَّقُوا فِي ذَلِكَ بِأَنْوَاعٍ مِنْ التَّخْلِيطِ لَا شُبْهَةَ فِيهَا مَعَ وُرُودِ هَذَا النَّصِّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى وَجْهِهِ. قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –، وَقَدْ أَخْبَرَنِي أَبُو جَعْفَرٍ السِّمْنَانِيُّ شَيْخُنَا – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّ أَبَا عَلِيِّ بْنَ شَاذَانَ وَكَانَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِهَذَا الشَّأْنِ إلَّا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَرَأَ عَرَبِيَّةً فَنَاظَرَ يَوْمًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُعَلِّمِ وَكَانَ إمَامَ الْإِمَامِيَّةِ وَكَانَ مَعَ ذَلِكَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْعَرَبِيَّةِ فَاسْتَدَلَّ أَبُو

عَلِيّ بْنُ شَاذَانَ عَلَى أَنَّ الْأَنْبِيَاءَ – عَلَيْهِمْ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – لَا يُورِثُونَ بِمَا رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «إنَّا مُعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةً» نُصِبَ عَلَى الْحَالِ فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنُ الْمُعَلِّمِ مَا ذَكَرْت أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «إنَّا مَعْشَرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ» إنَّمَا هُوَ " صَدَقَةً " نُصِبَ عَلَى الْحَالِ فَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّ مَا تَرَكَهُ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ لَا يُورَثُ عَنْهُ وَنَحْنُ لَا نَمْنَعُ هَذَا وَإِنَّمَا نَمْنَعُ ذَلِكَ فِيمَا تَرَكَهُ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ وَاعْتُمِدَ عَلَى هَذِهِ النُّكْتَةِ الْعَرَبِيَّةِ لَمَّا عُلِمَ أَنَّ أَبَا عَلِيِّ بْنَ شَاذَانَ لَا يَعْرِفُ

(317/7)

مَا جَاءَ فِي صِفَةِ جَهَنَّمَ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «نَارُ بَنِي آدَمَ الَّتِي يُوقِدُونَ جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ نَارِ جَهَنَّمَ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إنْ كَانَتْ لَكَافِيَةً قَالَ إنَّهَا فُضِّلَتْ عَلَيْهَا بِتِسْعَةٍ وَسِتِّينَ جُزْءًا» مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ أَتَرَوْنَهَا حَمْرَاءُ كَنَارِكُمْ هَذِهِ لَهِيَ أَسْوَدُ مِنْ الْقَارِ وَالْقَارُ الزِّفْتُ)

[المنتقى]

هَذَا الشَّأْنَ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْحَالِ وَغَيْرِهَا فَلَمَّا عَادَ الْكَلَامُ إلَى أَبِي عَلِيِّ بْنِ شَاذَانَ قَالَ لَهُ وَمَا زَعَمْت مِنْ أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا نُورَثُ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ» إنَّمَا هُوَ " صَدَقَةً " مَنْصُوبٌ عَلَى الْحَالِ وَأَنْتَ لَا تَمْنَعُ هَذَا الْحُكْمَ فِيمَا تَرَكَهُ الْأَنْبِيَاءُ – صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ – عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فَأَنَا لَا أَعْلَمُ فَرْقًا بَيْنَ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا تَرَكْنَا صَدَقَةً بِالنَّصْبِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ بِالرَّفْعِ.

وَلَا أَحْتَاجُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا شَكَّ عِنْدِي وَعِنْدَك أَنَّ فَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَأَرْضَاهَا مِنْ أَفْصَحِ الْعَرَبِ وَمِنْ أَعْلَمِهِمْ بِالْفَرْقِ بَيْنَ قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا تَرَكْنَا صَدَقَةً بِالنَّصْبِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ بِالرَّفْعِ، وَكَذَلِكَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهُوَ مِمَّنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ الْمِيرَاثَ لَوْ كَانَ مَوْرُوثًا وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – مِنْ أَفْصَحِ قُرَيْشٍ وَأَعْلَمِهِمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ طَلَبَتْ فَاطِمَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – مِيرَاثَهَا مِنْ أَبِيهَا – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَجَاوَبَهَا أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ بِهَذَا اللَّفْظِ عَلَى وَجْهٍ فَهِمَتْ مِنْهُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهَا فَانْصَرَفَتْ عَنْ الطَّلَبِ وَفَهِمَ ذَلِكَ الْعَبَّاسُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَكَذَلِكَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَسَائِرُ الصَّحَابَةِ –

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – وَلَمْ يَعْتَرِضْ أَحَدٌ مِنْهُمْ بِهَذَا الِاعْتِرَاضِ وَكَذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – الْمُحْتَجُّ بِهِ وَالْمُتَعَلِّقُ بِهِ لَا خِلَافَ أَنَّهُ مِنْ فُصَحَاءِ الْعَرَبِ الْعَالِمِينَ بِذَلِكَ لَمْ يُورِدْ مِنْ هَذَا اللَّفْظِ إلَّا بِمَا يَقْتَضِي الْمَنْعَ وَلَوْ كَانَ اللَّفْظُ لَا يَقْتَضِي الْمَنْعَ لِمَا أَوْرَدَهُ وَلَا تَعَلَّقَ بِهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالنَّصْبِ يَقْتَضِي مَا يَقُولُهُ فَادِّعَاؤُك فِيمَا قُلْت بَاطِلٌ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّفْعُ هُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ فَهُوَ الْمَرْوِيُّ وَادِّعَاءُ النَّصْبِ فِيهِ بَاطِلٌ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا تَرَكْت بَعْدَ نَفَقَةِ نِسَائِي وَمُؤْنَةِ عَامِلِي فَهُوَ صَدَقَةٌ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ نَفَقَةَ نِسَائِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ثَابِتَةٌ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ إمَّا لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَوْ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ أَزْوَاجِهِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ –؛ لِأَنَّهُنَّ مَحْبُوسَاتٌ عَلَيْهِ عَنْ النِّكَاحِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمًا} [الأحزاب: 53] لَازِمٌ لَهُنَّ عَلَى حَسْبِ مَا يَجِبُ لِغَيْرِهِنَّ مِنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ عَلَى وَجْهِ التَّفْضِيلِ لَهُنَّ لِعَدَمِ إيمَانِهِنَّ وَهِجْرَتِهِنَّ وَأَمَّا مُؤْنَةُ عَامِلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَهُوَ كُلُّ عَامِلٍ يَعْمَلُ لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ خَلِيفَةٍ أَوْ غَيْرِهِ وَإِنَّمَا هُوَ عَامِلٌ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِأُمَّتِهِ وَقَائِمٌ بِشَرْعِهِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكْفِيَ مُؤْنَتَهُ وَلَوْ ضَيَّعَ ذَلِكَ لِضَيَاعِ عِيَالِهِ، وَقَدْ قَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَدْ عَلِمَ قَوْمِي أَنَّ حِرْفَتِي لَمْ تَكُنْ تَعْجِزُ عَنْ مُؤْنَتِي وَمُؤْنَةِ عِيَالِي فَسَيَأْكُلُ آلُ أَبِي بَكْرٍ مِنْ هَذَا الْمَالِ وَيُعْمَلُ فِيهِ لِلْمُسْلِمِينَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ وَقَدْ قِيلَ: إنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَنَّ أَمْوَالَهُ الَّتِي خَصَّهُ اللَّهُ بِهَا يُخْرِجُ مِنْهَا نَفَقَةَ عِيَالِهِ وَمُؤْنَةَ الْعَامِلِ ثُمَّ يَكُونُ مَا بَقِيَ صَدَقَةً.

[مَا جَاءَ فِي صِفَةِ جَهَنَّمَ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّ نَارَ بَنِي آدَمَ الَّتِي يُوقِدُونَ» تَخْصِيصٌ لَهَا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ نَارَ جَهَنَّمَ لَا يُوقِدُهَا بَنُو آدَمَ وَلَا يَسْتَطِيعُونَ حَرَارَتَهَا فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّهَا جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ نَارِ جَهَنَّمَ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – حَرُّهَا جُزْءٌ مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ حَرِّ نَارِ جَهَنَّمَ وَقَوْلُ أَبِي هُرَيْرَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَتَرَوْنَهَا حَمْرَاءَ كَنَارِكُمْ هَذِهِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – كَنَارِ بَنِي آدَمَ ثُمَّ

التَّرْغِيبُ فِي الصَّدَقَةِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إلَّا طَيِّبًا كَانَ إنَّمَا يَضَعُهَا فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ يُرَبِّيهَا كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ أَوْ فَصِيلَهُ حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ»

[المنتقى]

قَالَ: لَهِيَ أَشَدُّ سَوَادًا مِنْ الْقَارِ أَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِشِدَّةِ أَمْرِهَا فِي الْحَرِّ وَأَخْبَرَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَنْ شِدَّةِ أَمْرِهَا فِي لَوْنِهَا؛ لِأَنَّ سَوَادَهَا أَشَدُّ فِي الْعَذَابِ فَقَالَ: إنَّهَا أَشَدُّ سَوَادًا مِنْ الْقَارِ وَالْقَارُ وَالْقِيرُ الزِّفْتُ وَمِثْلُ هَذِهِ لَا يَعْلَمُهَا أَبُو هُرَيْرَةَ إلَّا بِتَوْقِيفٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

1 –

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ» يُرِيدُ حَلَالًا وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إلَّا الْحَلَالَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ الْحَرَامِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَأْجُورٍ عَلَيْهَا بَلْ هُوَ مَأْثُومٌ فِيهِ حِينَ لَمْ يَرُدَّهُ إلَى مُسْتَحِقِّهِ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إلَّا طَيِّبًا» مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَعْتَدَّ لَهُ بِهَا صَدَقَةً وَيُرِيدَ أَنْ يُثِيبَهُ عَلَيْهَا، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «كَانَ إنَّمَا يَضَعُهَا فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ عِظَمَ إثَابَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَهُ عَلَيْهَا وَحِفْظَهُ لَهَا، وَكَفُّ الرَّحْمَنِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِمَعْنَى يَمِينِهِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَيُرَبِّيهَا لَهُ كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ» يُرِيدُ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُنَمِّي الصَّدَقَةَ بِتَضْعِيفِ أَجْرِهَا كَمَا يُنَمِّي الْإِنْسَانُ الْفَلُوَّ وَهُوَ أُنْثَى وَلَدِ الْخَيْلِ مِنْ ذُكُورِ الْحُمُرِ أَوْ فَصِيلَهُ وَهُوَ وَلَدُ النَّاقَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا جَرَتْ عَادَةُ النَّاسِ بِتَنْمِيَتِهِ بِالتَّرْبِيَةِ وَرَجَاءِ زِيَادَتِهِ، وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «حَتَّى يَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – يَبْلُغُ بِتَنْمِيَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يَكُونَ ثَوَابُهَا كَالْجَبَلِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} [البقرة: 261] .

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ إسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ «كَانَ أَبُو طَلْحَةَ أَكْثَرَ أَنْصَارِيٍّ بِالْمَدِينَةِ مَالًا مِنْ نَخْلٍ وَكَانَ أَحَبَّ أَمْوَالِهِ إلَيْهِ بَيْرُحَاءَ وَكَانَتْ مُسْتَقْبِلَةَ الْمَسْجِدِ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَدْخُلُهَا وَيَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ فِيهَا طَيِّبٍ قَالَ أَنَسٌ فَلَمَّا أُنْزِلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} [آل عمران: 92] قَامَ أَبُو طَلْحَةَ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} [آل عمران: 92] وَإِنَّ أَحَبَّ أَمْوَالِي إلَيَّ بَيْرُحَاءَ وَإِنَّهَا صَدَقَةٌ لِلَّهِ أَرْجُو بِرَّهَا وَذُخْرَهَا عِنْدَ اللَّهِ فَضَعْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ حَيْثُ شِئْت قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: فَبَخٍ ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ ذَلِكَ مَالٌ

رَابِحٌ، وَقَدْ سَمِعْت مَا قُلْت فِيهِ وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهُ فِي الْأَقْرَبِينَ، فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِّهِ») .

(ش) : قَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – كَانَ أَبُو طَلْحَةَ أَكْثَرَ أَنْصَارِيٍّ بِالْمَدِينَةِ مَالًا مِنْ نَخْلٍ يَقْتَضِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ الصَّالِحِ الِاسْتِكْثَارُ مِنْ الْمَالِ الْحَلَالِ وَقَوْلُهُ: وَكَانَ أَحَبَّ أَمْوَالِهِ إلَيْهِ بَيْرُحَاءَ يَقْتَضِي جَوَازَ حُبِّ الرَّجُلِ الصَّالِحِ لِلْمَالِ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا} [الفجر: 20] .

وَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٌ {زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ} [آل عمران: 14] وَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ –: اللَّهُمَّ إنَّا لَا نَسْتَطِيعُ إلَّا أَنْ نُحِبَّ مَا زَيَّنْت لَنَا فَاجْعَلْنَا مِمَّنْ يَأْخُذُهُ بِحَقِّهِ فَيُنْفِقُهُ فِي وَجْهِهِ وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – لِعَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا –: لَا أَحَدَ أَحَبُّ إلَيَّ غِنًى مِنْك وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْك وَقَرَأْنَا هَذِهِ اللَّفْظَةَ عَلَى أَبِي ذَرٍّ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بَيْرُحَاءَ بِفَتْحِ الرَّاءِ فِي الرَّفْعِ وَالنَّصْبِ وَالْخَفْضِ وَالْجَمْعِ وَاللَّفْظَتَانِ اسْمٌ لِلْمَوْضِعِ وَلَيْسَتْ بِئْرٌ مُضَافَةٌ إلَى مَوْضِعٍ

(319/7)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «أَعْطُوا السَّائِلَ، وَإِنْ جَاءَ عَلَى فَرَسٍ» مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَمْرِو بْنِ مُعَاذٍ الْأَشْهَلِيِّ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ جَدَّتِهِ أَنَّهَا قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ إحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا وَلَوْ كُرَاعَ شَاةٍ مُحْرَقًا»)

[المنتقى]

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَالَ لِي أَبُو عُبَيْدِ اللَّهِ الصُّورِيُّ الْحَافِظُ إنَّمَا هِيَ بَيْرُحَاءَ بِفَتْحِ الْبَاءِ وَالرَّاءِ وَاتَّفَقَ هُوَ وَأَبُو ذَرٍّ وَغَيْرُهُمَا مِنْ الْحُفَّاظِ عَلَى أَنَّ مَنْ رَفَعَ الرَّاءَ حَالَ الرَّفْعِ فَقَدْ غَلِطَ وَعَلَى ذَلِكَ كُنَّا نَقْرَؤُهُ عَلَى شُيُوخِ بَلَدِنَا وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَدْرَكْت أَهْلَ الْحِفْظِ وَالْعِلْمِ بِالْمَشْرِقِ وَهَذَا الْمَوْضِعُ يُعْرَفُ بِقَصْرِ بَنِي حَرْمَلَةَ وَهُوَ مَوْضِعٌ بِفِنَاءِ مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ عَلَى سَاكِنِهَا السَّلَامُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَدْخُلُهَا وَيَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ فِيهَا طَيِّبٍ» يُرِيدُ عَذْبًا وَهَذَا يَقْتَضِي تَبَسُّطَ الرَّجُلِ فِي مَالِ مَنْ يُعْرَفُ رِضَاهُ بِذَلِكَ بِالدُّخُولِ إلَيْهِ وَيَتَنَاوَلُ مَا يَخَافُ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ

يَسْتَأْمِرْهُ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ مِنْ قَبْلُ قَالَ أَنَسٌ «فَلَمَّا أُنْزِلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} [آل عمران: 92] قَامَ أَبُو طَلْحَةَ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} [آل عمران: 92] وَإِنَّ أَحَبَّ أَمْوَالِي إلَيَّ بَيْرُحَاءَ وَإِنَّهَا صَدَقَةٌ لِلَّهِ تَعَالَى» وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ تَأَوَّلَ هَذِهِ الْآيَةَ عَلَى أَنَّهَا تَقْتَضِي أَنَّهُ إنَّمَا يُنَالُ الْبِرُّ بِصَدَقَةِ مَا يُحِبُّهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَالِهِ وَإِنَّ إنْفَاقَ أَحَبِّ أَمْوَالِهِ إلَيْهِ أَقْرَبُ فِي نَيْلِ مَا يُحِبُّ، وَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ جَاءَ بِفَرَسِهِ وَقَالَ هَذَا أَحَبُّ أَمْوَالِي إلَيَّ فَتَصَدَّقَ بِهِ، وَكَانَ الرَّبِيعُ بْنُ خَيْثَمٍ إذَا سَمِعَ سَائِلًا يَقُولُ: أُعْطُوهُ سُكَّرًا فَإِنَّ الرَّبِيعَ يُحِبُّ السُّكَّرَ.

(فَصْلٌ) :

وَفِي هَذَا أَنَّ الصَّدَقَةَ مِنْ جُمْلَةِ الْإِنْفَاقِ وَأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} [آل عمران: 92] هُوَ الْأَجْرُ وَالذُّخْرُ الَّذِي رَجَاهُ بِمَا تَصَدَّقَ بِهِ مِنْ أَحَبِّ أَمْوَالِهِ إلَيْهِ، وَقَوْلُهُ أَرْجُو بِرَّهَا يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – ثَوَابَ بِرِّهَا وَأَرَادَ أَنْ يَضَعَهَا أَيْضًا فِي أَفْضَلِ وُجُوهِ الْإِنْفَاقِ وَاسْتَعَانَ عَلَى ذَلِكَ بِإِرْشَادِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَوَضَعَهَا حَيْثُ يَرَى فَإِنَّهُ لَا يَرَى لَهُ وَلَا يَخْتَارُ إلَّا الْأَفْضَلَ مِنْ وُجُوهِ الْبِرِّ، وَقَوْلُهُ هِيَ صَدَقَةٌ لِلَّهِ أَرْجُو بِرَّهَا وَذُخْرَهَا عِنْدَ اللَّهِ فَضَعْهَا حَيْثُ شِئْت وَإِقْرَارُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَى ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الصَّدَقَةَ الْمُطْلَقَةَ يَصِحُّ أَنْ تُصْرَفَ إلَى الْوُجُوهِ الَّتِي شَاءَ الْمُتَصَدِّقُ وَالْمُسْتَشَارُ فِي ذَلِكَ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «بَخٍ ذَلِكَ مَالٌ رَايِحٌ» بِالْيَاءِ مُعْجَمَةً هِيَ رِوَايَةُ يَحْيَى بْنِ يَحْيَى وَجَمَاعَةِ الرُّوَاةِ وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ إنَّ كُلَّ مَا انْتُفِعَ بِهِ بَعْدَهُ فِي الدُّنْيَا رَاحَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ فِي الْآخِرَةِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَمَعْنَى ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ مَالٌ يَرُوحُ عَلَيْهِ ثَوَابُهُ وَرَوَاهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ رَابِحٌ بِالْبَاءِ مُعْجَمَةً وَاحِدَةً.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ مَعْنَاهُ أَنَّ صَاحِبَهُ قَدْ وَضَعَهُ مَوْضِعَ الرِّبْحِ وَالْغَنِيمَةِ لِثَوَابِهِ وَالِادِّخَارِ لِمُعَادِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَأَرَى أَنْ يَجْعَلَهَا فِي الْأَقْرَبِينَ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَقَارِبَهُ وَرَأَى النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ ذَلِكَ أَفْضَلُ وَجْهٍ يُصْرَفُ إلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ الصَّدَقَةِ وَصِلَةِ الرَّحِمِ وَتَفْوِيتِ أَهْلِ الْفَضْلِ وَالْعِلْمِ فَقَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – بَيْنَ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ وَحَسَّانَ بْنِ ثَابِتٍ وَكَانَا مِنْ أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِّهِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «أَعْطُوا السَّائِلَ، وَإِنْ

جاءَ عَلَى فَرَسٍ» مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَمْرِو بْنِ مُعَاذٍ الْأَشْهَلِيِّ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ جدَّتِهِ أَنَّهَا قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ إحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا وَلَوْ كُرَاعَ شَاةٍ مُحْرَقًا») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَعْطُوا السَّائِلَ، وَإِنْ جَاءَ عَلَى فَرَسٍ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنْ يَكُونَ عَلَى فَرَسٍ لَا غِنَى بِهِ عَنْهُ وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – فِي صَاحِبِ الْمَسْكَنِ وَالْخَادِمِ لَا فَضْلَ فِيهِمَا وَهَذَا فِي الزَّكَاةِ وَأَمَّا صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ فَتُعْطَى لِكُلِّ أَحَدٍ مِنْ غَنِيٍّ وَفَقِيرٍ، وَقَدْ يَكُونُ السَّائِلُ ابْنَ سَبِيلٍ وَيَكُونُ عَلَى فَرَسٍ فَيَلْزَمُ عَوْنُهُ عَلَى طَرِيقِهِ وَيَكُونُ غَازِيًا فَيَلْزَمُ أَنْ يُعَانَ عَلَى غَزْوِهِ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الصَّدَقَةِ أَنْ يُصْرَفَ إلَى مَنْ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ جُمْلَةً بَلْ تُعْطَى مَنْ لَهُ الْبُلْغَةُ لِيُبْقِيَ بِهَا أَوْ لِيَبْلُغَ بِهَا حَالَ الْغِنَى عَلَى حَسْبِ مَا تَصَدَّقَ أَبُو طَلْحَةَ بِبَيْرُحَاءَ عَلَى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ وَحَسَّانَ بْنِ ثَابِتٍ

(320/7)

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ مِسْكِينًا سَأَلَهَا وَهِيَ صَائِمَةٌ وَلَيْسَ فِي بَيْتِهَا إلَّا رَغِيفٌ فَقَالَتْ لِمَوْلَاةٍ لَهَا أَعْطِيهِ إيَّاهُ فَقَالَتْ لَيْسَ لَك مَا تُفْطِرِينَ عَلَيْهِ فَقَالَتْ أَعْطِيهِ إيَّاهُ قَالَتْ فَفَعَلَتْ قَالَتْ فَلَمَّا أَمْسَيْنَا أَهْدَى لَنَا أَهْلُ بَيْتٍ أَوْ إنْسَانٌ مَا كَانَ يُهْدِي لَنَا شَاةً وَكَفَنَهَا فَدَعَتْنِي عَائِشَةُ فَقَالَتْ كُلِي مِنْ هَذَا هَذَا خَيْرٌ مِنْ قُرْصِك) (ص) : (مَالِكٌ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ مِسْكِينًا اسْتَطْعَمَ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ وَبَيْنَ يَدَيْهَا عِنَبٌ فَقَالَتْ لِإِنْسَانٍ خُذْ حَبَّةً فَأَعْطِهِ إيَّاهَا فَجَعَلَ يَنْظُرُ إلَيْهَا وَيَعْجَبُ فَقَالَتْ عَائِشَةُ أَتَعْجَبُ كَمْ تَرَى فِي هَذِهِ الْحَبَّةِ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ)

[المنتقى]

إرَادَةَ غِنَاهُمَا وَقُوَّتِهِمَا – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ» قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – هَكَذَا قَرَأْته عَلَى جَمِيعِ شُيُوخِنَا بِالْمَشْرِقِ يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ بِنَصْبِ النِّسَاءِ وَخَفْضِ الْمُؤْمِنَاتِ وَأَهْلُ بَلَدِنَا يَقْرَءُونَهُ يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ عَلَى أَنَّهُ مُنَادًى مُفْرَدٌ مَرْفُوعٌ وَالْمُؤْمِنَاتُ نَعْتٌ؛ لِأَنَّهُمْ رَأَوْا أَنَّ النِّسَاءَ أَعَمُّ مِنْ الْمُؤْمِنَاتِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ} [الحج: 28] فَأَضَافَ الْبَهِيمَةَ إلَى الْأَنْعَامِ وَالْبَهِيمَةُ أَعَمُّ مِنْ الْأَنْعَامِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَحْقِرَنَّ إحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا وَلَوْ كُرَاعَ شَاةٍ مُحْرَقًا» يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لَا تَحْقِرُهُ الْمُهْدِيَةُ فَتَمْنَعُ أَنْ يُهْدَى إلَيْهَا الْقَلِيلُ وَهُوَ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا تَحْقِرُهُ الْمَهْدِيُّ إلَيْهَا وَلْتَقْبَلْهُ عَلَى قِلَّتِهِ فَهُوَ أَنْفَعُ لَهَا عَلَى قِلَّتِهِ مِنْ مَنْعِهِ وَأَحْسَنُ فِي التَّعَاشُرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّ مِسْكِينًا سَأَلَهَا وَهِيَ صَائِمَةٌ وَلَيْسَ فِي بَيْتِهَا إلَّا رَغِيفٌ فَقَالَتْ لِمَوْلَاةٍ لَهَا أَعْطِيهِ إيَّاهُ فَقَالَتْ لَيْس لَك مَا تُفْطِرِينَ عَلَيْهِ فَقَالَتْ أَعْطِيهِ إيَّاهُ قَالَتْ فَفَعَلَتْ قَالَتْ فَلَمَّا أَمْسَيْنَا أَهْدَى لَنَا أَهْلُ بَيْتٍ أَوْ إنْسَانٌ مَا كَانَ يُهْدِي لَنَا شَاةً وَكَفَنَهَا فَدَعَتْنِي عَائِشَةُ فَقَالَتْ كُلِي مِنْ هَذَا هَذَا خَيْرٌ مِنْ قُرْصِك) .

(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – أَمَرَتْهَا أَنْ تُعْطِيَ لِلسَّائِلِ رَغِيفًا لَيْس عِنْدَهَا غَيْرُهُ وَهِيَ صَائِمَةٌ عَلَى مَعْنَى الْإِيثَارِ عَلَى نَفْسِهَا وَالتَّوَكُّلِ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلَعَلَّهُ قَدْ كَانَ ذَلِكَ فِي عَامِ الرَّمَادَةِ لَمَّا رَأَتْ بِالسَّائِلِ مِنْ جَهْدٍ خَافَتْ عَلَيْهِ وَأَحَسَّتْ فِي نَفْسِهَا قُوَّةً عَلَى الصَّبْرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهَا فَمَا أَمْسَيْنَا حَتَّى أَهْدَى إلَيْنَا أَهْلُ بَيْتٍ أَوْ إنْسَانٌ مَا كَانَ يُهْدِي لَنَا شَاةً وَكَفَنَهَا قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ يُرِيدُ أَنَّهَا كَانَتْ مَلْفُوفَةً بِالرُّغُفِ وَقَوْلُهُ مَا كَانَ يُهْدِي لَنَا يُرِيدُ أَنَّ عَائِشَةَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لَمْ تَعْلَمْ بِذَلِكَ وَلَمْ تَحْتَسِبْ بِهِ فَتَثِقُ بِهِ وَتَعُولُ عَلَيْهِ وَلَكِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ عَوَّضَهَا مِنْ حَيْثُ لَمْ تَحْتَسِبْ فَقَالَتْ عَائِشَةُ زَوْجُ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِأَمَتِهَا هَذَا خَيْرٌ مِنْ قُرْصِك تُرِيدُ أَنْ تُذَكِّرَهَا بِوَجْهِ الصَّوَابِ فِيمَا قَدَّمَتْهُ مِنْ الصَّدَقَةِ بِالْقُرْصِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا غَيْرُهُ، وَأَنَّ اللَّهَ قَدْ عَوَّضَهَا أَفْضَلَ مِنْ ذَلِكَ وَفِي هَذَا شُكْرٌ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَثَنَاءٌ عَلَيْهِ عَلَى حُسْنِ بَلَائِهِ وَفَضْلِ مَا عَوَّضَ بِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ قَالَ بَلَغَنِي أَنَّ مِسْكِينًا اسْتَطْعَمَ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ وَبَيْنَ يَدَيْهَا عِنَبٌ فَقَالَتْ لِإِنْسَانٍ خُذْ حَبَّةً فَأَعْطِهِ إيَّاهَا فَجَعَلَ يَنْظُرُ إلَيْهَا وَيَعْجَبُ فَقَالَتْ عَائِشَةُ أَتَعْجَبُ كَمْ تَرَى فِي هَذِهِ الْحَبَّةِ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ) .

(ش) : أَمْرُ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لِلْإِنْسَانِ أَنْ يُعْطِيَ السَّائِلَ بَيْنَ يَدَيْهَا حَبَّةً عَلَى مَعْنَى الصَّدَقَةِ بِالْيَسِيرِ وَإِيثَارِهِ عَلَى الرَّدِّ وَمَنْ تَكَرَّرَتْ مِنْهُ الصَّدَقَةُ تَصَدَّقَ مَرَّةً بِقَلِيلٍ وَمَرَّةً بِكَثِيرٍ وَإِنَّمَا هُوَ بِحَسَبِ مَا يُعْرَفُ لَهُ مِنْ نِيَّةٍ وَيَرَى مِنْ مَوْضِعِ حَاجَةٍ وَقَالَتْ عَائِشَةُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا – لِلَّذِي تَعَجَّبَ مِنْ ذَلِكَ كَمْ تَرَى فِي هَذِهِ الْحَبَّةِ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ تُرِيدُ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ} [الزلزلة: 7] وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْجُزْءَ الْيَسِيرَ مِنْ الْحَبَّةِ إذَا تُصُدِّقَ بِهِ لَمْ يَعْدَمْ الْمُتَصَدِّقُ أَجْرَهُ، وَاَللَّهُ

أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي التَّعَفُّفِ عَنْ الْمَسْأَلَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَا يَكُونُ عِنْدِي مِنْ

(321/7)

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ وَهُوَ يَذْكُرُ الصَّدَقَةَ وَالتَّعَفُّفَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ «الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى وَالْيَدُ الْعُلْيَا هِيَ الْمُنْفِقَةُ وَالسُّفْلَى هِيَ السَّائِلَةُ») (ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَرْسَلَ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِعَطَاءٍ فَرَدَّهُ عُمَرُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمَ رَدَدْته فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ أَخْبَرْتَنَا أَنَّ خَيْرًا لِأَحَدِنَا أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا ذَلِكَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ فَأَمَّا مَا كَانَ عَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ يَرْزُقُكَهُ اللَّهُ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَسْأَلُ أَحَدًا شَيْئًا وَلَا يَأْتِينِي مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ شَيْءٌ إلَّا أَخَذْته»

[المنتقى]

خَيْرٍ فَلَنْ أَدَّخِرَهُ عَنْكُمْ» قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الِادِّخَارُ الِاكْتِنَازُ وَالرَّفْعُ فِي الْبُيُوتِ وَالذُّخْرُ الْأَجْرُ وَالثَّوَابُ فَمَعْنَى قَوْلِهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَلَنْ أَدَّخِرَهُ عَنْكُمْ» فَلَنْ أَمْنَعَكُمُوهُ وَأَدَّخِرَهُ لِنَفْسِي قَالَ ابْنُ وَهْبٍ قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَمَنْ يَسْتَعْفِفْ يُعِفَّهُ اللَّهُ» مِنْ الْعَفَافِ يُرِيدُ أَنَّهُ مَنْ يُمْسِكْ عَنْ السُّؤَالِ وَالْإِلْحَاحِ يُعِفَّهُ اللَّهُ أَيْ يَصُنْهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَمَنْ يَسْتَغْنِ يُغْنِهِ اللَّهُ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَنْ يَسْتَعِنْ بِمَا عِنْدَهُ مِنْ الْيَسِيرِ عَنْ الْمَسْأَلَةِ يَمُدَّهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِالْغِنَى مِنْ عِنْدِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ يُغْنِي اللَّهُ سُبْحَانَهُ نَفْسَهُ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَمَنْ يَتَصَبَّرْ يُصَبِّرْهُ اللَّهُ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – مَنْ يَتَصَدَّ لِلصَّبْرِ وَيُؤْثِرْهُ يُعِنْهُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَيُوَفِّقْهُ لَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَمَا أُعْطِيَ أَحَدٌ عَطَاءً هُوَ خَيْرٌ وَأَوْسَعُ مِنْ الصَّبْرِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ أَمْرٌ يَدُومُ بِهِ الْغِنَى بِمَا يُعْطَى، وَإِنْ كَانَ قَلِيلًا وَلِأَنَّهُ يَفِي وَرُبَّمَا لَا يَفِي وَامْتَدَّ الْأَمَلُ إلَى أَكْثَرَ مِنْهُ مِمَّنْ

عَدِمَ الصَّبْرَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ وَهُوَ يَذْكُرُ الصَّدَقَةَ وَالتَّعَفُّفَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ «الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى وَالْيَدُ الْعُلْيَا هِيَ الْمُنْفِقَةُ وَالسُّفْلَى هِيَ السَّائِلَةُ») . (ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ وَهُوَ يَذْكُرُ الصَّدَقَةَ وَالتَّعَفُّفَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ كَانَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَذْكُرُ فَضْلَ الصَّدَقَةِ وَيَعِيبُ الْمَسْأَلَةَ وَيَحُضُّ عَلَى التَّعَفُّفِ عَنْهَا فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهَا أَكْثَرُ ثَوَابًا وَتُسَمَّى يَدُ الْمُعْطِي الْعُلْيَا بِمَعْنَى أَنَّهُ أَرْفَعُ دَرَجَةً وَمَحَلًّا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهَذَا رَسْمٌ شَرْعِيٌّ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ بِالشَّرْعِ عُرِفَ وَلَمَّا كَانَتْ تَسْمِيَةً لَا تَعْرِفُهَا الْعَرَبُ فَسَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنَّ «يَدَ الْمُعْطِي هِيَ الْيَدُ الْعُلْيَا وَأَنَّ الْيَدَ السَّائِلَةَ هِيَ السُّفْلَى» وَرَوَى أَيُّوبُ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَالْيَدُ الْعُلْيَا هِيَ الْمُنْفِقَةُ» وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ وَمَدَحَ الْيَدَ الْمُنْفِقَةَ وَذَلِكَ بِأَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَهْلِهِ وَيَكُونَ بِأَنْ يُنْفِقَ عَلَى الْأَجَانِبِ مَا فَضَلَ عَنْ أَهْلِهِ وَيَكُونُ بِأَنْ يُنْفِقَ عَلَى الْأَجَانِبِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ النَّفَقَةِ إلَّا أَنَّهُ إنَّمَا يَجِبُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى الْأَجَانِبِ مَا فَضَلَ عَنْ أَهْلِهِ فَإِنْ ضَاقَتْ حَالُهُ فَلْيَبْدَأْ بِأَهْلِهِ وَرَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ السُّفْلَى وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ وَخَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى» .

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَرْسَلَ إلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِعَطَاءٍ فَرَدَّهُ عُمَرُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِمَ رَدَدْته فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ أَخْبَرْتنَا أَنَّ خَيْرًا لِأَحَدِنَا أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إنَّمَا ذَلِكَ عَنْ الْمَسْأَلَةِ فَأَمَّا مَا كَانَ عَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ يَرْزُقُكَهُ اللَّهُ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمَا وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَسْأَلُ أَحَدًا شَيْئًا وَلَا يَأْتِينِي مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ شَيْءٌ إلَّا أَخَذْته»

.

(ش) : قَوْلُهُ: إنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – رَدَّ عَطَاءَهُ إنَّمَا رَدَّهُ لَمَّا سَمِعَ مِنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ خَيْرٌ لِأَحَدِكُمْ أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا فَتَأَوَّلَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – عَلَى الْعُمُومِ فِي الْأَخْذِ عَنْ مَسْأَلَةٍ وَعَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَإِنَّمَا أَرَادَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ لَا يَأْخُذَ أَحَدٌ عَنْ الْمَسْأَلَةِ وَلَعَلَّهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَدْ خَاطَبَ بِذَلِكَ سَائِلًا وَقَوْلُهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – «فَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ مَسْأَلَةٍ فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ يَرْزُقُكَهُ اللَّهُ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – ابْتَدَأَك بِهِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ مِنْك وَمَعْنَاهُ فَلَا تَرُدَّهُ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمَا وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ عَلَى مَعْنَى

الِالْتِزَامِ لِمَا يَقُولُهُ لَا أَسْأَلُ أَحَدًا شَيْئًا يُرِيدُ مَنْعَ الْمَسْأَلَةِ وَقَوْلُهُ وَلَا يَأْتِينِي شَيْءٌ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ إلَّا أَخَذْته عَلَى مَعْنَى امْتِثَالِ أَمْرِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِيمَا قَالَهُ وَنَهَى عَنْهُ وَحَضَّ عَلَيْهِ وَهَذَا حُكْمُ الْعَطَاءِ

(322/7)

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ فَيَحْتَطِبَ عَلَى ظَهْرِهِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ رَجُلًا أَعْطَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَيَسْأَلُهُ أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ»)

[المنتقى]

وَالْهِبَةِ مِنْ الْوَجْهِ الْمُبَاحِ دُونَ الْوَجْهِ الْمَحْظُورِ وَالْمَالِ الْحَرَامِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَهَذَا عِنْدِي فِي سُؤَالِ الْأُمَرَاءِ وَغَيْرِهِمْ، وَقَدْ رَوَى الزُّهْرِيُّ عَنْ عُرْوَةَ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ «أَنَّ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ قَالَ سَأَلْت النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَعْطَانِي ثُمَّ سَأَلْته فَأَعْطَانِي ثُمَّ قَالَ يَا حَكِيمُ: إنَّ هَذَا الْمَالَ خَضِرَةٌ حُلْوَةٌ فَمَنْ أَخَذَهُ بِسَخَاوَةِ نَفْسٍ بُورِكَ لَهُ فِيهِ وَمَنْ أَخَذَهُ بِإِشْرَافِ نَفْسٍ لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ كَالَّذِي يَأْكُلُ وَلَا يَشْبَعُ وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى قَالَ حَكِيمٌ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَاَلَّذِي بَعَثَك بِالْحَقِّ لَا أَرْزَأُ أَحَدًا بَعْدَك أَبَدًا حَتَّى أُفَارِقَ الدُّنْيَا، فَلَمْ يَأْخُذْ عَطَاءً فِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ وَلَا عُمَرَ وَلَمْ يَرْزَأْ حَكِيمٌ أَحَدًا مِنْ النَّاسِ بَعْدَ وَفَاةِ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَتَّى تُوُفِّيَ» قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فِي الْعَمَلِ بِهَذَا الْمَالِ أَخْذُهُ وَجْهٌ يَجِبُ أَنْ يُعْمَلَ بِهِ وَهُوَ أَنْ يُعْطِيَ مِنْهُ الْحَاجَةَ وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيّ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنَّهُ قَالَ «إنَّ هَذَا الْمَالَ خَضِرَةٌ حُلْوَةٌ فَنِعْمَ صَاحِبُ الْمَالِ مَا أَعْطَى مِنْهُ الْمِسْكِينَ وَالْيَتِيمَ وَذَا الْحَاجَةِ» كَمَا قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ فَيَحْتَطِبَ عَلَى ظَهْرِهِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ رَجُلًا أَعْطَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَيَسْأَلُهُ أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ») .

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «؛ لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ فَيَحْتَطِبَ عَلَى ظَهْرِهِ» عَلَى مَعْنَى التَّصْرِيحِ بِمُبَاشَرَةِ الِاحْتِطَابِ وَالْأَخْذِ فِي الْأَسْبَابِ وَقَوْلُهُ «خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ رَجُلًا أَعْطَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»

يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – خَصَّهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِالْمَالِ وَلَمْ يَأْخُذْهُ عَنْ مَسْأَلَةٍ فَسَأَلَهُ هَذَا الْمَذْكُورُ مِنْ فَضْلِ مَا أَعْطَاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْغِنَى وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ السُّلْطَانَ وَيَكُونُ مَعْنَى آتَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ جَعَلَ اللَّهُ إلَيْهِ النَّظَرَ فِيهِ فَجَعَلَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – الِاحْتِطَابَ أَفْضَلَ مِنْ الْمَسْأَلَةِ وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ» يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ فَرُبَّمَا أَعْطَاهُ إذْ سَأَلَهُ وَرُبَّمَا مَنَعَهُ فَبَيَّنَ بِذَلِكَ عَيْبَ الْمَسْأَلَةِ لِمَا فِيهَا مِنْ الْمَذَلَّةِ وَرُبَّمَا كَانَ مَعَهَا الْمَنْعُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ أَنَّ الِاحْتِطَابَ أَفْضَلُ مِنْ السُّؤَالِ مَعَ الْعَطِيَّةِ فَمَعَ الْمَنْعِ أَوْلَى.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَهَذَا فِي طَلَبِ مَا لَيْسَ لَهُ قِبَلَهُ مِثْلُ مَا إذَا سَأَلَ الْغَنِيُّ الْعَوْنَ وَمِثْلُ أَنْ يَسْأَلَ السُّلْطَانَ غَنِيٌّ عَمَّا يُعْطِيهِ مَنْ لَيْسَ لَهُ قِبَلَهُ عَطَاءٌ مُرَتَّبٌ مَعْنًى مِنْ الْمَعَانِي أَوْ فِي وَقْتٍ ضَيِّقٍ وَأَمَّا سُؤَالُ السُّلْطَانِ مَعَ الْحَاجَةِ فَجَائِزٌ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {وَلا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلا يَجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ} [التوبة: 92] وَأَمَّا سُؤَالُ مَنْ لَهُمْ عَلَيْهِ عَطَاءٌ مُرَتَّبٌ أَوْ عِدَّةٌ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِسُؤَالٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ وَإِنَّمَا هُوَ طَالِبٌ لِحَقِّهِ عِوَضًا عَنْ عَمَلِهِ وَفِي الْعِدَّةِ اسْتِنْجَازٌ لِمَا تَقَدَّمَ عَطَاؤُهُ لَهُ.

وَقَدْ «قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ لَوْ قَدْ جَاءَ مَالُ الْبَحْرَيْنِ أَعْطَيْتُك هَكَذَا وَهَكَذَا فَلَمَّا وَلِيَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ مَالُ الْبَحْرَيْنِ ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ مَنْ لَهُ قِبَلَ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عِدَّةٌ فَلْيَأْتِنِي فَأَتَاهُ جَابِرٌ فَأَخْبَرَهُ ثُمَّ ذَكَّرَهُ بِذَلِكَ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ فِي ذَلِكَ إمَّا أَنْ تُعْطِيَ وَإِمَّا أَنْ تَبْخَلَ عَنِّي وَأَيُّ دَاءٍ أَدْوَأُ مِنْ الْبُخْلِ ثُمَّ قَالَ لِجَابِرٍ أَقْبِضْ مِنْ الْمَالِ قَبْضَةً فَقَبَضَ فَعَدَّهَا فَوَجَدَهَا خَمْسَمِائَةِ دِينَارٍ ثُمَّ أَعْطَاهُ ثَانِيَةً وَثَالِثَةً» إنْجَازًا لِوَعْدِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وَأَمَّا سُؤَالُ الْمُحْتَاجِ فِي وَقْتِ غِنَى السَّائِلِ فَإِنَّمَا هُوَ مُذَكِّرٌ مِنْ مَالٍ لَهُ وَلِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ فَيَعْرِضْ بِنَفْسِهِ لِيَكُونَ.

وَقَدْ «قَالَ الْعَبَّاسُ لِلنَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَعْطِنِي فَإِنِّي فَادَيْت نَفْسِي وَفَادَيْت عَقِيلًا» فَإِنَّ الْعَبَّاسَ لَمْ يُضْطَرَّ إلَى السُّؤَالِ وَأَمَّا مَنْ اُضْطُرَّ إلَيْهِ وَضَعُفَ عَنْ التَّكَسُّبِ وَالِاحْتِطَابِ فَجَائِزٌ لَهُ أَنْ يَسْأَلَ وَلَا يُلْحِفَ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ {لا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا} [البقرة: 273] ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ «عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي أَسَدٍ أَنَّهُ قَالَ نَزَلْت أَنَا وَأَهْلِي بِبَقِيعِ الْغَرْقَدِ فَقَالَ لِي أَهْلِي اذْهَبْ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَاسْأَلْهُ لَنَا شَيْئًا نَأْكُلُهُ وَجَعَلُوا يَذْكُرُونَ مِنْ حَاجَتِهِمْ فَذَهَبْت إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَوَجَدْت عِنْدَهُ رَجُلًا يَسْأَلُهُ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ لَا أَجِدُ مَا أُعْطِيك فَتَوَلَّى الرَّجُلُ عَنْهُ وَهُوَ مُغْضَبٌ وَهُوَ يَقُولُ: لَعَمْرِي إنَّك لَتُعْطِي مَنْ شِئْت فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنَّهُ لَيَغْضَبُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَجِدَ مَا أُعْطِيهِ مَنْ سَأَلَ مِنْكُمْ وَلَهُ أُوقِيَّةٌ أَوْ عِدْلُهَا فَقَدْ سَأَلَ إلْحَافًا قَالَ الْأَسَدِيُّ: فَقُلْت لَلِقْحَةٌ لَنَا خَيْرٌ مِنْ أُوقِيَّةٍ» قَالَ مَالِكٌ وَالْأُوقِيَّةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا «قَالَ فَرَجَعْت وَلَمْ أَسْأَلْهُ فَقُدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْدَ ذَلِكَ بِشَعِيرٍ وَزَبِيبٍ فَقَسَمَ لَنَا مِنْهُ حَتَّى أَغْنَانَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ»)

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ «مَا نَقَصَتْ صَدَقَةٌ مِنْ مَالٍ وَمَا زَادَ اللَّهُ عَبْدًا بِعَفْوٍ إلَّا عِزًّا وَمَا تَوَاضَعَ عَبْدٌ لِلَّهِ إلَّا رَفَعَهُ اللَّهُ» قَالَ مَالِكٌ لَا أَدْرِي أَيُرْفَعُ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمْ لَا) .

مَا جَاءَ فِي التَّعَفُّفِ عَنْ الْمَسْأَلَةِ (ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ «أَنَّ نَاسًا مِنْ الْأَنْصَارِ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَأَعْطَاهُمْ ثُمَّ سَأَلُوهُ فَأَعْطَاهُمْ حَتَّى نَفِدَ مَا عِنْدَهُ ثُمَّ قَالَ مَا يَكُونُ عِنْدِي مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ أَدَّخِرَهُ عَنْكُمْ وَمَنْ يَسْتَعْفِفْ يُعِفَّهُ اللَّهُ وَمَنْ يَسْتَغْنِ يُغْنِهِ اللَّهُ وَمَنْ يَتَصَبَّرْ يُصَبِّرْهُ اللَّهُ مَا أُعْطِيَ أَحَدٌ عَطَاءً هُوَ خَيْرٌ وَأَوْسَعُ مِنْ الصَّبْرِ» .

[المنتقى]

سَأَلَ مِنْكُمْ وَلَهُ أُوقِيَّةٌ أَوْ عِدْلُهَا فَقَدْ سَأَلَ إلْحَافًا» .

(ص) : (عَنْ مَالِكٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ «عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي أَسَدٍ أَنَّهُ قَالَ نَزَلْت أَنَا وَأَهْلِي بِبَقِيعِ الْغَرْقَدِ فَقَالَ لِي أَهْلِي اذْهَبْ إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَاسْأَلْهُ لَنَا شَيْئًا نَأْكُلُهُ وَجَعَلُوا يَذْكُرُونَ مِنْ حَاجَتِهِمْ فَذَهَبْت إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَوَجَدْت عِنْدَهُ رَجُلًا يَسْأَلُهُ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ لَا أَجِدُ مَا أُعْطِيك فَتَوَلَّى الرَّجُلُ عَنْهُ وَهُوَ مُغْضَبٌ وَهُوَ يَقُولُ: لَعَمْرِي إنَّك لَتُعْطِي مَنْ شِئْت فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: إنَّهُ لَيَغْضَبُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَجِدَ مَا أُعْطِيهِ مَنْ سَأَلَ مِنْكُمْ وَلَهُ أُوقِيَّةٌ أَوْ عِدْلُهَا فَقَدْ سَأَلَ إلْحَافًا قَالَ الْأَسَدِيُّ: فَقُلْت لَلِقْحَةٌ لَنَا خَيْرٌ مِنْ أُوقِيَّةٍ» قَالَ مَالِكٌ وَالْأُوقِيَّةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا «قَالَ فَرَجَعْت وَلَمْ أَسْأَلْهُ فَقُدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بَعْدَ ذَلِكَ بِشَعِيرٍ وَزَبِيبٍ فَقَسَمَ لَنَا مِنْهُ حَتَّى أَغْنَانَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ»)

.

(ش) : قَوْلُ الْأَسَدِيِّ: نَزَلْت أَنَا وَأَهْلِي بِبَقِيعِ الْغَرْقَدِ وَأَنَّ أَهْلَهُ أَرْسَلُوهُ يَسْأَلُ لَهُمْ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – شَيْئًا يَأْكُلُونَهُ وَذَكَرُوا حَاجَتَهُمْ مَعَ كَوْنِهِ ذَا مَالٍ فَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ مَنْ لَهُ مِنْ نَوْعِ الْمَالِ مَا يَحْتَاجُ مَعَهُ يُوصَفُ بِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ مِثْلَ صَاحِبِ الدَّابَّةِ أَوْ الدَّارِ أَوْ الْخَادِمِ إذَا لَمْ يَكُنْ فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَذَهَبْت إلَى رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَوَجَدْت عِنْدَهُ رَجُلًا يَسْأَلُهُ وَرَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – يَقُولُ: لَا أَجِدُ مَا أُعْطِيك» إظْهَارًا لِعُذْرِهِ «وَهُوَ يَقُولُ: لَعَمْرِي إنَّك لَتُعْطِي مَنْ شِئْت» هَذَا مِنْ الْأَمْرِ الْمَمْنُوعِ؛ لِأَنَّ غَضَبَهُ إذَا لَمْ يُعْطِهِ ظُلْمٌ وَتَعَدٍّ وَتَسَخُّطٌ لِلْحَقِّ وَإِنَّمَا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ مَالِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ الَّذِي بِيَدِهِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ شَيْئًا وَزَادَ مِنْ التَّعَدِّي أَنْ قَالَ: إنَّك لَتُعْطِي مَنْ شِئْت وَلَعَلَّهُ كَانَ مِنْ الْمُنَافِقِينَ أَوْ مِمَّنْ لَا يَسْتَقِرُّ الْإِيمَانُ فِي قَلْبِهِ وَلَوْ كَانَ مِمَّنْ وَقَرَ الْإِيمَانُ فِي قَلْبِهِ لَمْ يَتَّهِمْ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فِي قَوْلِهِ وَفِعْلِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّهُ لَيَغْضَبُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَجِدَ مَا أُعْطِيهِ» إنْكَارٌ مِنْهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِفِعْلِهِ ثُمَّ ضِيقٌ عَلَيْهِ وَعَلَى مِثْلِهِ بَعْدَ أَنْ كَانَ مُوسِعًا عَلَيْهِمْ فَقَالَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «مَنْ سَأَلَ مِنْكُمْ وَلَهُ أُوقِيَّةٌ أَوْ عِدْلُهَا فَقَدْ سَأَلَ إلْحَافًا» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إلْحَاحًا يُقَالُ: أَلْحَفَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَيْ أَلَحَّ فِيهَا وَيَقْتَضِي ذَلِكَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى أَمْرٍ قَدْ تَقَرَّرَ فِيهِ أَنَّ الْإِلْحَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ مَمْنُوعٌ فَجَعَلَ مِنْ الْإِلْحَافِ الْمَمْنُوعِ سُؤَالَ مَنْ لَهُ أُوقِيَّةٌ وَهَذَا إنَّمَا يَكُونُ فِي السُّؤَالِ دُونَ الْأَخْذِ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ يُرِيدُ الزَّكَاةَ مِمَّنْ لَهُ خَمْسَةُ أَوَاقٍ، وَإِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَيْهِ زَكَاتُهَا إذَا كَانَ ذَا أَعْيَانٍ، وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنْته فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ «مَا نَقَصَتْ صَدَقَةٌ مِنْ مَالٍ وَمَا زَادَ اللَّهُ عَبْدًا بِعَفْوٍ إلَّا عِزًّا وَمَا تَوَاضَعَ عَبْدٌ لِلَّهِ إلَّا رَفَعَهُ اللَّهُ» قَالَ مَالِكٌ لَا أَدْرِي أَيُرْفَعُ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمْ لَا) .

(ش) : قَوْلُهُ «مَا نَقَصَتْ صَدَقَةٌ مِنْ مَالٍ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ الصَّدَقَةَ لَا تُنْقِصُ الْمَالَ؛ لِأَنَّ مَا يُنْفَقُ فِي الصَّدَقَةِ فَالْعِوَضُ عَنْهُ مِنْ الْأَجْرِ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ سَبَبٌ لِتَنْمِيَةِ الْمَالِ وَحِفْظِهِ وَقَوْلُهُ «وَمَا زَادَ اللَّهُ عَبْدًا بِعَفْوٍ» يُرِيدُ بِالتَّجَاوُزِ عَنْهُ بِمَعُونَةِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِمَّا لَهُ قِصَاصٌ وَانْتِصَارٌ «إلَّا عِزًّا» يُرِيدُ رِفْعَةً فِي قُلُوبِ

النَّاسِ وَقُوَّةً عَلَى الِانْتِصَارِ قَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى «ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ لَيَنْصُرَنَّهُ اللَّهُ» وَقَوْلُهُ «وَمَا تَوَاضَعَ عَبْدٌ إلَّا رَفَعَهُ اللَّهُ تَعَالَى» عَلَى حَسَبِ فِي الْعَفْوِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُ مَالِكٍ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَا أَدْرِي أَيُرْفَعُ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَمْ لَا شَكَّ فِي رَفْعِهِ فَأُوقِفُهُ عَلَى مَا لَمْ يُشَكَّ فِيهِ، وَقَدْ أَسْنَدَهُ إسْمَاعِيلُ بْنُ جَعْفَرٍ عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(324/7)

مَا يُكْرَهُ مِنْ الصَّدَقَةِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – قَالَ: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِآلِ مُحَمَّدٍ إنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ»)

[المنتقى]

[مَا يُكْرَهُ مِنْ الصَّدَقَةِ]

(ش) : قَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِآلِ مُحَمَّدٍ» قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا نَدْرِي ذَلِكَ إلَّا فِي الصَّدَقَةِ الْمَفْرُوضَةِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْطُوا مِنْ التَّطَوُّعِ وَمَنْ أَعْطَاهُمْ شَيْئًا مِنْ الصَّدَقَةِ الْمَفْرُوضَةِ لَمْ تُجْزِهِ.

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الصَّدَقَاتِ الْفَرْضِ وَالتَّطَوُّعِ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ الَّذِي آخُذُ بِهِ وَسَمِعْته عَمَّنْ أَرْضَى أَنَّ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الصَّدَقَاتِ مِنْ الْأَمْوَالِ النَّاضَّةِ وَالْغَنَمِ وَالْحُبُوبِ وَتَطَوُّعِ النَّاسِ وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ مَصْرُوفٌ إلَى الصَّدَقَةِ الْمَعْهُودَةِ وَهِيَ الَّتِي هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ فَأَمَّا التَّطَوُّعُ فَلَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْهِبَةِ وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ نَافِعٍ أَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ عَامٌّ فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ حُكْمَ الصَّدَقَةِ غَيْرُ حُكْمِ الْهِبَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهَا تَلْزَمُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ وَلَا قَبُولٍ وَالْهَدِيَّةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ فَإِنَّمَا هِيَ عَطِيَّةٌ وَمُوَاصَلَةٌ فَلِذَلِكَ اُخْتُصَّتْ بِالْمُعَيَّنِ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِآلِ مُحَمَّدٍ» يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِمْ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ إنْ لَمْ يَجِدْ غَيْرَهَا فُرِضَ لَهُ فِي الْجِزْيَةِ فَإِنْ لَمْ يُفْرَضْ لَهُ رَجَوْت أَنْ يُصْنَعَ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَهَذَا يَقْتَضِي مَنْعَهُ مِنْهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ بِمَوْضِعٍ يَسْتَبِيحُ فِيهِ أَكْلَ الْمَيْتَةِ إنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ وَقَوْلُهُ

– صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – لِآلِ مُحَمَّدٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ إنَّمَا ذَلِكَ فِي بَنِي هَاشِمٍ بِأَعْيَانِهِمْ دُونَ مَوَالِيهِمْ قَالَهُ مَالِكٌ – رَحِمَهُ اللَّهُ – وَالشَّافِعِيُّ.

وَقَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ صَرِيحُهُمْ وَمَوَالِيهِمْ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ وَبِهِ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٌ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «إنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ» يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهَا تُطَهِّرُ أَمْوَالَهُمْ وَتُكَفِّرُ ذُنُوبَهُمْ وَإِنَّمَا يَسُوغُ أَخْذُ الْفُقَرَاءِ لَهَا كَمَا يَسُوغُ لَهُمْ عِنْدَ أَكْثَرَ مِنْ هَذِهِ الضَّرُورَةِ الْمَحْظُورُ مِنْ الطَّعَامِ فَأَرَادَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أَنْ يُنَزِّهَ آلَ مُحَمَّدٍ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَنْ مِثْلِ هَذَا وَأَنْ يَكُونَ لَهُمْ الصَّبْرُ أَفْضَلَ مِمَّا لِغَيْرِهِمْ وَأَنْ تَكُونَ أُمَّتُهُ تَدَّعِي آلَهُ بَعْدَهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنْ يُعْطُوا مِنْ أَفْضَلِ الْمَطَاعِمِ مَعَ أَنَّ الصَّدَقَةَ وَجْهٌ يَخْرُجُ بِهِ الْمَالِ إلَى الْمُعْطَى؛ لِأَنَّهُ إعْطَاءٌ لَا يَقْتَرِنُ بِهِ إكْرَامٌ وَأَمَّا الْهَدِيَّةُ فَعَلَى وَجْهِ الْإِكْرَامِ تَكُونُ الْهِبَةُ ذَلِكَ مُقْتَضَاهَا وَلِذَلِكَ لَا تَكُونُ لِلْعِوَضِ وَلَا تَكُونُ لِلصَّدَقَةِ لِلْعِوَضِ وَإِنَّمَا هِيَ بِمَعْنَى عَلَى الْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِيهِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ بَنِي عَبْدِ الْأَشْهَلِ عَلَى الصَّدَقَةِ فَلَمَّا قَدِمَ سَأَلَهُ إبِلًا مِنْ الصَّدَقَةِ فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَتَّى عُرِفَ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ وَكَانَ مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ أَنْ تَحْمَرَّ عَيْنَاهُ ثُمَّ قَالَ: إنَّ الرَّجُلَ لَيَسْأَلُنِي مَا لَا يَصْلُحُ لِي وَلَا لَهُ فَإِنْ مَنَعْته كَرِهْت الْمَنْعَ، وَإِنْ أَعْطَيْته أَعْطَيْته مَا لَا يَصْلُحُ لِي وَلَا لَهُ فَقَالَ الرَّجُلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا أَسْأَلُك مِنْهَا شَيْئًا أَبَدًا» .

(ش) : قَوْلُهُ «إنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ بَنِي عَبْدِ الْأَشْهَلِ عَلَى الصَّدَقَةِ» يَحْتَمِلُ أَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ تَحِلُّ لَهُ وَهَلْ يُسْتَعْمَلُ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنْ آلِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ «فَلَمَّا قَدِمَ سَأَلَهُ إبِلًا مِنْ الصَّدَقَةِ» يَحْتَمِلُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ سَأَلَهُ فِي أُجْرَةِ عَمَلِهِ أَكْثَرَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ سَأَلَهُ زِيَادَةً عَلَى أُجْرَتِهِ مِمَّا غَيْرُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ أَوْ مِمَّا لَيْسَ هُوَ بِأَهْلٍ لَهُ «فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – عَلَيْهِ حَتَّى عُرِفَ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ» مَعْنَاهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ بَلَغَ مِنْهُ الْغَضَبُ إلَى أَنْ أَبْدَاهُ وَظَهَرَ عَلَيْهِ

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ أُدْلُلْنِي عَلَى بَعِيرٍ مِنْ الْمَطَايَا أَسْتَحْمِلُ عَلَيْهِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَقُلْت نَعَمْ جَمَلًا مِنْ الصَّدَقَةِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ أَتُحِبُّ أَنَّ رَجُلًا بَادِنًا فِي يَوْمٍ حَارٍّ غَسَلَ لَك مَا تَحْتَ إزَارِهِ وَرُفْغَيْهِ ثُمَّ أَعْطَاكَهُ فَشَرِبْته قَالَ فَغَضِبْت وَقُلْت يَغْفِرُ اللَّهُ لَك أَتَقُولُ لِي مِثْلَ هَذَا فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: إنَّمَا الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ يَغْسِلُونَهَا عَنْهُمْ) .

مَا جَاءَ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ (ص) : (مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ لُقْمَانَ الْحَكِيمَ أَوْصَى ابْنَهُ فَقَالَ: يَا بُنَيَّ جَالِسْ الْعُلَمَاءَ وَزَاحِمْهُمْ بِرُكْبَتَيْك فَإِنَّ اللَّهَ يُحْيِي الْقُلُوبَ بِنُورِ الْحِكْمَةِ كَمَا يُحْيِي الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ بِوَابِلِ السَّمَاءِ) .

[المنتقى]

وَأَنْكَرَ عَلَى الرَّجُلِ سُؤَالَهُ بِأَنْ قَالَ لَهُ «إنَّ الرَّجُلَ لَيَسْأَلُنِي مَا لَا يَصْلُحُ لِي وَلَا لَهُ» يُرِيدُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مَا لَا يَصْلُحُ لِي أَنْ أُعْطِيَهُ إيَّاهُ وَلَا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «فَإِنْ مَنَعْته كَرِهْت الْمَنْعَ» يَقْتَضِي أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَا يَسْأَلُهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَصْلُحُ أَنْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّهُ يَكْرَهُ الْمَنْعَ جُمْلَةً لَكِنَّهُ سُئِلَ مَا لَا يَصْلُحُ مَنْعُهُ لِحَقِّ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مَعَ كَرَاهِيَتِهِ لِلْمَنْعِ فَقَالَ الرَّجُلُ: وَيُقَالُ: إنَّهُ أُبَيّ بْنُ كَعْبٍ لَا أَسْأَلُك مِنْهَا شَيْئًا أَبَدًا قَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِقْلَاعِ وَالتَّوْبَةِ وَالِانْتِهَاءِ عَمَّا نُهِيَ عَنْهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

(ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ أُدْلُلْنِي عَلَى بَعِيرٍ مِنْ الْمَطَايَا أَسْتَحْمِلُ عَلَيْهِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَقُلْت نَعَمْ جَمَلًا مِنْ الصَّدَقَةِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ أَتُحِبُّ أَنَّ رَجُلًا بَادِنًا فِي يَوْمٍ حَارٍّ غَسَلَ لَك مَا تَحْتَ إزَارِهِ وَرُفْغَيْهِ ثُمَّ أَعْطَاكَهُ فَشَرِبْته قَالَ فَغَضِبْت وَقُلْت يَغْفِرُ اللَّهُ لَك أَتَقُولُ لِي مِثْلَ هَذَا فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: إنَّمَا الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ يَغْسِلُونَهَا عَنْهُمْ) .

(ش) : قَوْلُ أَسْلَمَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَرْقَمِ أُدْلُلْنِي عَلَى بَعِيرٍ مِنْ الْمَطَايَا أَيْ ظَهْرًا مِنْ الْمَطَايَا يُرِيدُ مَا يُمْتَطَى وَيُرْكَبُ لِقُوَّتِهِ وَحُسْنِ مِشْيَتِهِ وَقَوْلُهُ: أَسْتَحْمِلُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِجَازَةِ أَنْ يَسْأَلَ الْإِمَامُ شَيْئًا مِنْ الْمَالِ كَأَنْ يَعْمَلَ بِهِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إنَّ صَاحِبَ بَيْتِ الْمَالِ وَلِأَنَّهُ احْتَاجَ إلَيْهِ لِرُكُوبِهِ فِيمَا يَخُصُّهُ وَيَتَمَلَّكُ رَقَبَتَهُ وَلِذَلِكَ امْتَنَعَ بَنُو إسْرَائِيلَ مِنْ الصَّدَقَةِ فَلَمَّا قَالَ لَهُ أَسْلَمُ نَعَمْ جَمَلٌ مِنْ الصَّدَقَةِ يُرِيدُ الَّذِي يَصْلُحُ لَهُ وَيُوَافِقُ مُرَادَهُ جَمَلٌ مِنْ الصَّدَقَةِ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ أَتُحِبُّ لَوْ أَنَّ رَجُلًا بَادِنًا فِي يَوْمٍ حَارٍّ غَسَلَ لَك مَا تَحْتَ إزَارِهِ وَرُفْغَيْهِ فَشَرِبْته قَصَدَ إلَى الْبَادِنِ؛ لِأَنَّهُ

يَكُونُ أَكْثَرَ عَرَقًا وَوَضَرًا مِنْ النَّحِيفِ وَذَكَرَ الْيَوْمَ الْحَارَّ؛ لِأَنَّ الْعَرَقَ وَوَضَرَ الْبَدَنِ يَكُونُ فِيهِ أَكْثَرَ وَذَكَرَ مَا تَحْتَ الْإِزَارِ وَالرُّفْغَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقْذَرُ مَوْضِعٍ فِي الْجَسَدِ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُهُ عَرَقًا وَوَسَخًا مَعَ الْغُسْلِ وَالْإِنْقَاءِ فَكَيْفَ مَعَ الْعَرَقِ فِي الْيَوْمِ الْحَارِّ لِعِلْمِهِ أَنَّ مَالَ الصَّدَقَةِ أَقْبَحُ الْأَمْوَالِ وَأَقْذَرُهَا وَمِمَّا يَجِبُ أَنْ يَسْتَعْفِفَ عَنْهُ الْمُسْلِمُ الْغَنِيُّ عَنْهَا وَلِذَلِكَ قَالَ: إنَّمَا الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ يُرِيدُ أَوْسَاخَ أَمْوَالِهِمْ وَمِمَّا يُتَطَهَّرُ بِهَا وَإِنَّ الْآخِذَ لِمَالِ الصَّدَقَةِ يَحْمِلُ وَسَخَهَا عَنْ أَرْبَابِ الْأَمْوَالِ الْمُخْرِجِينَ لَهَا وَالْمُطَهِّرِينَ أَمْوَالَهُمْ بِهَا فَمَنْ كَانَ فَقِيرًا أُبِيحَتْ لَهُ لِضَرُورَتِهِ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَقَدْ عَدِمَ الضَّرُورَةَ الْمُبِيحَةَ لَهُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – وَأَحْكَمُ.

[مَا جَاءَ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ]

(ش) : قَوْلُ لُقْمَانَ لِابْنِهِ جَالِسْ الْعُلَمَاءَ وَزَاحِمْهُمْ بِرُكْبَتَيْك يُرِيدُ الْقُرْبَ مِنْهُمْ بِمُجَالَسَتِهِ لَهُمْ حَتَّى يَأْخُذَ بِأَيْدِيهِمْ وَيَتَعَلَّمَ مِنْ حِكْمَتِهِمْ وَلَا يَفُوتُهُ مِنْ قَوْلِهِمْ مَا يَفُوتُ مَنْ بَعُدَ عَنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ مُجَالِسًا لَهُمْ وَقَالَ فِي الْمُسْتَخْرَجَةِ بِأَثَرِ قَوْلِهِ وَزَاحِمْهُمْ بِرُكْبَتَيْك فَلَعَلَّ الرَّحْمَةَ تَنْزِلُ عَلَيْهِمْ فَتُصِيبَك مَعَهُمْ، وَلَا تُجَالِسْ الْفُجَّارَ لِئَلَّا يَنْزِلَ عَلَيْهِمْ سَخَطُهُ فَيُصِيبَك مَعَهُمْ.

(مَسْأَلَةٌ) :

وَالْمُجَالَسَةُ لِلْعُلَمَاءِ إذَا كَانَتْ قُرْبَةً فَإِنَّمَا تَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا لِمَنْ لَيْسَ فِي قُدْرَتِهِ تَعَلُّمُ الْعِلْمِ فَإِنَّهُ يُجَالِسُهُمْ تَبَرُّكًا بِمُجَالَسَتِهِمْ وَانْحِيَازًا إلَيْهِمْ وَمَحَبَّةً فِيهِمْ وَرُبَّمَا جَرَى مِنْ أَقْوَالِهِمْ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ فَتَحْمِلُهُ حَاجَتُهُ إلَيْهِ عَلَى أَنْ يَعِيَهُ وَيَحْفَظَهُ أَوْ يَسْتَثْبِتَ فِيهِ حَتَّى يَفْهَمَهُ وَرُبَّمَا سَأَلَهُمْ عَنْ مَسْأَلَةٍ مِمَّا لَا يَسَعُهُ جَهْلُهُ فَيَأْخُذُهَا عَنْهُمْ وَأَمَّا مَنْ كَانَ فِي قُوَّتِهِ تَعَلُّمُ الْعِلْمِ وَرُزِقَ عَوْنًا عَلَيْهِ وَرَغْبَةً فِي تَعَلُّمِهِ فَيُجَالِسُهُمْ لِيَأْخُذَ عَنْهُمْ وَيَتَعَلَّمَ مِنْ عِلْمِهِمْ.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُحْيِي الْقُلُوبَ بِنُورِ الْحِكْمَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – إحْيَاءَهَا بِالْإِيمَانِ

(326/7)

مَا يُتَّقَى مِنْ دَعْوَةِ الْمَظْلُومِ (ص) : (مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَعْمَلَ مَوْلًى لَهُ يُسَمَّى هُنَيًّا عَلَى الْحِمَى فَقَالَ يَا هُنَيُّ اُضْمُمْ جَنَاحَك عَنْ النَّاسِ وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ مُجَابَةٌ وَأَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَالْغُنَيْمَةِ وَإِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنِ عَفَّانَ وَابْنِ عَوْفٍ فَإِنَّهُمَا إنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُمَا يَرْجِعَانِ إلَى الْمَدِينَةِ إلَى زَرْعٍ وَنَخْلٍ وَإِنَّ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَالْغُنَيْمَةِ إنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُ يَأْتِنِي بِبَنِيهِ

فَيَقُولُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَفَتَارِكُهُمْ أَنَا لَا أَبَا لَك فَالْمَاءُ وَالْكَلَأُ أَيْسَرُ عَلَيَّ مِنْ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَايْمُ اللَّهِ إنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أَنْ قَدْ ظَلَمْتهمْ إنَّهَا لَبِلَادُهُمْ وَمِيَاهُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ وَاَلَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا الْمَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْت عَلَيْهِمْ مِنْ بِلَادِهِمْ شِبْرًا) .

[المنتقى]
وَالْخُشُوعِ وَالطَّاعَةِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَيُرِيهَا الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَانْتِهَاكَ مَحَارِمِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَوْلُهُ كَمَا يُحْيِي الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ بِوَابِلِ السَّمَاءِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – أَنَّ نُورَ الْحِكْمَةِ تَغْزُرُ الْقُلُوبَ حَيَاةً بِالطَّاعَةِ بَعْدَ أَنْ كَانَتْ مَيْتَةً بِالْمَعْصِيَةِ كَمَا أَنَّ وَابِلَ السَّمَاءِ وَهُوَ غَزِيرٌ قَطْرُهَا يُحْيِي الْأَرْضَ بِالنَّبَاتِ وَالْمِيَاهِ وَالْخِصْبِ بَعْدَ مَوْتِهَا وَكَذَلِكَ مَا يَحْدُثُ إلَيْهِ فِي الْقُلُوبِ مِنْ حَيَاتِهَا بِنُورِ الْحِكْمَةِ هُوَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

[مَا يُتَّقَى مِنْ دَعْوَةِ الْمَظْلُومِ]
(ش) : قَوْلُهُ إنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – اسْتَعْمَلَ مَوْلًى لَهُ يُدْعَى هُنَيًّا عَلَى الْحِمَى يَعْنِي أَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى حِمَايَتِهِ لِإِبِلِ الصَّدَقَةِ وَهَذَا الْحِمَى قِيلَ: هُوَ النَّقِيعُ بِالنُّونِ.
وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – حَمَى النَّقِيعَ لِخَيْلِهِ» لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْمَنْفَعَةِ لِلْمُسْلِمِينَ فَوَصَّى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ هُنَيًّا فِيمَا اسْتَعْمَلَهُ فِيهِ فَقَالَ: يَا هُنَيُّ اُضْمُمْ جَنَاحَك عَنْ النَّاسِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – كُفَّ عَنْهُمْ.
(فَصْلٌ) :
وَقَوْلُهُ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ مُجَابَةٌ.
وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «دَعْوَةُ الْمَظْلُومِ مُسْتَجَابَةٌ» وَقَوْلُهُ وَأَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَالْغُنَيْمَةِ يُرِيدُ – وَاَللَّهُ أَعْلَمُ – فُقَرَاءَ الْمُسْلِمِينَ وَالصُّرَيْمَةُ وَالْغُنَيْمَةُ قَالَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ هِيَ الْأَرْبَعُونَ شَاةً وَقَالَ غَيْرُهُ قَوْلُهُ الصُّرَيْمَةُ مِنْ الْغَنَمِ خَطَأٌ وَإِنَّمَا الصُّرَيْمَةُ مِنْ الْإِبِلِ الْعِشْرُونَ إلَى الْأَرْبَعِينَ وَإِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنِ عَفَّانَ وَابْنِ عَوْفٍ لِكَوْنِهِمَا مِنْ الْأَغْنِيَاءِ فَلَا يُخَافُ عَلَيْهِمَا الضَّيَاعُ وَلَا الْحَاجَةُ بِذَهَابِ مَاشِيَتِهِمَا؛ لِأَنَّ مَالَهُمَا مِنْ غَيْرِ الْمَاشِيَةِ كَثِيرٌ وَالْفَقِيرُ تَلْحَقُهُ الْحَاجَةُ بِذَهَابِ مَاشِيَتِهِ؛ لِأَنَّهَا جَمِيعُ مَالِهِ فَيَأْتِيهِ بِبَنِيهِ فَيُكَرِّرُ مَسْأَلَتَهُ لَهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَلَا يُمْكِنُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – تَرْكُهُمْ يَمُوتُونَ جُوعًا لِمَا قَلَّدَهُ اللَّهُ مِنْ أَمْرِهِمْ.
(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ فَالْمَاءُ وَالْكَلَأُ أَيْسَرُ عَلَيَّ مِنْ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ يُرِيدُ - وَاَللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَقُومَ بِهِمْ إنْ احْتَاجُوا إلَيْهِ فَمَا دَامَتْ مَاشِيَتُهُمْ بَاقِيَةً يَسْتَغْنُونَ عَنْهُ بِالْمَاءِ وَالْكَلَإِ؛ لِأَنَّ بِرَعْيِ الْكَلَإِ وَشُرْبِ الْمَاءِ تَبْقَى مَاشِيَتُهُمْ فَإِنْ ذَهَبَتْ وَأَتَوْهُ لَمْ يُعِنْهُمْ إلَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، وَالْمَاءُ وَالْكَلَأُ أَيْسَرُ عَلَيْهِ وَأَخَفُّ مُؤْنَةً.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ وَايْمُ اللَّهِ إنَّهُمْ لَيَرَوْنَ يُرِيدُ لَيَظُنُّونَ أَنِّي قَدْ ظَلَمْتهمْ فِي مَنْعِي لَهُمْ رَعْيَهَا وَحِمَايَتَهَا لِمَاشِيَةِ الصَّدَقَةِ أَنَّهَا لِبِلَادِهِمْ وَمِيَاهِهِمْ يُرِيدُ أَنَّ تِلْكَ الْأَرْضَ الَّتِي تَحْمِيهَا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِمْ وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ فَهِيَ بَاقِيَةٌ لَهُمْ مِنْ جُمْلَةِ حُقُوقِهِمْ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَسْتَبِدَّ بِهَا دُونَهُمْ إلَّا لِمِثْلِ مَا فَعَلَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي تَعُمُّهُمْ وَتَشْمَلُهُمْ؛ لِأَنَّ إبِلَ الصَّدَقَةِ تُصْرَفُ إلَى فُقَرَائِهِمْ وَيُحْمَلُ عَلَيْهَا مُسَافِرُهُمْ وَيُسْتَغْنَى بِهَا عَنْ سُؤَالِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنِّي أَسْمَحُ

(327/7)

أَسْمَاءُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - (ص) : (مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «لِي خَمْسَةُ أَسْمَاءٍ أَنَا مُحَمَّدٌ وَأَنَا أَحْمَدُ وَأَنَا الْمَاحِي الَّذِي يَمْحُو اللَّهُ بِي الْكُفْرَ وَأَنَا الْحَاشِرُ الَّذِي يُحْشَرُ النَّاسُ عَلَى قَدَمِي وَأَنَا الْعَاقِبُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -» .

[المنتقى]

بِهَا فِي بَعْضِ الْوَقْتِ لِفُقَرَائِهِمْ لِئَلَّا يَعُودَ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ إنْ ذَهَبَتْ مَاشِيَتُهُمْ وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ عُمَرُ بِمَعْنَى أَنَّهَا بِلَادٌ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ وَأَنَّهَا مَخْصُوصَةٌ لِمَنْفَعَةٍ أُخْرَى وَأَعَمُّ نَفْعًا.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ «لَا حِمَى إلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ» يُرِيدُ أَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ بِمَنْفَعَةٍ تَخُصُّهُ وَإِنَّمَا يَحْمِي لِحَقِّ اللَّهِ وَرَسُولِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنْ خَلِيفَتِهِ وَذَلِكَ إنَّمَا هُوَ فِيمَنْ كَانَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ لِدِينِ نَبِيِّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

[أَسْمَاءُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ]

(ش) : قَوْلُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لِي خَمْسَةُ أَسْمَاءٍ أَنَا مُحَمَّدٌ» لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ {مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ} [الفتح: 29] وَقَوْلُهُ «وَأَنَا أَحْمَدُ» لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {وَمُبَشِّرًا بِرَسُولٍ يَأْتِي مِنْ بَعْدِي اسْمُهُ

أَحْمَدُ} [الصف: 6] وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَأَنَا الْمَاحِي» وَفَسَّرَ ذَلِكَ هُوَ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – بِأَنَّهُ «الَّذِي يَمْحُو اللَّهُ بِهِ الْكُفْرَ» لِمَا وَعَدَهُ اللَّهُ مِنْ أَنْ يُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ فَيَكُونُ مَا آتَاهُ مِنْهُ هُوَ الظُّهُورُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ بِمَعْنَى الْغَلَبَةِ عَلَيْهِ لِغَلَبَةِ مَنْ جَاوَرَهُ مِنْهُ وَظُهُورِهِ عَلَيْهِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَحْوَهُ مِنْ مَكَّةَ وَظُهُورَهُ عَلَى مَنْ كَانَ فِيهَا مِنْ الْكُفْرِ وَظُهُورَ دِينِهِ فِيهَا.

(فَصْلٌ) :

وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَأَنَا الْحَاشِرُ» وَفَسَّرَ ذَلِكَ بِأَنَّهُ «الَّذِي يُحْشَرُ النَّاسُ عَلَى قَدَمِهِ» .

وَقَدْ قَالَ الْخَطَّابِيُّ مَعْنَى الْقَدَمِ هَهُنَا الدِّينُ يُقَالُ كَانَ هَذَا عَلَى قَدَمِ فُلَانٍ أَيْ عَلَى دِينِهِ فَيَكُونُ الْحَدِيثُ عَلَى هَذَا أَنَّ زَمَنَ دِينِهِ آخِرُ الْأَزْمِنَةِ وَأَنَّهُ عَلَيْهَا تَقُومُ السَّاعَةُ وَيَكُونُ الْحَشْرُ لَا تَنْسَخُ شَرِيعَتَهُ نَاسِخَةٌ وَلَا يَسْتَأْصِلُ لِمِلَّتِهِ كُفْرٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِذَلِكَ أَنَّ النَّاسَ يُحْشَرُونَ عَلَى قَدَمِهُ بِمَعْنَى مُشَاهَدَتِهِ قَائِمًا لِلَّهِ تَعَالَى وَشَاهِدًا عَلَى أُمَّتِهِ وَالْأُمَمِ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى {يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ} [المطففين: 6] .

وَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٌ {وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا} [البقرة: 143] وَقَوْلُهُ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – «وَأَنَا الْعَاقِبُ» قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ قَالَ سُفْيَانُ الْعَاقِبُ آخِرُ الْأَنْبِيَاءِ وَفِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ مَالِكٍ لَا بَأْسَ أَنْ يُكَنَّى الصَّبِيُّ فَقِيلَ: أَكَنَّيْت ابْنَك أَبَا الْقَاسِمِ قَالَ أَمَّا أَنَا فَمَا فَعَلْته وَلَكِنَّ أَهْلَ الْبَيْتِ يُكَنُّونَهُ فَمَا أَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا